

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS**

***Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade***

**Doutoranda: Rosane Heineck Schmitt**

Matrícula nº: 116942

Turma: 1

Área de Concentração: PPG Doutorado. Direito - Área I

Direito do Estado e Teoria do Direito

Sub-área I-1-Direito do Estado

Disciplina: DIRP00 – Pesquisa para Tese de Doutorado

Prof.. Orientador: Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Linha de Pesquisa: IV - Processo e Constituição (Área I)

Direito Constitucional. Jurisdição Constitucional.

Novos horizontes do controle de constitucionalidade

no Brasil: entre o controle incidental e o controle concentrado.

Data de entrega: 28/ 04/ 2006

Tese de Doutorado em Direito na  
Faculdade de Direito da UFRGS

**Porto Alegre, abril de 2006**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS**

**TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Tese de Doutorado em Direito na Faculdade de Direito  
da UFRGS

**ROSANE HEINECK SCHMITT**

**Prof. Orientador: Dr. Cezar Saldanha Souza Junior**

**Porto Alegre, abril de 2006**

Dedicatória:

Ao Helio, pela parceria de vida.

Ao Cris e ao Andi, meus filhos, pela gratificação de tê-los como colegas na *Luta pelo Direito*.

Agradecimentos:

Por princípio, sempre, ao Criador, que a tudo viabiliza.

Ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, através de seus ilustres, dedicados e inesquecíveis Mestres. Ao seu excelente corpo funcional, de ontem e de hoje, que, sem esmorecer diante de todas as carências de uma universidade pública, possibilita a continuidade e crescimento da excelência acadêmica deste Curso: a eles, minha homenagem na pessoa de sua Secretária, Rosemari de Azevedo. Agradecimentos, também, às bibliotecárias desta Faculdade de Direito por sua dedicação, seu apoio e seu profissionalismo.

Ao meu Orientador de Tese, Professor Doutor Cezar Saldanha Souza Junior, exemplo de Mestre, cujo saber conduz seus alunos ao crescimento intelectual e pessoal e que, ao propor-lhes desafios acadêmicos, instiga-os à auto-superação, em busca da resposta a complexas questões da ciência jurídica, objeto da pesquisa em Direito.

Agradecimentos, também, à pessoa humana do Professor Dr. Cezar Saldanha Souza Junior: primeiro, por aceitar-me como sua orientanda; segundo, por sua orientação, segura e incansável, e confiança de que conseguiria “atravessar o Rubicon”.

Agradecimentos à Profa. Dra. Judith Hoffmeister Martins-Costa por tornar possível a pesquisa e inclusão, nesta tese, de documento histórico de pesquisa: Parecer da lavra do ilustre Mestre Prof. Dr. Miguel Reale, há pouco falecido, e a quem esta aluna rende homenagens.

Agradecimentos, ainda, a todas aquelas pessoas, amigos, colegas, servidores, que comigo partilharam dos encantos e das angústias próprios à elaboração de uma tese acadêmica, tornado-a possível.

*Se soubesse que o mundo se desintegraria amanhã, ainda assim plantaria minha macieira.*

Martin Luther King

## RESUMO

Analisa-se, nesta monografia, a atuação dos Tribunais de Contas do Brasil, integrantes do Poder Legislativo, e suas imbricações com o controle de constitucionalidade das normas jurídicas exercido, nos termos da Constituição da República, à feição do sistema de *check and balances*, pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, com suas respectivas peculiaridades. Neste *iter*, busca-se definir se as Cortes de Contas, encarregadas do controle externo das contas públicas, ao apreciarem a conformidade constitucional dos atos administrativos de gestão pública e, via de consequência, das leis e dos atos normativos que os fundamentam, exercem espécie de controle difuso de constitucionalidade ou, tão-somente, realizam seu *Dever/Poder* de cumprirem, de forma plena, sua missão institucional, de acordo com os comandos dispostos na Constituição, por sua condição de *Custodes in nomine populi* (Guardiões em nome do povo).

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade - Tribunais de Contas do Brasil - Poder Legislativo e fiscalização das contas públicas - Súmula nº 347/STF

## ABSTRACT

This monography analyses brazilian's Courts of Account activity, Courts that integrates Legislative Power, and its approach with constitutional control that, in the terms dictated by Brazilian's Republic Constitution, shaped in *check and balances system*, is performed by Judiciary, Executive and Legislative Powers, with their respective particularities. In this *iter*, we intend to define if Brazilian's Accounts Courts, that have the duty to make public expenses external control, when examine the constitutionality of public's administration acts and, therefore, of rules and normative acts that support them, exercise a kind of constitutional control, similar of United States *judicial review*, or just realize its *Duty/Power* to accomplish, totally, the terms for them assigned by the Constitution, for its condition of *Custodes in nomine populi*.

**Key words:** Constitutional Control-Brazilian's Courts of Account - Legislative Power and public's expenses external control - Precedent n° 347/ STF

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I</b> <b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL PELO PODER</b> <b>JUDICIÁRIO</b> .....	18
INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO I .....	19
1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM SUAS ORIGENS E O SISTEMA BRASILEIRO .....	20
2 CONTROLE JURISDICIONAL MONISTA/DIFUSO E <i>IN CONCRETO</i> .....	38
3 CONTROLE JURISDICIONAL DUALISTA/CONCENTRADO E <i>IN ABSTRACTO</i> .....	54
4 AÇÕES COLETIVAS E CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE....	71
<b>CAPÍTULO II</b> <b>SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DO ESTADO E CONTROLE DE</b> <b>CONSTITUCIONALIDADE PELOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO</b> ....	82
INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO II .....	83
1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES/FUNÇÕES: DO MODELO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO .....	84
2 PODER EXECUTIVO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	104
3 PODER LEGISLATIVO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	119
4 PODER LEGISLATIVO E CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO REPUBLICANO E DA DEMOCRACIA .....	135



<b>CAPITULO III</b>	
<b>TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E CONTROLE MONISTA/DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	149
INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO III .....	150
1 TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL: <i>CUSTODES IN NOMINE POPULI</i> (GUARDIÕES EM NOME DO POVO) .....	152
2 A SÚMULA Nº 347 DO STF E OS TRIBUNAIS DE CONTAS: <i>DEVER/PODER</i> DE EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DOS GASTOS PÚBLICOS.....	172
3 TRIBUNAIS DE CONTAS, NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS/NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	195
4 TRIBUNAIS DE CONTAS, CONTROLE DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA JURISDIÇÃO UNA.....	218
<b>CONCLUSÃO</b> .....	239
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	247

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.- acórdão  
ACP – Ação Civil Pública  
Art; art. – artigo  
Agr. –Agravo  
Agr.Rg. – Agravo Regimental  
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADIns – Ações Diretas de Inconstitucionalidade  
ADC – Ação Direta de Constitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CDC – Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90  
CE – Constituição do Estado  
CF – Constituição Federal  
CF/91,34,37,46,67,69,88-Constituições Federais de 1891,1934,1937,1946,1967,1969, 1988.  
EC – Emenda à Constituição  
EUA – Estados Unidos da América  
LACP – Lei da Ação Civil Pública: nº 7.347/85  
L.Org. – Lei Orgânica  
LRF – Lei Complementar nº 101/2000- Lei de Responsabilidade Fiscal  
MPDFT – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios  
MPTC – Ministério Público junto aos Tribunais de Contas  
Par.un. – parágrafo único  
Recl.; RCL – Reclamação  
RE – Recurso Extraordinário  
Reg.Int. – Regimento Interno  
Res. – Resolução  
Resp; RE – Recurso Especial  
RO – Recurso Ordinário  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
Segs. – seguintes  
TCU – Tribunal de Contas da União  
TCE – Tribunal de Contas de Estado  
TC – Tribunal de Contas  
TCs – Tribunais de Contas

## INTRODUÇÃO

Nos termos do Enunciado da Súmula nº 347 do STF, os Tribunais de Contas do Brasil, ao exercerem suas atribuições constitucionais, podem *apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*.

Assim têm procedido as Cortes de Contas, no exercício dos deveres impostos pela Constituição, de fiscalizarem, em nome do povo – e por isso integram o Poder Legislativo, ao qual são ligadas para fins de mera integração a *Poder/Função* de Estado, mas dele sendo independentes e exercendo suas atribuições com plena autonomia, nos termos do art. 70 e seguintes da Constituição da República –, a gestão dos *dinheiros, bens e valores públicos* (CF, art. 70, parágrafo único).

Desta forma, e de acordo com a autorização da Súmula do STF, incumbe aos Tribunais de Contas, quando se depararem com despesas irregulares e contrárias ao interesse público, fundadas em leis ou atos normativos flagrantemente inconstitucionais, o que as torna ilegais, negar executoriedade aos atos administrativos que autorizam aqueles gastos, visto que desprovidos de suporte constitucional. Por via de consequência, decidem também pela negativa de executoriedade daqueles espécimes normativos, além de imporem sanções ao responsável, com a determinação para que faça o devido ressarcimento ao erário.

Em face deste tipo de decisão, a pergunta que se apresenta é: estariam os Tribunais de Contas exercendo um controle de constitucionalidade *difuso, repressivo*, de leis e atos normativos, similar ao exercido pelo Judiciário, mas efetuado por órgão político, eis que as Cortes de Contas são vinculadas ao Legislativo? Ou de que espécie de controle se trataria, qual o âmbito dos efeitos desta decisão, há a necessária observância do princípio constitucional da jurisdição una?

Ou esta manifestação das Cortes de Contas no Brasil quanto à matéria constitucional, incidente sobre fato referente à gestão administrativa fiscalizada, só se exerce no plano da *eficácia*, uma vez que os Tribunais de Contas não detêm competência para declarar a *invalidade* de leis ou atos normativos?

E é esta singular atividade de controle de conformidade constitucional dos atos administrativos exercida pelos Tribunais de Contas e sua implicação com o *controle de constitucionalidade* que constitui o objeto da presente tese.

Motivou-nos a pesquisa não só a relevância do tema, mas a inexistência, praticamente, de investigação jurídica sobre ele, sendo esparsas as manifestações doutrinárias ou jurisprudenciais (“modernas”, ao menos), revelando a plena aceitação desta atuação dos Tribunais de Contas e/ou seu desconhecimento.

Verificada assim a lacuna – silêncio, até –, sobre a relevante matéria que envolve exame/interpretação de constitucionalidade de normas jurídicas no âmbito do controle externo das *funções/poderes do Estado*, exercido pelos Tribunais de Contas (mesmo nesses, a questão praticamente não é discutida, sendo simplesmente aplicada nos termos da referida Súmula do STF), e considerando ainda a ampliação das atribuições cometidas às Cortes de Contas a par-

tir da Constituição de 1988, que lhes determinou a fiscalização, também, de atos de admissão, aposentadoria e pensão de servidores públicos, ressalvados os cargos em comissão, atribuição acrescida, recentemente, da responsabilidade pela fiscalização do cumprimento da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, a partir da qual buscou-se estancar a irresponsabilidade no manejo das verbas públicas e a implementação, a final, do planejamento da gestão administrativa com vista à eficiência e eficácia da atuação do Estado, entendeu-se necessário que a questão fosse examinada à luz da Constituição, do sistema normativo, da doutrina e da jurisprudência, haja vista a importância de que se reveste, em especial para o âmbito do controle de constitucionalidade.

Como método de pesquisa, utilizou-se o que Jorge Miranda aponta como próprio à ciência jurídica – o método dogmático –, compreendendo interpretação e sistematização, análise e síntese, indução para dedução posterior, indo do particular ao geral, buscando elucidar o tema de forma racional e totalizante, tendo presente, como aponta o mestre lusitano, que embora mais difícil, é imprescindível unir o direito constitucional com o real sentir dos fatos sociais, porque deles é que promana o Direito, considerando ainda que a ele cabe resolver os problemas sociais (“sociais, sócio-culturais, econômicos, políticos”) e que,

Com um mínimo de equilíbrio, impende-lhe o dever de uma atitude crítica sobre o *jus conditum*, em nome da justiça, das situações concretas do país, da coerência do sistema e da técnica legislativa. Numa teoria de inconstitucionalidade suportada pela idéia de garantia algo haverá a dizer<sup>1</sup>.

Assim é que, com o exame da questão objeto desta tese, busca-se não só sua investigação científica à luz da ciência jurídica mas, através dela, trazer soluções para as situações vivenciadas em nosso país, despidas de pautas pré-impostas e distantes, voltadas para os fatos sociais

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 25-7.

tratados de forma dogmática, através da interpretação, da compreensão jurídica, do desvendar o fim último das normas jurídicas incidentes sobre o tema em análise, buscando explicar, com base na Constituição, nas leis, na doutrina e na jurisprudência, a constitucionalidade/legitimidade da atuação dos Tribunais de Contas quanto à matéria aqui discutida, por eles de há muito exercida, por expressa autorização de nossa Suprema Corte, como *dever/poder* inarredável para que cumpram sua missão constitucional de *Custodes in nomini populi*.

Com tal objetivo, elaborou-se esta monografia, que foi dividida em três capítulos, contendo cada um quatro itens, com a seguinte distribuição:

No primeiro capítulo, examinou-se o *Controle de Constitucionalidade* efetuado pelo Poder Judiciário, de suas origens à atualidade, assim como o sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade, procedendo-se a análise dos tipos de controles adotados, – *monista/difuso/in concreto e dualista/concentrado/in abstrato* –, com suas peculiaridades, destacando-se, também, o controle efetuado nas Ações Coletivas, porque *sui generis* e, nisso, por alguns aspectos, convergente com a atuação dos Tribunais de Contas no que se refere à matéria objeto desta tese. Considerou-se fundamental o exame efetuado neste primeiro capítulo, quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade, para definir seu exato contorno e singularidades, por sua condição de *prius* indispensável à compreensão do tema em exame.

O segundo capítulo tem o desiderato de demonstrar que o *controle de constitucionalidade das leis* e atos normativos não se exerce, no Brasil, em caráter exclusivo pelo Poder Judiciário, que o realiza em caráter principal, é certo, para declarar a invalidade de dispositivo legal, mas que outras formas desse controle podem/devem ser exercidas por órgãos políticos, tanto integrantes do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, por determinação explícita e im-

plícita da Constituição e com fundamento no princípio constitucional da Separação de Funções/Poderes do Estado.

Para tanto, analisa-se o princípio da *Separação das Funções do Estado* e o *Controle de Constitucionalidade* efetuado *pelos Poderes Executivo e Legislativo*, situando esta separação desde o modelo clássico teorizado por Montesquieu, acrescido dos *check and balances* da teoria constitucional norte-americana, até a modernidade e/ou hipermodernidade, para demonstrar que seu principal objetivo é impedir a concentração de poder em torno de uma única função estatal sem, contudo, enclausurar as *Funções do Estado* em competências rígidas e indelegáveis, mas, ao contrário, demonstrando que o princípio é regido por relações principais, típicas, e auxiliares, secundárias, de cooperação e mútua fiscalização, de modo que Legislativo, Executivo e Judiciário devem atuar de forma harmônica e independente, nos termos da CF, porém em estreita colaboração, porque esta é exigência inarredável para atingirem sua finalidade: a satisfação do bem comum, através da prestação ágil e eficiente dos deveres do Estado (cujo rol é cada vez mais amplo) para com o cidadão.

Nesta linha de raciocínio, examinou-se a realização do *controle de constitucionalidade* pelo Poder Executivo – controle político –, quais suas formas e quais os deveres, mais do que poderes, que lhe cabe cumprir nesta matéria. De igual forma, analisou-se o *controle de constitucionalidade* efetuado pelo Poder Legislativo – também controle político –, com destaque para a atuação do Senado Federal nesta matéria em razão do disposto no inciso X do art. 52 da CF. Com relação ao Poder Legislativo, analisou-se, também, sua atribuição/competência constitucional de efetuar o controle externo das contas públicas, o que o faz com o auxílio dos Tribunais de Contas, demonstrando que este processo de fiscalização dos gastos de recursos públicos efetuados pelas *funções/poderes* estatais, mais do que mera manifestação do princí-

pio dos *freios e contrapesos* é *dever* constitucional, que permite a concretização do princípio republicano e da democracia.

No terceiro e último capítulo e uma vez colocadas, no primeiro e no segundo capítulos, as premissas necessárias à compreensão da tese nele exposta, analisa-se a atuação dos *Tribunais de Contas no Brasil e o controle monista/difuso de constitucionalidade*, com o objetivo de demonstrar se os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições constitucionais, exercem espécie de controle de constitucionalidade e, se o fazem, se estão para tanto autorizados pela Constituição ou, se disso não se trata, mas apenas de *controle de conformidade constitucional* dos atos administrativos/de administração, que lhes incumbe fiscalizar, necessário ao exercício de seus encargos, considerando a mútua cooperação que deve vigorar entre as *funções/poderes* do Estado, o que autoriza Legislativo, Executivo e Judiciário a exercerem, também, competências auxiliares, interligadas, necessárias à realização não só de suas atividades-fim, mas do fim perseguido pelo Estado: a satisfação dos interesses coletivos.

Para tanto, examinam-se quais as atribuições/competências constitucionais cometidas pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas no Brasil, necessárias ao cumprimento de sua missão de *Guardiões do erário em nome do povo*. A seguir, traz-se à colação o Enunciado da Súmula nº 347 do STF, que atribui às Cortes de Contas o poder de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, com estudo dos precedentes judiciais que levaram à sua edição, bem como demonstrando que o nela contido permanece válido, até porque referida Súmula permanece em pleno vigor.

Analisou-se, após, a específica atuação dos Tribunais de Contas para negarem executoriedade aos atos administrativos fundados em leis e atos normativos inconstitucionais e a conseqüente negativa de executoriedade desses espécimes normativos, bem como qual a rela-



ção desse agir com o controle de constitucionalidade, definindo, a final, qual a compreensão que se propõe como adequada com relação a esta instigante matéria.

Encerra-se o capítulo, consideradas as premissas postas nos itens antecedentes, pelo exame dessa atuação dos Tribunais de Contas em matéria de controle de conformidade constitucional e verificação se, neste *iter*, é observado o princípio constitucional da *jurisdição una*, para o que se traz à colação decisões dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

A pesquisa é encerrada com o item Conclusão, em que se resumem as constatações efetuadas no decurso da pesquisa do tema objeto da tese, bem como se fixam os parâmetros que se entendem corretos à sua compreensão, acrescidos de propostas efetuadas com o objetivo de aprimorar o trato da matéria.

## **CAPÍTULO I**

# **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL PELO PODER JUDICIÁRIO**

## INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO I

[...] es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen.  
Peter Häberle<sup>2</sup>

A proposta deste capítulo é a análise do controle de constitucionalidade, desde suas origens remotas até a implementação, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do controle jurisdicional das leis e dos atos normativos, examinando-se, também, o sistema brasileiro em perspectiva histórica e na atualidade, com suas especificidades, temas cuja abordagem é fundamental para a pré-compreensão da tese objeto desta monografia.

---

<sup>2</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 9. Tradução livre desta citação pela autora desta monografia: “Não há norma jurídica: existe apenas a norma jurídica interpretada.”

## 1 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM SUAS ORIGENS E O SISTEMA BRASILEIRO

Tratar da origem histórica do controle de constitucionalidade implica buscar seus primeiros vestígios, as formas mais aproximadas daquilo que se compreende, hoje, neste instituto. Para Ronaldo Poletti, seus primeiros sinais se encontram no *graphé paranomón*, instituto que viabilizava denunciar, com efeito retroativo – *ex tunc*, portanto – a inconstitucionalidade de lei ou ato ou sua contrariedade ao interesse público e, através desse instituto, os cidadãos gregos assumiam a responsabilidade pela defesa das leis e das constituições, o que já teria sido utilizado no século V a.C.(de Péricles), acentuando-se no século IV<sup>3</sup>.

Não há, contudo, uniformidade neste pensamento, tanto que Charles Howard McIlwain afirma que o constitucionalismo grego do período clássico não foi mais além da comparação entre *políticas* e *leis*, podendo ser dito que uma lei, em particular, era ruim porque não configurava um verdadeiro direito, mas isto não significava que, ainda assim, fosse ilegítima, não-obrigatória, o que não permite traçar paralelo com o conceito moderno de inconstitucionalidade e, portanto, de invalidade da lei<sup>4</sup>.

De certa forma, esta posição é confirmada por Karl Loewenstein, para quem os gregos viveram um “regime político absolutamente constitucional”, que foi levado a tal extremo, no

<sup>3</sup> Ver, a respeito, POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9, que afirma: “O *graphé paranomón* possibilitava a qualquer cidadão o exercício do direito de acionar o autor de uma moção ilegal e mesmo o presidente que não a submeteu aos sufrágios”. Op. cit., p.11.

<sup>4</sup> Segundo MacIlwain, fosse qual fosse o sentido que a expressão *lei inconstitucional* tivesse para Platão ou Aristóteles, se porventura a empregaram, “nunca habria significado una ley inválida por inconstitucionalidad; y aunque cabe suponer que ‘lei inconstitucional’ significara la que tuviera por objeto la estructura del Estado, nunca pudo tener el sentido de lei ‘fundamental’ que nosotros damos a esa expresión.” McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*. Traduzido por José Rovira Armengol. Buenos Aires: Nova, [s.d.]. Original de New York, 1947: Cornell University Press, p. 50-1.

entanto, que a *ekklesia* passou a não se submeter a nenhuma limitação “constitucional”, fazendo exceção apenas àquelas inerentes à tradição moral da comunidade<sup>5</sup>.

Após a Grécia, pode-se apontar uma *espécie* de controle de constitucionalidade realizada pelo Senado Romano, na época da Realeza e da República, que se tornou modalidade de *guarda* da conformidade das leis aos costumes, tendo mesmo o poder de declarar nulas as leis que não obedecem ao que hoje se denomina de *processo legislativo formal* de sua elaboração, podendo assim examinar a *constitucionalidade*<sup>6</sup> (na expressão moderna) das leis e sendo-lhe permitido, inclusive, autorizar cidadãos a não cumpri-las<sup>7</sup>.

De Roma passa-se à Inglaterra medieval, em que determinadas categorias de Direito Natural foram utilizadas para anular leis contrárias à *common law*, de modo que os tribunais e também o Parlamento estavam submetidos ao direito costumeiro, fundado no direito natural<sup>8</sup>. Em 1610, o juiz inglês Sir Edward Coke, no caso *Bonhams*, sentenciou: “(...) when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controll it”<sup>9</sup>, de modo que aquele que percebesse que algum estatuto

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. 4.ed. reimpr. Barcelona: Ariel Derecho, 1986, p. 156.

<sup>6</sup> Nelson SALDANHA deixa claro que a palavra romana *constitutio*, em seu uso, tinha sentido muito diferente do moderno, de modo que foi “gradativamente que o príncipe ou imperador assumiu o poder de emitir normas com valor de lei, chamadas *constitutiones* (...), que eram normas que provinham diretamente do poder do monarca”, mas que não diziam respeito a problemas da estrutura do Estado (matéria constitucional, hoje), tratando de “recomendações administrativas, ou decisões remetidas a agentes especiais e a determinados grupos de pessoas, como no caso das *constitutiones ad Populum*”. SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 16.

<sup>7</sup> Como refere POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 17.

<sup>8</sup> Consigna POLETTI que o “juiz Best, no caso *Forbes v. Cochrane* (ref. Escravidão) proclamou que o direito inglês se fundava no direito natural, revelado por Deus, e que, portanto, os Tribunais da Inglaterra jamais dariam acolhida a princípios jurídicos lastreados numa doutrina do utilitarismo inferior”. *Idem*, *ibidem*, p. 19.

<sup>9</sup> Edward COKE *apud* SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 35. Tradução livre da autora desta monografia: “Quando um ato do parlamento é contrário ao direito comum e a razão, ou repugnante, ou impossível de ser executado, então a *common law* deve controlá-lo”. Sobre a História do Direito Constitucional, sua evolução e posterior implementação do controle de constitucionalidade, ver ainda: CAETANO, Marcello. *Manual de ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. Lisboa: Coimbra, 1972, t. I; SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992; VASCONCELLOS, Wilson Accioli de.

fora feito contra a lei e o direito, não deveria colocá-lo em execução. Esta decisão estabeleceu o princípio da supremacia judicial, pois reconheceu competência aos juizes para se sobrepor ao Parlamento. Todavia, a tese não vingou na Inglaterra, vindo a se desenvolver depois, no continente.

Ainda dois séculos antes do desenvolvimento da teoria do controle de constitucionalidade pelos norte-americanos, os juristas portugueses já consignavam, nas Ordenações, a nulidade de leis com elas incompatíveis, como anota Alfredo Buzaid<sup>10</sup>.

Por outro lado, a célebre decisão de Marshall vem desenhada por precedentes ainda da época das colônias inglesas, cujas leis eram controladas pela Coroa, com o óbvio objetivo de manter sobre elas seu poder, de modo que houve tentativa do governo inglês de controlá-las quando as leis coloniais contrariassem os *statutes* ingleses, vindo algumas delas a ser anuladas<sup>11</sup>.

A origem do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis implementado pelos Estados Unidos da América encontra sua forma embrionária também no constituinte francês de 1891, em que pese não como técnica de controle, mas como aspiração da afirmação da primazia da Constituição sobre o ordenamento normativo infraconstitucional, como aponta Raul Machado Horta<sup>12</sup>, chegando o projeto da Constituição francesa de 1793 a propor a instituição de um *Grand Jury nacional*, integrado por membros eleitos a cada ano, objetivando a

---

Origens do Controle da Constitucionalidade das Leis. *Revista de Informação Legislativa*, set. 1996, 39-68; SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>10</sup> BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 19-20.

<sup>11</sup> POLETTI cita exemplos de situações desta natureza, como os casos do *Chief Justice* da Corte Suprema da Carolina do Norte, Juiz Whitaker; de James Otis, Procurador-Geral nos Estados Unidos da América, em Massachusetts, em 1761, e do Juiz Cushing, como precedentes da “grande decisão de Marshall”. POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 21.

<sup>12</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 148.

defesa do cidadão contra medidas opressoras dos Poderes Legislativo e Executivo e, segundo Sieyès, pai da proposta<sup>13</sup>, deveria compreender cento e oitenta membros.

O modelo, não-acolhido, transforma-se no *Sénat Conservateur*, sugerido por Sieyès, criado pela Constituição do ano VIII e, sob orientação de Napoleão, passa de uma proposta de controle de constitucionalidade por órgão político a órgão de “transformação da Constituição” em benefício do governo cesarista napoleônico, em vez de “conservador da Constituição”<sup>14</sup>. Posteriormente, cria-se o Senado do Segundo Império e, por fim, o Conselho Constitucional da 5ª República, de 1958<sup>15</sup>, de modo que a França adotou um sistema de controle de constitucionalidade das leis efetuado por órgão político, jamais aceitando acatar o modelo de controle jurisdicional, nos moldes norte-americanos, e sua opção pelo Conselho Constitucional permanece até hoje, de modo que o controle de constitucionalidade das leis continua sendo realizado, na França<sup>16</sup>, em caráter concentrado e prévio, pelo Conselho Constitucional<sup>17</sup>, órgão político autônomo, e não vinculado ao Judiciário<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Como aponta BLACHER, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*. Paris: PUF, 2001, p. 63, uma vez que Sieyès, “Conscient que la volonté de la majorité peut devenir tyrannique” (consciente de que a vontade da maioria poderia se transformar em tirania – tradução livre da autora desta monografia), propôs, para proteger a Constituição, o *jury constitutionnaire*. Op. cit., p. 64. Ver ainda, SIEYÈS, Emmanuel. *Fragments politiques*. In: *Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799*. CH. Fauré (coord.). Paris: Honoré Champion, 1999, e também de SIEYÈS, Emmanuel. *Qu’est-ce que le Tiers État*. Traduzido entre nós como “A Constituinte Burguesa”. Traduzido por Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

<sup>14</sup> De acordo com HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 150.

<sup>15</sup> Como anota FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 81.

<sup>16</sup> Sobre o controle de constitucionalidade na França, ver GOMES, Joaquim B. A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. *Revista Interesse Público*, n. 19, 2003, p. 13-43.

<sup>17</sup> Ver a análise de CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. 2.tir. São Paulo: RT, 2000, p. 59-61.

<sup>18</sup> Anota Louis FAVOREU que o Conselho Constitucional francês tem evoluído e se adaptado às transformações do direito constitucional, de modo que reconduziu a legalidade à sua função de veículo dos valores constitucionais. FAVOREU, Louis. “Légalité et constitutionnalité”, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 3, 1997, p. 77. Sobre a questão do controle de constitucionalidade em França, Georges VEDEL propugna que, para que se faça “como deve ser feito do ponto de vista jurídico”, “il faut le confier à un organe juridictionnel” (deve ser confiado a um órgão jurisdicional. Tradução livre da autora desta monografia). VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Recueil Sirey, 1949, p. 125. Ver, também, SIEYÈS,

Todavia, uma vez que a proposta de um controle político efetivo da compatibilidade das leis com o texto constitucional fracassou, quando do início do Estado de Direito e das Constituições escritas, surge a proposição norte-americana de controle judiciário<sup>19</sup>, que vem precedida de opiniões favoráveis dos constituintes norte-americanos e da campanha neste sentido empreendida por Hamilton<sup>20</sup>, Jay e Madison, nos escritos do *Federalista*<sup>21</sup>, sendo de Hamilton a defesa mais candente, neste sentido, traçada no capítulo 78 daquela obra.

Importa destacar que o controle de constitucionalidade das leis atribuído ao Poder Judiciário pelos norte-americanos não estava inscrito em sua Constituição<sup>22</sup>, sendo idéia construída<sup>23</sup> pela Suprema Corte e enunciada, de forma definitiva, pelo *Chief Justice* Marshall no famoso caso *Marbury x Madison*, de 1803, anotando Lúcio Bittencourt que até meados do século em que este tipo de controle foi anunciado na Suprema Corte, “por pelo menos três vezes esteve a doutrina a pique de perder sua eficácia”<sup>24</sup> e, superadas as crises, afirma-se a

---

Emmanuel: *Fragments politiques, in Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799*. Op. cit., e também do mesmo autor: *Qu'este-ce que le Tiers État*. Op. cit.

<sup>19</sup> Sobre controle de constitucionalidade e sistemas, ver CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>20</sup> Ana Cláudia Nascimento GOMES deixa claro que os fundamentos da decisão de Marshall não foram exatamente originais, nem tampouco inéditos, visto que, por exemplo, Hamilton, no *Federalista*, já propunha o controle jurisdicional de constitucionalidade. GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 43.

<sup>21</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Traduzido por Heitor Herrera. Brasília: UnB, 1984, p. 574-93, de autoria de HAMILTON, sob o pseudônimo de Publius. Sobre a Suprema Corte dos EUA ler, também, RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense: 1958.

<sup>22</sup> Sobre isso, aponta Eduardo García de ENTERRIA: “Como explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente en una competencia, la de ‘judicial review’, que no ha sido atribuída expresamente por la Constitución, sino propiamente ‘usurpada’, o al menos autoatribuida?” ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.127. Do mesmo autor, ver, também, *La Lengua de los Derechos*. Madrid: Alianza Editoria, 2001.

<sup>23</sup> Como igualmente sinala TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 522.

<sup>24</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 14. O autor explica os percalços para a implementação do controle norte-americano, chamando a atenção que, para tanto, pesou positivamente a sagacidade de Marshall, que apesar de não possuir preparo acadêmico, era um político sagaz e, para implementar o controle jurisdicional de constitucionalidade, procurou negociá-la quando do *impeachment* oposto ao *Justice Samuel Chase*; “da segunda vez, coube a Andrew Jackson pôr em dúvida a doutrina” e, da “terceira vez, foi Taney, como Chief (...) que suportou a repulsa do Executivo”, titulado por Lincoln, inimigo da supremacia do Judiciário. Após



Suprema Corte, de modo que o sistema nela desenvolvido se constituiu no primeiro modelo de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos efetuado pelo Poder Judiciário, sendo, dali em frente, de forma gradativa, adotado pelos Estados constitucionais.

Dentre as inúmeras decisões da Suprema Corte Americana que se tornaram *leading cases* e em que ela, como intérprete constitucional de valores, princípios e regras postas na Constituição dos EUA, traçou orientação para diversos temas relacionados, dentre outros, com a organização política do Estado, destaca-se a proferida na emblemática decisão, também do *Chief Justice Marshall*, no *case McCulloch x Maryland*, de 1819. Nesta, interpretou e fixou a compreensão da 10ª emenda da Constituição americana, referente aos assim denominados *poderes implícitos*, segundo a qual toda atribuição/competência delegada pela Constituição inclui o direito/poder de exercer todas as competências expressas e também todos os demais meios necessários, permitidos pela Constituição, para a execução dos poderes que lhe foram atribuídos/delegados. A menção a esta decisão, que dá início à teoria dos *implied powers*<sup>25</sup> – poderes implícitos –, está relacionada ao que se propõe nesta tese, em especial no Capítulo III, a que me reporto.

---

vencidas tais crises, e mantendo a Suprema Corte seu entendimento, consolidou-se a doutrina de Marshall, posta em *Marbury x Madison*. Op. cit., p. 15-7.

<sup>25</sup> Dispõe a X Emenda da Constituição americana: Amendment X – The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the State, are reserved to the states respectively, *or to the people*”. (grifou-se) Tradução livre da autora desta monografia: “Os poderes que não tenham sido delegados aos Estados pela Constituição e não tenham sido proibidos por ela aos Estados serão reservados, respectivamente, ao estado e ao povo”. A partir dessa decisão, ficou claro que o governo federal era supremo em sua esfera de autoridade e detém uma vasta gama de escolha dos *meios* para implementar seus poderes constitucionais, o que significa que a ele devem ser outorgados todos os amplos meios permitidos pela Constituição, para que possa executar os poderes (competências)//atribuições constitucionais que por ela lhe foram delegados, em nome do povo. Ver, para isto: PADOVER, Saul K. *The Living U.S. Constitution*. 3.ed. New York: Meridian Booh, 1995, p. 72.

Com relação ao Brasil, a primeira Constituição, a Imperial de 1824, criou o Supremo Tribunal de Justiça<sup>26</sup> sem arrolar entre suas competências a *judicial review*<sup>27</sup> das leis. À evidência que não havia a menor possibilidade para isso em um Estado constitucional monárquico, em que qualquer vício da lei seria expurgado pela sanção imperial e no qual foi criado mais um Poder, o *Moderador*<sup>28</sup>, com a incumbência de efetuar a conciliação entre os Poderes do Estado, atuando como fator de equilíbrio entre os Poderes/Funções do Estado<sup>29</sup>.

Ao instituírem o *Poder Moderador*, os fundadores do Império acolheram as razões de Benjamim Constant e decidiram “adotar a tetrapartição dos poderes”, como ensina Cezar Saldanha<sup>30</sup>. O ilustre jurista Miguel Reale, recentemente falecido, também destaca a acolhida da filosofia liberal de Benjamim Constant<sup>31</sup> no que se refere ao regime de poderes, destacando que a Carta de 1824 adotou o regime parlamentar de tipo britânico e uma singularidade, que foi a criação do *Poder Moderador*, conferido ao monarca que, por sessenta e cinco anos, exerceu “uma autoridade mediadora entre o Executivo e o Legislativo, o que foi feito com grande prudência e sabedoria”<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Sobre a formação e o desenvolvimento histórico do STF, ver RODRIQUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. I a IV.

<sup>27</sup> De acordo com Lenine Nequete, “pouca ou nenhuma função política, na verdade, tinha o Tribunal, desconhecido então o poder de defesa da Constituição em face do Legislativo por meio da revisão da constitucionalidade das leis, o que só lhe seria atribuído com a Constituição de 1891”. NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Brasília: STF, 2000. v. I: Império, e v. II: República, p. 41 e 18-9.

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição Imperial de 1824: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos”. In: CAMPANHOLE & CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 767.

<sup>29</sup> Ver, também, como estudo jurídico da Carta outorgada do Império, PIMENTA BUENO. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Reed. 1958. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores.

<sup>30</sup> SOUZA JR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p.30.

<sup>31</sup> Para o tema, ver também a clássica obra de CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2.ed. Paris: Guillaumin, 1872, 2 v.

<sup>32</sup> REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 3.ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 221.

Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição do Império, refere-se ao *Poder Moderador* como um *poder neutro* que se criava na pessoa do rei, como aconselhara Benjamim Constant em sua obra, sendo “preservativo e reparador, sem ser hostil”, razão pela qual as críticas que comentadores da CF 1891 faziam à Constituição monárquica eram, para ele, superficiais<sup>33</sup>.

Waldemar Ferreira Martins define o *Poder Moderador* como um feixe de poderes centrado no Imperador, que o exercia, e todos os poderes nele concentrados tinham acentuada característica política, mais do que administrativa, de modo que não era um poder neutro e, ao contrário, para ser exercido em sua plenitude, necessitava ser dinâmico e cunhado por seu titular, de modo que trazia a marca da personalidade deste, até porque tinha de possuir características *personalíssimas*<sup>34</sup>.

De acordo com José Afonso da Silva<sup>35</sup>, o Poder Moderador da Constituição Imperial de 1824 era a chave de toda a organização política, centrada na pessoa do Imperador e dotando-o de faculdades excepcionais, de modo que agia sobre o Legislativo pelo direito, dentre outros, de dissolução da Câmara; sobre o Judiciário, pelo direito de suspender magistrados, e sobre o Executivo, pelo direito de escolher e demitir livremente seus ministros de Estado<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1939, Tomo I, p. 152-3, que acresce quanto ao *Poder Moderador*: “constituiu, doutrinariamente, inovação memorável da história constitucional do Brasil. Os estadistas do Império tinham plena consciência da originalidade, consistente na concentração dos poderes marcados no art. 101 da Constituição Imperial”, sem deixar de apontar, contudo, a amplitude excessiva dos poderes concedidos ao consignar que “se ia muito longe nos poderes de moderação”. Op. cit., p. 153.

<sup>34</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Reedição Fac-Similar. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial, 2003, p. 89.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.73.

<sup>36</sup> Aliás, faculdade até agora concedida ao Chefe do Executivo, no Brasil – CF/88, art. 84, inciso I – concentrando nele excessivos poderes na formação do Poder Executivo, cujos efeitos danosos têm-se revelado nas últimas gestões presidenciais brasileiras, indo em linha oposta ao sistema norte-americano, em que os Ministros integrantes do Executivo devem ser referendados pelo Senado, nos termos da Constituição dos Estados Unidos da América: “Article II, Section 1. (1) The Executive power shall be vested in a President of the Confederate States of America (...) Section

Como se vê, a criação do Poder Moderador da Constituição Imperial de 1824 foi bem recebida pelos que compreenderam qual sua verdadeira finalidade, como poder neutro e de coordenação dos outros Poderes<sup>37</sup>. Todavia, o excesso de poderes conferidos ao titular do Poder Moderador, o Imperador, fez com que viesse a ser entendido (ou mal-entendido), como sinônimo de *excesso de absolutismo* e conseqüente centralização de poderes em torno do Imperador, de modo que para alguns restou de certa forma frustrado o objetivo do poder *neutro* = *poder moderador* porque, sendo titulado pelo Imperador, também Chefe do Executivo, implementava mais um poder político à sua disposição<sup>38</sup>.

Todavia, é indispensável atentar à compreensão do *Poder Moderador* traçada por Cezar Saldanha, que aponta o elevado grau de atualização dos construtores do Império com o estágio de desenvolvimento do direito público, tanto que a Constituição Imperial foi a primeira a adotar, no plano mundial, formalmente, a *tetrapartição* de poderes esboçada na doutrina de Benjamin Constant, apontando:

É hoje consenso entre nossos melhores historiadores: foi a tetrapartição de poderes, mormente a transcendência de uma chefia de Estado suprapartidária e supra regional, que, de um lado, fez a unidade nacional e, de outro, viabilizou o funcionamento, nunca interrompido no Império, de instituições políticas representativas, das mais modernas (Parlamento, Judiciário, eleições para o governo, partidos livres e ga-

---

2. (...) (2) He shall have power by and with the advice and consent of the Senate, (...) shall appoint ambassadors, other public ministers (...)" In: SPAETH, Harold J. & SMITH, Edward Conrad. *The Constitution of the United States*. 13.ed. New York: Harper Collins Publishers, 1987, p. 223-5. Tradução livre da autora desta monografia: O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da Confederação dos Estados Unidos da América (...) (2) A ele devem ser concedidos poderes através e conjuntamente com a advertência e consentimento do Senado pode designar embaixadores, outros ministros públicos.

<sup>37</sup> Sobre este *poder neutro*, ver também de SCHMITT, Carl, as seguintes obras: *La Defensa de la Constitución*. Traduzido por Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Labor, 1931; *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2001; *O Führer protege o Direito*. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2001.

<sup>38</sup> Refere José Alfredo de Oliveira BARACHO, citando Celso BARBI, “quando menciona o período que vai de 1824 a 1899, que ‘durante o Império Brasileiro, certamente por sua marcada influência européia, e também por estar o controle de constitucionalidade das leis em sua fase inicial, não figuram artigos que atribuíssem ao Poder Judiciário aquela função’”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 329. Ver, também, BARBI, Celso. *Evolução do Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil*, *RDP*, 4, abr.-jun., 1968, 34-60.

rantia das liberdades públicas), apesar das deficiências, congênicas do eleitorado em um País, formado – histórico e sociopoliticamente, de cima para baixo<sup>39</sup>.

Quanto ao Poder Legislativo, representado pela Assembléia Geral, nos termos do disposto no n. 8º do art. 15 da Constituição de 1824, competia “fazer leis, interpretá-las, suspender-las e revogá-las e ainda ‘Velar na guarda da Constituição’”<sup>40</sup>. Aliás, do tipo semi-rígido em razão de adotar processo rígido de mudança apenas para algumas normas constitucionais, nesse sentido considerando seu art. 178 como constitucionais apenas as normas que tratassem de limites e atribuições dos poderes políticos e direitos dos cidadãos, de modo que as demais se alteravam da mesma forma que as leis “comuns”, não havendo para elas uma hierarquia formal a observar.

Será, contudo, somente com a proclamação da República que se efetuará radical modificação no Poder Judiciário brasileiro, sucedendo ao Supremo Tribunal de Justiça do Império o Supremo Tribunal Federal<sup>41</sup>, através do qual o Poder Judiciário deixa de ser subordinado para transformar-se em poder independente, nos moldes do modelo norte-americano. A Constituição Provisória de 22 de junho de 1890, em especial o Decreto nº 510, de 1890, atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de constitucionalidade das leis, cabendo ao Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, estruturar o Poder Judiciário, criando-se o STF, integrado por quinze juízes (reduzidos para onze pela CF de 1934), sendo tais disposições ratificadas na Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891.

---

<sup>39</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editores, 2002, p.82-3. Adverte Saldanha que a compreensão de que o Poder Moderador, em vez de somar-se aos três poderes de Monstequieu, vinha para lhes caçar a independência, consiste em “erro grave, resultado e fator de uma compreensão deficiente e equivocada da História da divisão de poderes”, sendo várias suas causas. Ver, para isto, na obra citada, p. 77-82.

<sup>40</sup> Ver, a respeito, TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243.

<sup>41</sup> Sobre o Supremo Tribunal Federal, discorre CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Todavia, o controle difuso<sup>42</sup> de constitucionalidade<sup>43</sup> só veio a ser estabelecido em definitivo com a Lei federal nº 221, de 1894, que “concedeu competência aos juízes e tribunais” – federais e estaduais – “para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se manifestamente inconstitucionais”<sup>44</sup>. A prerrogativa conferida ao Poder Judiciário através de qualquer de seus membros não se exerceu, contudo, ao seu início, sem conflitos com outros Poderes, Executivo em especial, sendo construída gradativamente, como lembra Lenine Nequete<sup>45</sup>.

A CF de 1934 propiciou avanços no processo de controle difuso de constitucionalidade, estabelecendo a regra da *prerrogativa de plenário*, segundo a qual, no âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só poderia ocorrer por maioria absoluta dos votos de seus membros.

Foi também a CF de 1934 que atribuiu ao Senado Federal competência, ainda hoje prevista no texto constitucional em vigor, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo STF, ampliando seus efeitos *inter partes* para *erga omnes*, competência restrita ao âmbito da eficácia, tão-somente, uma

<sup>42</sup> Sobre a história constitucional brasileira, ver também BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>43</sup> Sobre o tema, ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed., 2.tir. São Paulo: Malheiros, p. 324 e ss.; COUTO E SILVA, Clóvis do. As idéias fundamentais da Constituição de 1891, *Revista de Direito Público*, n. 55.

<sup>44</sup> De acordo com MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 213. Ver, também, NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. v. II: República. Op. cit., p. 19.

<sup>45</sup> Lenine NEQUETE lembra episódio ocorrido com o Juiz de Direito de Rio Grande, Alcides de Mendonça Lima, que deixou de aplicar a Lei estadual n. 10, de 16 de dezembro de 1895, “na parte referente a recusações de jurados e ao voto a descoberto, mandando observar em tais pontos a lei antiga”, por entendê-la incompatível com as Constituições Federal e Estadual e sendo por isso denunciado, por ordem do Presidente do Estado, Júlio de Castilhos, pelo Desembargador Procurador-Geral, por ser um juiz “faltoso”, cuja conduta foi taxada de criminosa, sendo-lhe atribuído o “crime de interpretação”. Seu defensor foi Ruy, vindo o Supremo Tribunal a acatar sua brilhante argumentação e reconhecendo que o magistrado acusado agira dentro dos limites de suas funções, porque “Os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais, como é expresso na Constituição da República, art. 59, nº 3”. Id. *Ibid.*, p. 25-6.

vez que apenas ao Judiciário cabe declarar a invalidade da norma, questão que se abordará com maior profundidade no item 3 do Capítulo II.

A CF de 1934 ainda instituiu a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* (art. 7º, I, a e b)<sup>46</sup>, primeira manifestação de uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade, através dela pondo fim a uma longa história de intervenções federais arbitrárias nos Estados, de índole eminentemente política, iniciadas com a CF de 1891. Permaneceram sob a EC de 1926, passando a regulá-la não só quanto ao seu processamento, mas em especial quanto aos requisitos para sua decretação, elencando os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, que desde então constam em todas as Constituições federais, como na vigente, no art. 34, inciso VII.

Com a CF de 1946, instaura-se, em nosso ordenamento jurídico, nova modalidade de controle de constitucionalidade: o *controle concentrado*, instituído pela Emenda Constitucional nº 16, de 06/12/65. Desde então, passam a conviver em nosso sistema de controle de constitucionalidade, os sistemas *difuso*, de matriz norte-americana, e *concentrado*<sup>47</sup>, de matriz europeia, iniciada na Constituição da Áustria sob modelo de Kelsen, mas inspirada em antecedentes da história constitucional austríaca.

Neste sentido, sinala Raul Machado Horta a existência, já em 1885, de estudo de Georg Jellinek para introduzir na Áustria o *controle judiciário de constitucionalidade das leis*, apontando para a “necessidade de Uma alta Corte Constitucional para a Áustria” e, para tanto, pro-

---

<sup>46</sup> Ver, a respeito, MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit. p. 213; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 53; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 244.

<sup>47</sup> Ver os apontamentos de BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 100-1.

punha a ampliação da competência do Tribunal do Império<sup>48</sup>. Esta Corte se tornou realidade na Constituição da Áustria de 1920 que, sob a inspiração de Hans Kelsen, instituiu o *Tribunal de Justiça Constitucional*, “coroando a Constituição e afirmando-se como sua máxima garantia”<sup>49</sup>, consagrando o recurso de inconstitucionalidade por *via direta*.

O modelo de Tribunal Constitucional<sup>50</sup> exclusivo, iniciado pela Constituição da Áustria, é seguido por vários países e ganha impulso no período pós-Segunda Guerra – 1945 –, quando Itália, Alemanha, Portugal e Espanha inserem em suas Constituições “novos modelos<sup>51</sup> da jurisdição concentrada”<sup>52</sup>.

Kelsen, ao propugnar o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, o atribui a um órgão diferente do Poder que elaborou as leis, o Legislativo, porque “seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio”, de modo que um órgão diferente dele, independente dele e de qualquer outra autoridade estatal, é que deveria ser encarregado de anular os atos inconstitucionais, ou seja, propôs uma *jurisdição* ou um *tribunal constitucional*<sup>53</sup>. Como afirma Cezar Saldanha, a genialidade de Kelsen “foi ter inventado, no

<sup>48</sup> Prossegue Raul Machado HORTA sinalando que Jellinek justificava a medida “recordando que, na luta pela *Monarquia Constitucional*, as reivindicações de garantias e direitos individuais voltavam-se contra o *Soberano* [...] Com o tempo, ocorreu fenômeno novo”, de modo que o problema naquele momento consistia em “indagar se existem garantias suficientes para conter as demasias do Parlamento”. HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 169-70.

<sup>49</sup> Id. Ibid.

<sup>50</sup> A respeito dos órgãos de controle de constitucionalidade no modelo europeu e no Brasil, ver COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de Constitucionalidade das Leis e do poder de Tributar na Constituição de 1988*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 103 e 153. Sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, ver ainda SOUZA, Carlos Aureliano Motta. *O Papel Constitucional do STF*. Uma nova aproximação sobre o efeito vinculante. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Sobre o mesmo tema, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. 2.ed. Malheiros, 2002.

<sup>51</sup> A respeito do constitucionalismo na Europa e propostas para um “constitucionalismo comunitário”, ver VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Constitución Inédita*. Estudios ante la constitucionalización de Europa. Madrid: Trotta, 2004.

<sup>52</sup> Id. Ibid., p. 181.

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Traduzido do alemão por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150. Do mesmo autor, ver também *Teoria pura do direito*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.



projeto da Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura jurídica romano-germânica”<sup>54</sup>.

Para Baracho, a contribuição de Kelsen decorre do “positivismo constitucional kelseniano, consagrado a partir da teoria da *construção do direito por degraus*” para que se garanta o princípio da hierarquia das normas e, com ele, a coerência da ordem jurídica, de modo que o controle de constitucionalidade das leis resulta de uma necessidade da política constitucional, com vista à redução da “margem de defeitos possíveis entre validade e conformidade”<sup>55</sup>.

No Brasil, como referido, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é instituído pela EC 16/65, que atribuiu ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a CF. Tem como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República, atuando como “substituto processual de toda a coletividade”, no que difere da representação interventiva em que o “titular era a União, figurando no pólo passivo o Estado-membro”<sup>56</sup>. Portanto, não mais se tratava de representação, somente, mas de um *direito de ação*<sup>57</sup>, podendo qualquer interessado dirigir-lhe solicitação para que representasse sobre inconstitucionalidade perante o STF, pedido cuja aceitação dependia do exclusivo juízo discricionário do Procurador-Geral, o que, à evidência, restringia o âmbito de abrangência do controle concentrado.

---

<sup>54</sup> Para SALDANHA, “a maior contribuição de Kelsen à civilização ocidental não está na filosofia, nem na teoria do Direito, mas na arquitetura constitucional por ele imaginada. Kelsen foi o Montesquieu do século XX”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Op. cit., p.113.

<sup>55</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Ano XXII, n. 4, 2004, 15-75, p. 57-8

<sup>56</sup> Segundo TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 245.

<sup>57</sup> Sobre o tema, ver NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. v. II: República. Op. cit., p. 91.

Na vigência da CF de 1969 (formalmente, Emenda Constitucional nº 1/69), a EC nº 7/1977 ampliou o âmbito da representação incluindo sua possibilidade “por inconstitucionalidade ou *interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*”, nos termos do art. 119, I, *l*, dispondo a mesma EC sobre a manifestação expressa dos órgãos especiais de Tribunais de Justiça dos Estados, exigindo *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade<sup>58</sup>.

Todavia, foi a partir da CF de 1988 que o sistema de controle concentrado de controle de constitucionalidade jurisdicional das leis ampliou-se entre nós, tanto no aspecto de seus legitimados ativos, quanto nas espécies de ações admitidas, reguladas atualmente em seus arts. 102, I, *a*, e §§ 1º e 2º, e 103 e parágrafos, bem como nas Leis nºs 9.868, de 10/11/99, e 9.882, de 03/12/99. Análise mais ampla do controle jurisdicional/dualista, concentrado e *in abstracto* de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico será feito no item 3 deste capítulo, a que me reporto.

Importante destacar que, além do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, há previsão constitucional para o chamado *controle prévio* ou *preventivo* de constitucionalidade realizado, no decurso do processo legislativo, através de dois órgãos políticos: Executivo e Legislativo. Cabe a esse, ainda, por disposição constitucional expressa, duas formas de controle repressivo, sendo tais questões examinadas à frente, no Capítulo II desta monografia, a que me reporto.

Como se vê, o sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade é do tipo *misto*<sup>59</sup>, pois nele convivem duas espécies de controle, e ambos são realizados pelo Poder

---

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 245.

<sup>59</sup> Para Oscar Vilhena VIEIRA, “O hibridismo de nossa jurisdição constitucional lhe dá um alto grau de complexidade, sofisticação e originalidade”, porém implica “problemas decorrentes dessa conjugação, pois não contando o sistema jurídico brasileiro com o princípio do *stare decisis*, existente no mundo do *common law*, fica muito vulnerabilizada a autoridade dos tribunais superiores, especialmente a do Supremo Tribunal Federal”,

Judiciário. Um deles, efetuado pela *jurisdição ordinária*, comum, em que o exame de constitucionalidade da matéria tratada no processo poderá ser efetuado por qualquer magistrado, ou seja, *sistema difuso*, por via de exceção. O outro, realizado pela *jurisdição constitucional especial*, que se fará pelo *sistema concentrado*, atribuído a órgão (tribunal) específico do Poder Judiciário, efetuado por via de ação direta, de jurisdição concentrada no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais de Justiça dos Estados, conforme se trate de incompatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual com a Constituição Federal (STF - art. 102, I, *a*, CF), ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal perante a Constituição do Estado (Tribunais de Justiça dos Estados – CF, art. 125, § 2º).

O controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil efetiva-se tanto em caráter *prévio* ou *preventivo* quanto *a posteriori* ou *repressivo*. Será *prévio* ou *preventivo* quando realizado ainda antes da edição da lei, durante o processo legislativo<sup>60</sup>, por não-cumprimento do *devido processo legal* na tramitação legislativa do projeto de lei. Neste caso, os parlamentares detêm legitimidade ativa para ajuizarem mandado de segurança buscando o cumprimento daquela garantia constitucional, cabendo ao Judiciário manifestar-se em caráter *difuso*, incidental, sobre a questão.

Com relação ao controle *repressivo*, ocorre quando já existente a lei no ordenamento jurídico e poderá efetivar-se de forma *difusa*, por *via de exceção*, nos casos concretos, ou pelo controle *concentrado*, através de ações próprias, como se analisará nos itens 2 e 3, à frente.

---

que “não conta com a fidelidade dos demais órgãos do Judiciário, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*. Op. cit., p. 219.

<sup>60</sup> Com relação ao controle jurisdicional *preventivo*, de regra se fará somente sobre as disposições constitucionais que regulam o processo legislativo de elaboração das leis (arts. 59 a 69 da CF), sendo esta a posição majoritária do STF, que não admite o controle sobre regras regimentais por tratar-se de matéria *interna corporis*, mas há posições divergentes, que admitem o controle preventivo de constitucionalidade pelo não-cumprimento das normas regimentais da respectiva Casa Legislativa onde tramita o projeto de lei, inclusive por sua interpreta-

No sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade, cabe ao Supremo Tribunal Federal cumular o exercício da jurisdição constitucional *difusa* em último grau, quando atua como Tribunal revisor da questão constitucional no âmbito do controle difuso, com a jurisdição constitucional de caráter *concentrado*, de competência originária, proferindo nas duas situações decisões terminativas da lide.

Daí por que o tipo de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário no Brasil é do tipo *cumulativo*, pois cumula no mesmo Poder o exercício dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. É, também, um controle de modelo *monista*, denominação utilizada por Victor Comella, que identifica como de *estrutura monista* ao “modelo americano descentralizado de revisão constitucional”<sup>61</sup>. Contrapõe-se à *estrutura dualista*, própria do modelo europeu, de Kelsen, em que o controle concentrado é efetuado por uma *jurisdição constitucional exclusiva*, própria - o Tribunal Constitucional - que, embora não integre o Poder Judiciário, é também um Tribunal dotado de poderes jurisdicionais e recebe da Constituição competência para julgar a constitucionalidade de leis e dos atos normativos em caráter concentrado, definitivo, vinculante.

Para o caso do sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF, é erigido como o órgão titular da “guarda da Constituição”, cabe-lhe realizar o controle jurisdicional cumulativo – *dualista* - na medida em que também exerce o controle concentrado de constitucionalidade em caráter exclusivo, definitivo, vinculante.

---

ção que leve à inconstitucionalidade. Neste sentido, julgou o Pleno do STF no MS nº 22.503/3/DF – em *Ementário STF* nº 1.872-03. Ver, também, MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit., p. 224-8.

<sup>61</sup> COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism. *Texas Law Review*. Avenues in Comparative Constitutional Law. Texas: Austin School of Law, p. 4, february 27-28, 2004.

Assim, e para fins de identificação dos tipos de controle de constitucionalidade efetuados pelo Poder Judiciário no Brasil, que é misto, como se demonstrou, adota-se a denominação, para as duas espécies, de controle *monista/difuso* e *dualista/concentrado*, que são analisadas, individualmente, nos itens 2 e 3 que seguem.

## 2 CONTROLE JURISDICIONAL MONISTA/DIFUSO E *IN CONCRETO*

O controle jurisdicional *monista/difuso* e cumulativo<sup>62</sup> de constitucionalidade adotado pelo Brasil segue o modelo norte-americano do *judicial review*, antes descrito, com a peculiaridade de sua aplicação no direito brasileiro, que é do tipo continental (*civil law*), ao contrário do direito norte-americano (*common law*), do precedente judicial. Por incidir sobre quaisquer processos que tratem de um específico litígio entre as partes submetido ao Poder Judiciário, recebe também a denominação de controle *in concreto, incidental, por via de defesa ou por exceção*, incidindo sobre o caso concreto levado a juízo como questão essencial ao seu deslinde, não se constituindo, todavia, no objeto principal da ação, como ocorre no controle judicial concentrado.

Uma vez que na via do controle difuso o exame da constitucionalidade é da competência de qualquer magistrado, a questão constitucional poderá ser suscitada sempre que sua solução interfira no julgamento da demanda, pelas partes, pelo Ministério Público, ou pelo próprio juiz, de ofício (*iura novit cura*), visto que a ele cabe o *poder-dever* de pronunciar-se sobre matéria constitucional que envolva o litígio. Desta decisão, que envolve pronunciamento sobre constitucionalidade, caberão recursos, nos termos da lei e, em especial, o *Recurso Extraordinário*, cujo julgamento é de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do disposto nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 102 da CF, de onde a apreciação da matéria constitucional no *decisum a quo* permite a possibilidade de seu reexame pela Corte Constitucional brasileira: o STF.

---

<sup>62</sup> Porque cumula no Poder Judiciário os controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

Um sistema de controle de constitucionalidade desta natureza<sup>63</sup> não traz dificuldade à compreensão de que será propício ao estabelecimento, em matéria de controle difuso, de conflitos entre a *jurisdição comum, ordinária*, e a *jurisdição constitucional específica* (em nosso caso, o STF), originados do fato de, por ser este um sistema de controle de constitucionalidade do tipo *monista* (em razão de as duas espécies de jurisdição constitucional serem cumuladas no Poder Judiciário), viabilizar-se, como antes apontado, à *jurisdição constitucional específica*, revisar a decisão do juízo *a quo*, “fiscalizando-o”. E é este poder de revisão, atribuído pela Constituição ao STF, à decisão do magistrado *comum*, no controle difuso, que ensejará a possibilidade de surgirem ressentimentos e disputas de autoridade entre os órgãos (e seus membros) julgadores.

A esta circunstância, deve acrescentar-se a constatação de que a decisão de constitucionalidade proferida em controle difuso não será vinculante para futuros julgamentos, visto que não vigora entre nós o sistema do *precedente* judicial, a exemplo dos Estados Unidos<sup>64</sup>. Contudo, deve-se destacar que o *stare decisis* norte-americano poderá vir a ser gradativamente desenvolvido e implantado em nosso sistema jurídico, tanto que o primeiro passo neste sentido já foi deflagrado pela autorização de edição da *súmula vinculante* pelo STF, através de regra positivada no art. 103-A da CF, na redação dada pela EC nº 45, de 08/12/04.

Mas os conflitos entre órgãos/membros judicantes não são, entretanto, exclusivos do controle de tipo *monista*. Podem, também, surgir em ordenamentos jurídicos do tipo *dualista*

---

<sup>63</sup> Carlos Aureliano Motta de SOUZA aponta defeitos ao sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil e que entende congêntos, fundados em divergências de ordem juspolítica que remontam às origens de nosso ordenamento, decorrente de um apego forte, em demasia, dos fundadores da República, pelo modelo político dos EUA, o que os motivou até a adotar esse nome: Estados Unidos do Brasil, de modo que o Brasil, “país filiado ao sistema do direito romanista, adotou o sistema de controle de constitucionalidade das leis de um país filiado ao sistema de direito da *common law*, no que diz com o controle difuso”. SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O Papel Constitucional do STF*. Op. cit., p. 54-5.

<sup>64</sup> Sobre o sistema de direito dos Estados Unidos, ver TUNC, André. *El Derecho en Estados Unidos*. Colección “que sais-je”, n. 10. Barcelona: Oikos-tau.s.n. ediciones, 1971.

(os tipos *monista* e *dualista* na concepção de Victor Comella, antes abordada)<sup>65</sup>. Isso poderá ocorrer quando este controle – *dualista* – for exercido, em caráter exclusivo e terminativo, por um Tribunal Constitucional de natureza política, não integrante do Poder Judiciário, mas dotado de competências jurisdicionais e cujas decisões se impõem a todas as funções/poderes do Estado (Judiciário, inclusive) com caráter vinculante. Apesar de competente para dirimir, como corte constitucional suprema, as questões constitucionais, é menos rígido, de modo que permite à magistratura ordinária que também se pronuncie, afirmando a constitucionalidade de leis ou atos normativos quando fundamentais à solução da lide e, em caso de dúvida sobre ela, impõe-lhe o dever de suspender o processo (aí residindo a diferença entre o sistema difuso norte-americano e o brasileiro, em que qualquer magistrado pode decidir sobre inconstitucionalidade) para sua remessa ao Tribunal Constitucional especial, porque só este detém competência para legislar de forma negativa.

A estes sistemas, que possuem um Tribunal Constitucional desta natureza (que não integra o Poder Judiciário), Victor Ferreres Comella, já mencionado, qualifica como de *estrutura dualista*. Esta será mais ou menos rígida de acordo com o grau de exclusividade da Corte Constitucional e o quanto de autonomia possuir perante os demais órgãos judiciários. Significa que quanto mais funções exercer esta Corte, além da constitucional, e quanto mais intensas suas ligações com a jurisdição ordinária, menos rígida será sua estrutura e, nesse passo, mais se aproxima ao que denomina de *estrutura monista*, característica do “modelo americano descentralizado de revisão constitucional”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism. *Texas Law Review*. Avenues in Comparative Constitutional Law. Texas: Austin School of Law, p. 4, february 27-28, 2004.

<sup>66</sup> Id. Ibid.



Exemplos desta situação ocorrem na Alemanha<sup>67</sup> e na Espanha<sup>68</sup>, cujas Constituições prevêm, ainda, meio específico para a máxima proteção das liberdades e dos direitos constitucionais, através de recurso próprio, nominado de *recurso constitucional* – *Verfassungsbeschwerden* –, na Lei Fundamental Alemã (art. 93, item 1, 4 a)<sup>69</sup>, e de *recurso de amparo*, na Constituição espanhola (art. 53)<sup>70</sup>. É exercitável por todo aquele que entenda ter-lhe sido negado o exercício de um direito fundamental, desde que observado o pré-requisito de esgotamento de todas as instâncias judiciárias comuns, sendo-lhe então facultado o acesso direto ao Tribunal Constitucional para que este diga, como instância suprema e definitiva, sobre a violação argüida. No exercício desta competência, o Tribunal Constitucional exerce verdadeira “fiscalização” sobre a atuação dos órgãos do Poder Judiciário ordinário, daí advindo conflitos

<sup>67</sup> O controle concreto de normas é exercido na Alemanha, como aponta Luís Afonso Heck, quando “num procedimento pendente nalgum tribunal sucederem dúvidas sobre a validade de uma norma que fundamenta a decisão”, conforme previsto no “art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental, § 13, n.11, § 80 *et seq.* da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal”, caso em que a “obrigação de apresentar (os autos) está dada quando um tribunal considera uma lei, de cuja validade depende a decisão, como inconstitucional. Ele deve, então, suspender o procedimento e pedir a decisão ao Tribunal Constitucional Federal.” HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 132.

<sup>68</sup> Com relação à Espanha, seu Tribunal Constitucional, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, está situado “à margem, e de certa maneira, superior à organização judicial”, cabendo-lhe decidir de forma definitiva, quanto a questões de inconstitucionalidade, tanto em via principal quanto incidental, diferindo, no segundo caso, do sistema difuso porque aqui o juiz suscita dúvida quanto à constitucionalidade da lei e paralisa o processo para o exame desta questão pelo Tribunal Constitucional. A Constituição da Espanha também prevê o *recurso de amparo*, em seu art. 53, para a “tutela das liberdades e direitos fundamentais por ela consagrados” e tem por objetivo fiscalizar o “exame da legalidade do procedimento prévio, ante os juízes de primeira instância”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Proceso Constitucional*. Op. cit. p. 282-7.

<sup>69</sup> O recurso constitucional desta natureza está previsto na Lei Fundamental alemã no art. 93, item 1.4a, e para seu julgamento o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) se converte em “*Tribunal Cidadão*”, como aponta Alexandre de Moraes, pois o acesso a ele é a todos garantido, de forma gratuita e, inclusive, sem representação por advogado, toda vez que o “poder público tenha prejudicado os direitos fundamentais do cidadão ou os denominados *direitos assemelhados aos fundamentais*, previstos nos arts. 20, item 4; 33, 38, 101; 103 e 104”, cabendo-lhe analisar “se os demais tribunais, no exercício de suas competências desrespeitaram os direitos fundamentais ou os direitos assemelhados aos fundamentais. Exige-se, portanto, para o cabimento do recurso constitucional, o esgotamento dos recursos ordinários”. MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit., p. 162. Ver também, art. 93, item 1.4a. da Lei Fundamental Alemã: “1. Compete ao Tribunal Constitucional Federal apreciar: [...] 4a. as queixas constitucionais que podem ser interpostas por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos consagrados no n° 4 do artigo 20° assim como nos artigos 33°, 38°, 101°, 103° e 104°.” *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 210/211. Com ensaio e anotações de Nuno Rogeiro.

<sup>70</sup> ESPANHA. *Constituição*. Art. 53, 2: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”. *Constitución Española*. 7.ed. Valencia: Generalitat Valenciana, p. 12.

entre os dois tipos de jurisdição: a comum e a constitucional, exercida por um Tribunal Constitucional não integrante do Poder Judiciário, resultando em situações delicadas, como aponta:

It is therefore difficult for the Constitutional Court to tell an ordinary judge that there are ways to decide the case that make it unnecessary for her to raise a question about the constitutional validity of the statute<sup>71</sup>.

Por isso, entende Comella ser quase inevitável que exista uma certa tensão entre jurisdição ordinária, inclusive de um Tribunal Supremo, e o Tribunal Constitucional de sistemas de controle concentrado não-rígido, em que este está autorizado a revisar as decisões dos demais, o que poderia ser acomodado “if the two Courts act in good faith”<sup>72</sup>, o que implica sua não-politização excessiva, através de decisões eminentemente políticas e pouco jurídicas, e desde que o Tribunal Constitucional não se torne extremamente ativo como legislador positivo, atuação que atribui às Cortes Constitucionais europeias, que estariam quase a usurpar a atuação do Parlamento, contrariando o próprio Kelsen, idealizador do modelo concentrado europeu, que concebeu tais Cortes como “*negative legislature* and not as a *positive legislature*”<sup>73</sup>. Não desconhece, contudo, as diferenças existentes entre as modernas Constituições europeias e a dos Estados Unidos, pois as primeiras tendem a ser prolixas em direitos e princípios cuja interpretação e concreção exige uma Corte Constitucional ativa e adequada à sua relevante função (mesma situação de nossa analítica Constituição de 1988, plena em direitos e garantias, em que muitos são expressos por normas de eficácia progra-

---

<sup>71</sup> ESPANHA. *Constituição*. Constitución Española. Op. cit., p. 10. Tradução livre da autora desta monografia: “Por isto, é difícil para a Corte Constitucional dizer ao juiz ordinário que há meios de decidir o caso que torna desnecessário que suscite uma questão sobre validade constitucional da lei”.

<sup>72</sup> Id. Ibid., p. 20. Tradução livre da autora desta monografia: “se as duas Cortes agirem de boa-fé”.

<sup>73</sup> COMELLA, Victor Ferreres. *The Consequences of centralizing constitutional review in a special court*. Op. cit., p. 15. Tradução livre da autora desta monografia: “Kelsen concebe tais Cortes como ‘legislatura negativa’, não como ‘legislatura positiva’”. Do mesmo autor, ver também *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

mática, tão-somente, que ainda aguardam sua efetividade, mediante a concretização do comando constitucional-programa)<sup>74</sup>.

Em sentido contrário, no entanto, Andrés de la Oliva Santos enfatiza que a idéia de um conflito de competências entre um Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo e a jurisdição ordinária é errônea, até porque não existe um conflito “‘formal’ legalmente previsto”<sup>75</sup>, e que o problema reside no “poder jurídico atribuído a la Jurisdicción ordinária”<sup>76</sup>, que tem o dever, assim como um Tribunal Constitucional, de resolver a questão, “por mais vago e indeterminado que seja seu texto”<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Ver, sobre os novos enfoques de acesso à justiça e concretização de direitos e garantias, CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Briant, segundo os quais, para “os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os novos direitos efetivos, como era de se prever (...) Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário (...) Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedad de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimentos, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais (...) Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial”. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, reimpresso em 2002, p. 67-77.

<sup>75</sup> SANTOS, Andrés de la Oliva, que aponta, contudo, alguns casos em que o Tribunal Constitucional teria extrapolado seus limites, invadindo a esfera de competência da jurisdição ordinária, criando tensão decorrente de competências específicas atribuídas ao Tribunal Constitucional, como a força de lei da declaração de inconstitucionalidade de uma norma interpretada pela jurisprudência (art. 161, 1, *a*) da Constituição espanhola. (SANTOS Andrés de la Oliva. La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinária. In: BLANCO, Ramón Punset; VIJANDE, Jesús Santos (directores). *Colección Jornadas e Seminários*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 35-69, 1996, p. 36).

<sup>76</sup> Sobre o tema, ver também SANTOS VIJANDE, Jesús Maria, ao abordar os aspectos decisivos da articulação entre o Tribunal Constitucional espanhol e o Poder Judicial, circunscrevendo a questão às dificuldades de interpretação do artigo 5.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário em relação ao art. 164 da Constituição espanhola e por algumas disposições da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – “v.g., arts. 13, 38 y 40.2 LOTC, entre outros”. (SANTOS VIJANDE, Jesús Maria. “Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales Ordinários”. BLANCO, Ramón Punset; VIJANDE, Jesús Santos (directores). *Colección Jornadas e Seminários*. Op. cit., 89/164, p. 89-90).

<sup>77</sup> Corrigir a interpretação judicial das normas fixando-a, à luz dos preceitos constitucionais, é uma das relevantes atribuições de um Tribunal Constitucional, sendo exercida de forma intensa pelos Tribunais europeus desta natureza sempre que a matéria se vincule à alegação de violação de direitos fundamentais ou liberdades públicas, corrigindo omissões jurisdicionais, sem que isto implique conflito com a jurisdição ordinária porque se limita a “revisar la interpretación de lo aplicado a la luz de los preceptos constitucionales que han ser tomados en consideración para no vulnerar, sino respetar o satisfacer derechos fundamentales y libertades”, como refere Andrés de la Oliva, apontando que corrente contrária entende que, se o Tribunal Constitucional, na sentença de amparo, revisa a norma infraconstitucional escolhida pelo juiz ordinário para incidir sobre o caso em julgamento, estaria extrapolando os limites de sua atuação porque deveria “limitarse a revisar si, al aplicar la norma o normas consideradas aplicables, los Tribunales ordinários han conferido a esas normas – las elegidas como aplicables y efectivamente aplicadas – un sentido contrario al que debiera habersele dado por mor de preceptos constitucionales rela-

Como contraponto, Comella refere a forma sintética da Constituição americana, que legou sua construção, originariamente, ao Poder Judiciário, destacando que as diferenças entre os dois tipos de Constituição têm origem histórica, na medida em que a Revolução Americana não promoveu a radical transformação da sociedade<sup>78</sup>, da mesma forma que as Revoluções libertárias européias, que tiveram de destruir estruturas feudais que as monarquias absolutas não haviam eliminado, por completo, de modo que “Thus, whereas the American Constitution tried to establish a few negative limites on the government, the European Constitutions contained an ambitious program of social transformation”<sup>79</sup>.

Tais conflitos, como já ressaltado, também ocorrem e/ou podem ocorrer em nosso modelo *monista-cumulativo* de controle jurisdicional de constitucionalidade, em sede de controle difuso, em que questões constitucionais são decididas pela jurisdição constitucional *ordinária* sujeitas, no entanto, à revisão pelo Supremo Tribunal Federal<sup>80</sup>, cuja decisão, neste caso, não tem efeito vinculante, o que só poderá ser alcançado através da *súmula vinculante* prevista no art. 103-A da Constituição em vigor, segundo o qual matéria que venha a ser sumulada pelo STF terá efeito vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração

---

tivos al derecho fundamental o libertad pública pretendidamente vulnerados”. (SANTOS Andrés de la Oliva. La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria. Op. cit., p. 45).

<sup>78</sup> Sobre as diferenças entre as Revoluções Americana e Francesa, bem como sobre as características peculiares da sociedade norte-americana à época da promulgação de sua Constituição e que influenciaram sua estruturação, sua forma de governo, divisão de poderes, supremacia do Poder Judiciário etc., ver TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997 e *O Antigo Regime e a Revolução*. 2.ed. Brasília: UnB, 1979. Ver também ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. São Paulo: Ática, 1990 e, ainda, MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder Y Libertad*. Traduzido por Francisco Roig e Manuel Neira. Madrid: Trotta, 1998.

<sup>79</sup> COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Op. cit., p. 24. Tradução livre da autora desta monografia: “Em razão disto, enquanto a Constituição Americana tentou estabelecer alguns limites negativos ao governo, as Constituições Européias contêm um ambicioso programa de transformação social” (como é o caso do Brasil, através da CF 88).

<sup>80</sup> Consigna Gilmar Ferreira MENDES que “tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”, em *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Comercial, 2000, p. 25.

pública geral, não mais permitindo às instâncias inferiores que adotem posição contrária, sob pena de cassação da “decisão judicial reclamada” (CF, art. 103-A, § 3º)<sup>81</sup>.

Todavia, mesmo que o Supremo adote intensa atividade sumular, é evidente que a abrangência das matérias que vierem a ser sumuladas jamais poderá ser de porte a açambarcar a integralidade dos direitos assegurados na Constituição, o que leva à conclusão de que os conflitos<sup>82</sup> entre as jurisdições poderão ser reduzidos, mas permanecerão<sup>83</sup>.

No que diz com a eficácia das decisões judiciais sobre constitucionalidade de leis e atos normativos no controle difuso, por ser concreto, incidente sobre determinada ação em que

---

<sup>81</sup> O que revela nossa aproximação do sistema do *precedente*, do *stare decisis*, próprio à *common law*, considerando que, na dicção de André TUNC, *stare decisis* significa a “Síntesis judicial de costumbres en sus orígenes y actualmente adaptación a los tiempos modernos de esta síntesis primitiva, la *common law* no parece poder concebirse sin el respeto de los principios afirmados anteriormente por el juez. Es la norma con arreglo a la cual el juez debe atenerse a los principios contenidos en las decisiones precedentes *stare decisis*”. (TUNC, André. *El Derecho en Estados Unidos*. Op. cit., p. 86-7 “que sais-je” en lengua castellana, nº 59, Barcelona: oikos-tau.s.a.-ediciones, p. 83). Por óbvio, e isto é destacado pelo mesmo autor, o juiz poderá afastar, com sólidos fundamentos, o precedente, quando se alterarem as condições de fato, de modo a atenderem aos princípios constitucionais e concretizarem o justo.

<sup>82</sup> Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar conflitos desta ordem, destaca como “revelante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso”, ressaltando que há de “se reconhecer que o tema assume entre nós peculiar complexidade tendo em vista a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 400). Para melhor detalhamento, ver a análise da questão por ele efetuada na obra citada, p. 394 a 413. Ver também, do mesmo autor: *O controle de Constitucionalidade das leis no Brasil: evolução e tendências*. Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na história da República. Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil, 2002, 487-567.

<sup>83</sup> É neste contexto que desponta a importância de um Tribunal Constitucional específico, não integrante do Poder Judiciário, mas também dotado de competências jurisdicionais, como forma de conciliação entre a jurisdição *ordinária* e a jurisdição *especial* constitucional porque, além de exercer competências constitucionais específicas, próprias, irá construir a interpretação da Constituição de forma a concretizar seus princípios e valores, e caber-lhe-á papel fundamental na efetivação dos direitos fundamentais porquanto, ao revisar decisões da jurisdição ordinária, estabelecerá parâmetros a serem observados e formará na magistratura – e nos jurisdicionados –, a consciência da Constituição à luz daqueles princípios e valores, exercendo verdadeira “pedagogia constitucional”, de modo a obter-se a efetiva constitucionalização da atuação do Poder do Judiciário, no Brasil mais afeito ao direito privado do que ao direito público, caracterizado pela “falta de tradición histórica del juez como ‘juez de la constitución’”, como refere Andrés de la Oliva Santos em *La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria*. Op. cit. p. 45. A necessidade de um Tribunal Constitucional especializado é também apontada por Cezar Saldanha Souza Junior quando afirma: “Essa função jurisdicional alargada não se coaduna com o poder judiciário, máxime na via do controle difuso, pois importaria uma politização tão dramática da vida jurídica que inviabilizaria a estabilidade das instituições democráticas. O Tribunal Constitucional, como instituição especializada e concentradora do controle de constitucionalidade, permite efetivar a proteção jurídica da dignidade humana, sem os riscos de politizar insuportavelmente a instância judicial ordinária”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal*

a matéria seja aventada como questão primeira a ser solvida será, sempre, *inter partes*, o que significa que se restringe às partes no processo.

A esse respeito, contudo, há exceção prevista no inciso X do art. 52 da Constituição, que dá competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Esta singularidade será abordada à frente, no Capítulo II, nº 3, e abre possibilidade de conceder eficácia *erga omnes* e *extra partes* no processo em que foi proferida a decisão pela Suprema Corte em sede de controle difuso, pela via do *recurso extraordinário*, quando lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, conflitantes com a CF, poderão ter sua constitucionalidade perante ela discutida (CF, art. 102, inciso III e alíneas).

Pronunciada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, os efeitos da decisão serão *ex nunc* em relação ao dispositivo normativo questionado, de modo que sua nulidade não será declarada desde o início de sua vigência – *ex tunc* – como ocorre no controle concentrado, em sua forma clássica, mas somente a partir da declaração de sua inconstitucionalidade em relação ao ato nela fundamentado e que motivou o ajuizamento da respectiva ação, cujo mérito perpassa pelo exame de constitucionalidade da lei ou ato normativo que regula a situação de fato ensejadora do questionamento judicial (a não ser que haja simultaneidade entre a edição da norma jurídica e o ato praticado e nela fundado). Com relação às partes no processo, os efeitos são os mesmos de decisão proferida em qualquer processo, que retroage *ex tunc* – desde o início da ação – e neste caso para declarar nulo o ato praticado com fundamento na lei ou no ato normativo declarados inconstitucionais<sup>84</sup>.

---

nária”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma nova teoria da divisão dos Poderes. Op. cit., p.111.

<sup>84</sup> Alexandre de Moraes classifica como *ex tunc* os efeitos para as partes do processo por força da retroação da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que serviu de fundamento ao ato prati-

Importa destacar, também, que, ao se realizar o controle difuso de constitucionalidade perante um tribunal – colegiado de segundo grau –, deverá ser obedecida a chamada “cláusula de reserva de plenário”<sup>85</sup>, o que significa que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou da maioria absoluta dos membros dos órgãos especiais, quando houver (CF, arts. 93, inciso XI, e 97), daí resultando que os órgãos fracionários dos tribunais não detêm poderes para decisão desta natureza, sendo nula decisão de turma, câmara, grupo, seção, que assim decida.

Isso significa que magistrado integrante de tribunal (colegiado) que se deparar com lei ou ato normativo sobre cuja constitucionalidade deva se pronunciar para viabilizar o julgamento da ação terá de suscitar o *incidente de inconstitucionalidade*, paralisando o processo para remetê-lo ao Tribunal Pleno ou ao órgão especial para que se manifeste sobre a inconstitucionalidade suscitada. Após seu julgamento pelo colegiado, seja por constitucionalidade ou por inconstitucionalidade, dará prosseguimento ao processo.

A exceção ocorrerá, segundo jurisprudência do próprio STF<sup>86</sup>, quando seu Plenário já houver se manifestado sobre o ato normativo e declarado sua inconstitucionalidade, o mesmo ocorrendo com relação a decisões, de mesma natureza, tomadas pelo tribunal *a quo* por decisão plenária<sup>87</sup>, medida de bom-senso que confirma os princípios da economia e da celeridade processual, como sinala José Levi Mello do Amaral Jr., pois as normas regimentais que de-

---

cado e atacado na via judicial. Para os demais, atribui eficácia *ex nunc* para a decisão, na hipótese do art. 52, X, da Constituição, iniciando a partir da publicação da Resolução do Senado que atribua efeitos *erga omnes* à inconstitucionalidade decidida. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001., p. 569.

<sup>85</sup> Id. *Ibid.*, p. 566.

<sup>86</sup> Id. *Ibid.*

<sup>87</sup> Neste sentido, o decidido no Agr. de Instr. nº 168.149 (AgRg)–RS, Relator o Min. Marco Aurélio, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, nº 162, p. 765-7, e a decisão do RE nº 190725-8–PR, de 27/07/95, Relator o Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in\\_processo.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp)> Acesso em 3 abr. 2006. Ver, também, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 556.

terminam esta vinculação dos órgãos fracionários a decisões similares nada mais fazem do que explicitar “consequência que é ínsita à regra do *full bench*”<sup>88</sup>.

Questão que deve ser enfrentada, também, é a que diz respeito com a natureza singular da decisão tomada em sede de *incidente de inconstitucionalidade*, visto que se está a tratar de medida adotada em controle difuso de constitucionalidade e, portanto, com efeitos *inter partes*. Todavia, o que chama a atenção é que se trata de manifestação da maioria absoluta de membros do Plenário ou do órgão especial, o que equivale ao *quorum* exigido para declaração de inconstitucionalidade no sistema concentrado, abstrato (Lei nº 9.868/99, arts. 22 e 23).

Considerando o requisito constitucional exigido – *quorum qualificado* – para tais decisões, chega-se à conclusão de que em nosso sistema difuso de controle de constitucionalidade há exceção legal que o aproxima do controle concentrado, consubstanciada no *incidente de inconstitucionalidade*,<sup>89</sup> em que a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo debatidos no processo *inter partes* será tomada não só por um juiz singular, como é próprio ao sistema difuso, mas por um colegiado de magistrados, cuja decisão representa o posicionamento do tribunal respectivo sobre a questão suscitada, de modo que os efeitos da decisão, apesar de, em termos ortodoxos, ficarem restritos às partes do processo, sem dúvida se efetivam *extra autos*, equivalendo a um efeito *erga omnes* próprio do controle concentrado, por-

---

<sup>88</sup> AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 80. Prossegue o autor destacando a firme jurisprudência do STF no sentido de excepcionar, nesta situação, a “regra do *full bench* (...) qual seja, a desnecessidade de manifestação *en banc*, nos tribunais inferiores, quando o pleno do Supremo Tribunal Federal já houver decidido determinada *quaestio iuris* constitucional ainda que o Senado Federal não tenha deliberado nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. (...) Mas como demonstrado, por uma questão de bom senso e economia processual, uma vez tendo o pleno dirimido a *quaestio iuris* constitucional, fixa-se precedente (*leading case*) que orientará a decisão dos órgãos fracionários nos casos subseqüentes, sendo desnecessária nova provocação plenária”. Op. cit, p. 84

<sup>89</sup> Ver, sobre isto, SOUZA, Nelson Oscar. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 172.



quanto servirá de parâmetro a outros processos que versem sobre a mesma matéria, como se vê da autorização do STF constante das decisões exemplificativas antes apontadas.

Nestas circunstâncias, constata-se uma evidente miscigenação de efeitos próprios ao controle concentrado aos do controle difuso, deixando clara a ocorrência de uma espécie de “transposição” do sistema do precedente judicial, que orienta o controle difuso norte-americano, para o sistema de direito continental brasileiro, o que, no mínimo, é paradoxal e suficiente a uma aprofundada reflexão sobre a questão<sup>90</sup> que refoge, contudo, ao âmbito da presente monografia, mas cuja abordagem é relevante para a tese que aqui se sustenta, eis que é mais um elemento, dentre os que se apontará nesta monografia, a comprovar não haver modelo “puro” de controle, quer difuso, quer concentrado, de constitucionalidade em nosso sistema jurídico.

Há, ainda, uma espécie de controle difuso/incidental repressivo de conformidade constitucional de leis ou atos normativos, exercido por um órgão político, eis que integrante do Poder Legislativo, mas dele independente e autônomo. É o caso dos Tribunais de Contas, que, no exercício de sua competência constitucional de exercerem, em auxílio ao Poder Legislativo (não como órgão auxiliar, destaca-se), a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes da administração pública direta e indireta quanto a legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos, nos termos dos arts. 70 a 75 da CF, estão autorizados, de acor-

---

<sup>90</sup> Este efeito “atípico” do controle difuso é também destacado pelo antes citado José Levi Mello do Amaral, que leciona: “Mas não é só. A decisão plenária – além do efeito que surte direta e indiretamente sobre o caso concreto em que foi suscitado o incidente de arguição de inconstitucionalidade – extravasa os autos em que foi proferida, apesar de ficar restrita aos muros do tribunal julgador. Se, por um lado, a decisão plenária não tem a eficácia *erga omnes* de uma ação direta de inconstitucionalidade, por outro, *vincula a todos os órgãos fracionários do tribunal*. Decidida a questão constitucional pelo tribunal pleno, os demais feitos que aguardam a mesma *quaestio iuris* constitucional devem ser julgados, pelos órgãos fracionários do tribunal, à luz do *leading case* plenário. Segundo Ignácio de Otto – quando discorre sobre os efeitos internos aos tribunais do *stare decisis* –, pode-se denominar *vinculação horizontal* a vinculação do tribunal a suas próprias decisões anteriores.” AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. Op. cit., p. 79.

do com expresse permissivo do STF, consubstanciado no enunciado de sua Súmula nº 347<sup>91</sup>, a *apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos* que fundamentam a ação administrativa do poder público que lhes cabe fiscalizar, nos termos constitucionais.

No exercício da autorização contida na Súmula apontada, os Tribunais de Contas realizam o controle de conformidade dos atos administrativos e das respectivas leis que os fundamentam com a Constituição, atividade que poderá ser entendida como assemelhada ao controle repressivo de constitucionalidade, em âmbito difuso, visto que se manifesta nos casos concretos submetidos a seu exame, nos processos respectivos, e dentro do âmbito de sua competência (poder-se-ia dizer “jurisdição administrativa”, na forma admitida pela CF), o que significa que uma decisão sua pela negativa de executoriedade de ato administrativo porque a lei ou o ato normativo em que está baseado é entendida como inconstitucional e, por isso, sem condições de fundamentar a legalidade daqueles, tem efeitos *inter partes* que, em alguns casos, se revestirá de caráter singular, porque, apesar de jungida ao âmbito do respectivo processo, poderá ter eficácia ampliada - *erga omnes* -, porém restrita, pois cinge-se apenas a todos os atingidos pela decisão (como, por exemplo, ao negar executoriedade, por inconstitucional, a lei municipal que concede vantagens indevidas a servidores públicos, de modo que uma tal decisão passará a ser aplicada também a *todos* os servidores daquele município em similar condição, não se restringindo apenas àqueles cujos atos de vantagens administrativas foram considerados ilegais, porquanto inconstitucionais).

E é esta singular atividade de controle de conformidade constitucional dos atos administrativos/normativos exercida pelos Tribunais de Contas que constitui o objeto da presente tese, sendo suas peculiaridades enfocadas no Capítulo III desta monografia, a que me reporto.

---

<sup>91</sup> Enunciado da Súmula nº 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Necessário ainda registrar, com relação ao controle *difuso*, que a EC 45/04 criou mais uma espécie de restrição de acesso ao controle difuso de constitucionalidade pelo STF (que se soma à já existente exigência do prequestionamento da questão constitucional no tribunal *a quo* como *prius* à admissibilidade do Recurso Extraordinário), prevista na redação atual do § 3º do art. 102 da CF, segundo o qual deverá o recorrente demonstrar a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso”, que só poderá ser recusado “pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A restrição de acesso ao STF em sede de recurso extraordinário, como se disse, não é novidade, cabendo lembrar a instituição da *arguição de relevância* da Emenda Regimental nº 375 e da EC nº 7/77, cujo § 1º do art. 119 atribuía ao STF definir, em seu regimento interno, critérios de admissão do recurso de acordo com sua “natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”, medida adotada para solucionar a já então sobrecarga de processos com que se defrontava a última instância jurisdicional do País e, nisso, buscou o exemplo do modelo norte-americano do *writ of certiorari*<sup>92</sup>.

Do dispositivo, duas conclusões se extraem: 1) será o STF que, em caráter discricionário, decidirá se as questões constitucionais discutidas no caso têm “repercussão geral”; entendendo em contrário, em decisão definitiva, ficará a parte sem condições de ver a matéria constitucional julgada pela Corte Suprema brasileira (sequer em controle difuso), uma vez que no Brasil não se admite o *recurso de amparo* ou o *recurso constitucional* (do controle concentrado) de Espanha e Alemanha, por exemplo, que garante ao cidadão o direito fundamental de ter seu pleito examinado pelo tribunal máximo do País em questões de constitucionalidade; 2) o pré-requisito criado é mais uma tentativa de restringir o acesso ao STF nas questões constitu-

---

<sup>92</sup> Como bem assinala TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 247.

cionais em razão de seu crônico congestionamento de processos, resultante também da duplicidade de matérias em que atua (constitucionais e competências outras, originárias), e de certa forma copia o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, inaplicável diretamente entre nós, ao que entendemos, porque difere, em essência, do brasileiro, em razão dos diversos sistemas de direito adotados entre os dois países (direito do precedente e direito legislado), bem como das intensas diferenças sociológicas<sup>93</sup> de suas populações e da forma como se constituíram em nação<sup>94</sup>.

Em relação ao controle monista/difuso, resta ainda apontar que caberá ao magistrado brasileiro analisar a constitucionalidade, ou não, de lei ou de ato normativo estrangeiro perante a Constituição do respectivo país, quando suscitada pelas partes em processo regulado pelo direito estrangeiro. Nesse caso, o juiz nacional não só tem o poder como o dever de prestar a jurisdição reclamada, só podendo fazê-lo, contudo, no sistema difuso e com efeitos *inter partes*, desde que o ordenamento jurídico estrangeiro invocado possua sistema de controle judicial repressivo de constitucionalidade (seria o caso, por exemplo, da impossibilidade da hipótese caso invocada inconstitucionalidade de lei perante a Constituição francesa, porque a França não possui controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário).

---

<sup>93</sup> A forma de ser da sociedade norte-americana quando do nascimento dos Estados Unidos, que ainda se mantém, sendo uma das causas fundamentais para seu êxito, é abordada, com extrema proficiência, por TOCCQUEVILLE, Alexys de. *A Democracia na América*. Op. cit., e na obra *O Antigo Regime e a Revolução*. Op. cit. Sobre o tema, reporto-me, também, à monografia de minha autoria, produzida no/para o presente curso de Doutorado e arquivada em sua secretaria, sob o título *Democracia e direitos fundamentais: os direitos humanos como fundamento, finalidade e limite da democracia: o controle de constitucionalidade*, em especial seu capítulo I A (“A Revolução Americana, a democracia e os direitos fundamentais: a marca do individualismo ético”).

<sup>94</sup> Esta distinção fica clara em Cezar Saldanha Souza Jr., quando trata da “Inadequação das Instituições” e dos “Tipos de formação de sociedades políticas”, estabelecendo o confronto entre a “Formação política brasileira e norte-americana”, *in verbis*: “Brasil e Estados Unidos tiveram uma formação política diametralmente oposta. Os Estados Unidos constituem o caso clássico de anterioridade do povo ao poder. O Brasil, por sua vez, representa o exemplo mais radical da preexistência do poder: o poder precedeu o povo não apenas no sentido político do termo, mas fisicamente (...) Nos Estados onde houve o primado do poder, a autoridade reveste-se de atributos mágicos, tremendos e fascinantes. Isto já não se passa nos Estados onde a precedência foi da nação, nas quais o titular do poder superior não se sente uma figura sobrenatural, por mais poder que lhe seja dado: ele é um mero agente da comunidade, um servidor do povo”. SOUZA JR., Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 59-60.

À evidência da impossibilidade deste controle pela via do sistema concentrado, em que a decisão tem efeitos *erga omnes*, porque significaria indevida e inadmissível intromissão do Brasil sobre a soberania de Estado estrangeiro<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Ver, para o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 43-8.

### 3 CONTROLE JURISDICIONAL DUALISTA/CONCENTRADO E *IN ABSTRACTO*

O sistema brasileiro de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade das normas também é denominado *in abstracto*, porque consiste de ação específica, em que se discute exclusivamente a questão de constitucionalidade de leis e atos normativos, ao contrário do controle difuso, sempre vinculado a um determinado processo concreto. Está regulado na CF em vigor<sup>96</sup>, nos arts. 102, inciso I, *a*, e em seus §§ 1º e 2º, e 103, *caput* e §§ 1º a 3º, segundo os quais cabe ao STF processar e julgar, originariamente, a *ação direta de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, a *ação declaratória de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal e a *argüição de descumprimento de preceito fundamental* decorrente da CF.

A CF, nos termos do *caput* e incisos do art. 103 (na redação da EC 45/04), elenca em nove incisos um extenso rol de titulados ativos, de modo que a iniciativa – legitimidade ativa – das ações de controle de constitucionalidade deixou, a partir da CF 88, de ficar restrita ao arbítrio do Procurador-Geral da República e passa a neles incluir o Presidente da República, a Mesa do Senado e da Câmara Federal, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (a última acrescida pela EC 45/04), o Governador do Estado ou do Distrito Federal (o último acrescido pela EC 45/04), o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Coube também à CF/88 criar a ação direta de inconstitucionalidade *por omissão* (§ 2º do art. 103), a *argüição de descumprimento de preceito fundamental* (§ 1º do art. 102, acres-

---

<sup>96</sup> Sobre as novas perspectivas do controle abstrato de constitucionalidade na Constituição de 1988, ver MENDES, Gilmar Ferreira: O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Balanço e Perspectivas. In: CAMARGO E., Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998 – uma década de Constituição*. Obra coletiva. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 191-242.

cido pela EC nº 3/97) – ADPF –, a *ação declaratória de constitucionalidade* – ADC –, também introduzida pela EC 3/93, que acrescentou o § 2º do art. 102 na redação atual da EC 45/04, que ampliou os efeitos da ADC, equiparando-os aos da ADIn, sendo o processo destas ações regulado nas Leis nºs 9.868, de 10/11/99, e 9.882, de 03/12/99.

De acordo com o § 2º do artigo 102 da CF, na dicção da recente EC 45/04,

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, a partir da EC 45/04, foi ampliada a eficácia das decisões definitivas proferidas em ADIn e ADC e seu efeito vinculativo, que passa a se estender a toda a administração pública, seja direta ou indireta, para os três níveis da federação: federal, estadual e municipal, não mais deixando margem a dúvidas quanto à extensão desses direitos. Além disso, referida Emenda, ao dar nova redação ao *caput* do art. 103 da CF, acresceu legitimados ativos à propositura da ADC, que passam a ser os mesmos para a ADIn, além de neles incluir, nos incisos IV e V, a “Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal”, bem como “o Governador do Estado ou do Distrito Federal”, pondo fim a incertezas quanto à legitimidade desses dois últimos grupos de titulados ativos, ensejada pela redação original do artigo.

De registrar-se ainda, quanto à eficácia das decisões definitivas proferidas pelo STF nessas ações, integrantes do controle abstrato das normas, que essa foi, sempre, *erga omnes* e *ex tunc*, na esteira do sistema norte-americano de controle jurisdicional de constitucionalidade

das leis, iniciado por John Marshall<sup>97</sup>, baseado no princípio de que “a law (an act of the legislature repugnant to the Constitution) is void” (é vedada lei contrária à Constituição, equivalendo ela à não-lei)<sup>98</sup>.

Todavia, duas leis federais ainda recentes e antes já citadas, nº 9.868, de 10/11/99, e nº 9.882, de 03/12/99, vieram a modificar a rigidez da eficácia *ex tunc*<sup>99</sup> da decisão final da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, com fundamento na necessária concretização do princípio constitucional da *segurança das relações jurídicas* (CF, art. 5º, inciso XXXVI), regulando ainda a segunda lei citada a nova ação constitucional criada, a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, neste aspecto regulamentando o § 1º do art. 102 da Carta Federal.

Coube, assim, à Lei nº 9.868/99, amenizar o rigor da eficácia *ex tunc*, retroativa, de praxe, das decisões proferidas na ADIn, estatuinto seu art. 27 que, ao “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito

<sup>97</sup> Proclamação do Chief Justice Marshall, em 1803, no caso *Marbury x Madison*: “principle, suppose to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”. In: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 63. Ver, também, sobre isto, PADOVER, Saul K. *The Living U.S. Constitution*. 3.ed. New York: Meridian, 1995, p. 50.

<sup>98</sup> Na lição de Joaquim José Gomes Canotilho, a “inconstitucionalidade de um acto normativo teria, como consequência necessária, a ‘nulidade absoluta’, porque o princípio fundamental da ‘não contradição da ordem jurídica’ postula a validade exclusiva das normas hierarquicamente superiores, ou seja, das normas constitucionais. É esta a fundamentação clássica, enunciada, logo em 1803, pelo juiz Marshall [...]. Mas à inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta. É possível, por exemplo, fixar a inconstitucionalidade, mas com efeitos prospectivos ou ‘pro futuro’ e não com efeitos retroactivos (como na nulidade absoluta)”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 839-42.

<sup>99</sup> A eficácia *ex tunc* desfaz, desde a origem, “o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os pretéritos com base nela praticados”, como refere MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit., p. 270.



em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. O dispositivo, como se vê, admite a concessão de efeitos *ex nunc* às decisões prolatadas na ação direta de inconstitucionalidade, tendo a mesma eficácia a medida cautelar nela concedida, “salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”, de acordo com o § 1º do art. 11 da lei em comento.

No mesmo sentido, regula a Lei nº 9.882/99, que trata da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, conferindo, de regra, efeitos *ex tunc* à decisão do STF, mas, pelas mesmas razões previstas para a ADIn, o artigo 11 da lei permite a restrição dos “efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, o que corresponde à eficácia *ex nunc*.

A Lei nº 9.868/99 consigna ainda, em seu art. 23, efeito singular da decisão definitiva proferida tanto em ADIn quanto em ADC, a que se denomina *caráter duplice*, ali estatuinto que

efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Com relação aos destinatários das decisões proferidas nessas ações de controle concentrado de constitucionalidade, sua eficácia é *erga omnes*, dispondo o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99 que a “declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública federal, estadual e municipal”, dispositivo que deve ser lido à luz da redação atual do § 2º da CF, na redação da EC 45/04, que explicita a vinculação da administração pública direta e também indireta.

A medida cautelar concedida na ADIn também tem “eficácia contra todos” e, neste caso, a “concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”, o que corresponde à previsão genérica de *re-pristinação* automática.

No caso de concessão de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade, seu efeito, na forma do § 2º do art. 102 da CF, acrescida pela EC/45, será vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta dos três planos da federação, podendo o STF determinar, por decisão da maioria dos seus membros, “que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.868.

No mesmo sentido, preceitua a Lei nº 9.882/99 – que regula a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – estatuinto o § 3º do art. 10 que “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Será possível, ainda, ser concedida medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 3º do art. 5º, segundo o qual a liminar

poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, *salvo se decorrentes da coisa julgada*. (grifou-se)

Teori Zavascki, ao comentar a ressalva final desse dispositivo, destaca sua singularidade em relação às demais liminares das ações de controle de constitucionalidade, pois nelas não há a excepcionalidade, aqui feita, quanto à *coisa julgada*, preconizando sua compreensão como referente à suspensão dos seus “efeitos”, não do processo em que se ataque a coisa jul-

gada, propriamente, de modo que a liminar concedida nesses casos não tem o condão de suspender a “execução da sentença rescindenda (que é ‘feito’ da coisa julgada), mas não impede que se suspenda o andamento da ação rescisória”, admitindo a possibilidade de obter-se a suspensão da execução por medida de antecipação da tutela na própria ação rescisória, “desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC”<sup>100</sup>.

Com relação, especificamente, à *coisa julgada*, tanto a ADIn quanto a ADC são irrecorríveis (excetuados os embargos declaratórios), não podendo, também, ser objeto de ação rescisória, como regula o art. 26 da Lei nº 9.868.

Isso significa que a decisão definitiva de mérito dessas duas ações constitucionais transita em julgado de imediato, à exceção da possibilidade de interposição dos embargos de declaração, o que lhe confere o que denominamos de *super-eficácia sui generis* de coisa julgada, na medida em que não é suscetível, sequer, de desconstituição pela via da ação rescisória.

Essa singular eficácia imediata de *coisa julgada* é ainda intensificada na ação de arguição de descumprimento de *preceito fundamental*, visto que o art. 12 da Lei nº 9.882 dispõe que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido é *irrecorrível, não admitindo nem os embargos declaratórios* previstos para a ADIn e a ADC, acrescentando que também não poderá ser objeto de ação rescisória. O trânsito em julgado desta decisão é, portanto, imediato e irrecorrível pela via da ação rescisória, devendo de plano ser cumprida, sob pena de *reclamação* contra o descumprimento do *decisum* proferido pelo STF, de acordo com seu Regimento Interno, como prevê o art. 13 da lei.

---

<sup>100</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p.116. Do mesmo autor, ver também “Eficácia das Limares nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade”, in *Revista de Processo*, nº 98, ano 25, abril/junho, 2000, p. 274-294.

Considerando, assim, a peculiar eficácia da coisa julgada nas decisões definitivas das ações de controle concentrado de constitucionalidade, é de indagar-se (de forma restrita ao âmbito desta monografia), se o STF fica vinculado a esse efeito, mesmo em se tratando de decisão definitiva que declare a constitucionalidade ou poderá decidir, *a posteriori*, ser inconstitucional a norma que declarou constitucional.

Se recorrermos aos termos estritos da lei, a resposta à pergunta será negativa, pois nela não há permissão para a ação rescisória. Contudo, há variantes a serem consideradas, até porque a interpretação tópica da Constituição e das leis não revela o verdadeiro sentido da norma, o que só se pode obter através de uma interpretação sistemática ou, no máximo, tópico-sistemática.

Para resposta à questão, Gilmar Ferreira Mendes invoca o pensamento do alemão Otto Bryde, afirmando este que “[...] uma decisão da Corte Constitucional não pode transformar uma lei inconstitucional em uma lei conforme à Constituição” mas, se entendida a *força de lei* de que se reveste a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão como “instituto de coisa julgada específico para o controle de normas, então a vinculação *erga omnes* não significa uma convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei confirmada”<sup>101</sup>, mas apenas que ela não mais poderá ser suscitada no processo constitucional.

De posição contrária, Alexandre de Moraes<sup>102</sup> afirma que o STF está vinculado aos efeitos de sua decisão abstrata de constitucionalidade, de modo que tanto na declaração de constitucionalidade, quanto na de inconstitucionalidade, não poderá efetuar nova análise con-

---

<sup>101</sup> BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität, und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden, 1982, p. 408. Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.425-6.

<sup>102</sup> Ver MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Op. cit., p. 273-81.

testando a questão, porque novos argumentos permitiriam uma interpretação constitucional diversa. Invoca, para isso, o art. 23 da Lei nº 9.868/99, que impede o ajuizamento de ação rescisória de decisão proferida em ADIn. Também para a ADC entende inadmissível juízo de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, seja por rescisória, ou por nova ação.

Mas o que vale para a ADIn não se aplica, necessariamente, para a ADC, como destaca Gilmar Ferreira Mendes, porque na ADIn, declarada à inconstitucionalidade da lei, é ela cassada. Já na ADC, a declaração de constitucionalidade não modifica o *statu quo ante*, porque a lei permanece em vigor, tal como antes, nada impedindo o legislador de alterá-la ou revogá-la. O efeito vinculante da declaração de constitucionalidade terá o condão de obrigar os órgãos do Poder Judiciário a seguir a orientação traçada na decisão pelo STF.

A partir dessa constatação, Mendes analisa desdobramentos da decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade que envolvem, também, a *coisa julgada*, concluindo, com apoio na doutrina constitucional alemã, que uma lei cuja constitucionalidade já foi declarada pode ser submetida a um novo juízo dessa constitucionalidade pelo STF<sup>103</sup> por exceção,

---

<sup>103</sup> Sinala que a doutrina constitucional se inclina por essa possibilidade, invocando a manifestação de Hans BRONX, para quem é viável uma nova aferição de constitucionalidade, conquanto sejam observados alguns pressupostos, tais como mudança, profunda, “das relações fáticas (*Lebensverhältnisse*), ou da concepção jurídica geral”, ocorridas após a publicação da decisão, que permita pressupor que outra poderá ser a conclusão do Tribunal, em *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norma durch das Bunderverfassungsgericht*. Op. cit., p. 809-26. Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit., p. 427. Cita, ainda, BRYDE, em *Verfassungsentwicklung* (p. 412-3), que se manifesta no mesmo sentido, partindo da premissa de que o Direito e a Constituição estão sujeitos a mutações, o que poderá fazer com que uma lei declarada constitucional torne-se inconstitucional, levando a admitir a possibilidade de a questão já decidida ser novamente examinada pela Corte Constitucional. A exclusão dessa possibilidade faria com que tais leis, cuja constitucionalidade fora declarada, “‘ficassem congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição’, situação que contraria o objetivo de uma ordem jurídica, que deve corresponder ao ‘respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o aumento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos’, o que deve ser evitado pela ‘ordem processual constitucional’ [...] Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere a eventual mudança das relações fáticas. Nossos conhecimentos sobre os processos de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição de constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional (*Vergassungsverständnis*).” Apud MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 428.

nos casos<sup>104</sup> em que haja uma mudança das situações de fato ou que ocorram significativas modificações<sup>105</sup> das concepções jurídicas<sup>106</sup>.

De destacar, também, que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais em confronto com as respectivas Constituições Estaduais é feito pelos Tribunais de Justiça dos Estados, como disposto pela CF nos arts. 97, dos §§ 1º e 2º do art. 125 e de seu *caput*.

A regra, portanto, é da inadmissibilidade de efetivação do controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais perante a CF porque de competência do STF. Todavia, a partir da edição da Lei nº 9.882/99, que regula a ADPF, abriu-se exceção à regra para permitir o controle concentrado perante a Excelsa Corte “quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, como dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 1º daquela lei.

---

<sup>104</sup> Sobre o tema, ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. Op. cit., p. 116-7.

<sup>105</sup> Gilmar Ferreira Mendes reafirma a possibilidade de que venha a ser reconhecida, posteriormente, a inconstitucionalidade de norma antes declarada constitucional por força da mudança de situações de fato, ou quando houver alteração da concepção jurídica que possa vir a produzir uma “*mudança normativa* ou à *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas”, situação que pode ocorrer inclusive no direito americano, onde surgiu “no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, a *prospectivity* tem integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional”. Como um dos fundamentos de seu entendimento, invoca o conceito de Häberle de “*pós-compreensão (Nachverständnis)*”, que para ele “nada mais seria (...) do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de *pré-compreensão*”, o que permite a Häberle “afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetze ‘Zeitgesetze’ nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 398- 409).

<sup>106</sup> Sobre a eficácia da *coisa julgada* nas ações de controle de constitucionalidade, reporto-me à monografia de minha autoria, publicada na obra coletiva, organizada pelo Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. SCHMITT, Rosane Heineck. Monografia. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Decisões que podem dar origem à coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 205-264.

Da redação do dispositivo, vê-se que mais uma inovação foi introduzida no sistema de controle concentrado de constitucionalidade entre nós passando a ser admitida, na hipótese posta na lei, a *declaração de inconstitucionalidade superveniente* nas matérias por ela reguladas, arguição não permitida em nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em que vigora a regra da *revogação* automática das normas infraconstitucionais contrárias a uma nova Constituição, conforme jurisprudência consagrada pelo STF.

Por fim, *but not the least*, é preciso destacar a existência de mais duas formas de controle concentrado de constitucionalidade que, apesar de não constituírem ações específicas, também não são apenas uma técnica de hermenêutica constitucional, atuando como “mecanismo”<sup>107</sup> deste controle em decorrência do tipo de decisão que venha a ser tomada pelo STF nas ações de constitucionalidade *in abstracto*.

Trata-se da *interpretação conforme a Constituição* e da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, atualmente já positivadas no par. único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 10/11/99, que lhes confere “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública federal, estadual e municipal”.

A *interpretação conforme a Constituição* está fundamentada no postulado da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, sendo a inconstitucionalidade a exceção indesejável (mas existente). Desta forma, entre duas interpretações possíveis, o juiz deverá sempre optar por aquela que conduza à constitucionalidade da norma. Esta prática foi sempre aplicada em sede de controle difuso, até como princípio imperativo de interpretação constitucional<sup>108</sup>. No âmbito do controle concentrado, todavia, assume contornos de declara-

---

<sup>107</sup> Na clara distinção feita por BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p.175.

<sup>108</sup> Ver, para isto, também MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed., Coimbra: Coimbra, p. 294-6, t. II.

ção de inconstitucionalidade<sup>109</sup>, razão pela qual é exclusiva da jurisdição constitucional especial e, nessa modalidade, passando também a ser utilizada pelo STF<sup>110</sup>, com a ressalva de sua utilização não vir a desvirtuar o texto e seu significado, como pretendido pelo legislador, tendo em vista o respeito à separação de *funções* do Estado e considerando que o STF não detém competência para atuar como legislador positivo.

Neste caso, a norma questionada não é nulificada pelo Judiciário, permanecendo no ordenamento jurídico, desde que interpretada na forma por ele fixada no *decisum* e que permitiu a manutenção de sua validade, de modo que corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade. Interpretação contrária não só será inconstitucional, por sua própria natureza, mas por contrariar decisão do STF tomada em sede de controle concentrado e, pois, com efeito vinculante para todos os órgãos do Judiciário e da Administração pública direta e indireta.

Com relação à *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, era aplicada pelo STF como similar à *interpretação conforme*, o que vem se modificando de modo a firmar-se como técnica própria de decisão por nossa Corte Constitucional. Neste caso, também não ocorre a declaração de invalidade do texto normativo em si, mesmo que parcial, de modo que esse mantém sua validade, mas passam a ser inconstitucionais hipóteses de sua aplicação<sup>111</sup>. Sobre técnicas decisórias em matéria de constitucionalidade, cabe destacar que Gilmar Ferreira Mendes aponta a possibilidade aberta pela CF/88 para que se desenvolva, de

---

<sup>109</sup> Sobre o tema, ver também ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit., p. 103.

<sup>110</sup> Como na Rp. 948, sendo Relator o Ministro MOREIRA ALVES. *RTJ* n° 82, p. 55/6, julgada em 27/10/76.

<sup>111</sup> As diferenças entre as decisões por *interpretação conforme* e *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* são claramente traçadas por Gilmar Ferreira Mendes, que leciona: “Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Op. cit., p. 342-6 e 354-5.



forma sistemática, uma “*declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos sem a pronúncia de nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador”<sup>112</sup>.

Cabe ainda apontar, mesmo que de forma breve, considerando o âmbito desta monografia, debates que têm se travado sobre questão que se vincula à jurisdição constitucional, aqui em exame, e que têm atraído as atenções de constitucionalistas pátrios e também em Portugal, referente ao que se denomina *coisa julgada inconstitucional*, vale dizer, um *decisum* que atenta contra a Constituição.

A matéria é de desate complexo em razão de que, de acordo com nosso sistema de direito, a *coisa julgada*, ainda que inconstitucional, não poderá ser desconstituída, a não ser no processo civil, através da exceção legal da ação rescisória, ajuizável no exíguo prazo de dois anos, findos os quais os efeitos da decisão se tornam imodificáveis, mesmo se ela for inconstitucional, porque estará revestida da intangibilidade da coisa julgada. Já no processo penal, a matéria possui contornos mais flexíveis, haja vista que a revisão criminal é permitida a qualquer tempo, estando restrita, contudo, às hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal.

A imutabilidade da coisa julgada inconstitucional, como regra geral que só admite as duas exceções referidas, vem suscitando controvérsias na doutrina, havendo quem sustente que a sentença, sendo inconstitucional, é passível de revisão a qualquer tempo, mesmo se precluso estiver o prazo para interposição da ação rescisória.

---

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Op. cit., p. 371.

Esta orientação é preconizada pelo português Paulo Otero<sup>113</sup> e endossada, no Brasil, por autores como Francisco Barros Dias<sup>114</sup>, ambos chamando a atenção para o problema das decisões inconstitucionais que transitam em julgado, o que não é a mesma coisa do que uma *sentença injusta*.

Para Francisco B. Dias, a situação da “coisa julgada inconstitucional, está a merecer da classe jurídica brasileira uma nova postura” e tem criado situações de constrangimento para o Poder Judiciário, em razão da perplexidade dos jurisdicionados que não conseguem compreender disparidades de julgamentos para situações iguais, sem que nada mais possa ser feito,<sup>115</sup> e que apresenta maior gravidade quando a coisa julgada inconstitucional se produziu sem que o processo tivesse chegado ao STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, ocorrendo o trânsito em julgado e não mais sendo possível ajuizar a ação rescisória.

Atualmente, no Brasil, abalizados doutrinadores debruçam-se sobre o tema, enfocando-o, sobretudo, sob o aspecto processual, considerando as restritas hipóteses legais existentes para rescisão de ações trânsitas em julgado. Dentre eles, manifesta-se a Profa. Ada Pellegrini Grinover<sup>116</sup>, sustentando a inexistência de prazo prescricional para a rescisória de coisa julgada inconstitucional em face da sua nulidade, considerando que todo o ato inconstitucional, em ver-

---

<sup>113</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre a Coisa Julgada Inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993.

<sup>114</sup> DIAS, Francisco Barros. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. *Revista do Instituto de Direito*, 1998.

<sup>115</sup> Francisco Barros Dias cita como exemplo casos de servidores públicos que obtêm uma certa vantagem funcional no Judiciário, estando a sentença concessiva blindada pela coisa julgada. De forma contrária, outro servidor, que exerce o mesmo cargo que seu colega, com o mesmo tempo de serviço e idêntico salário, ao ir ao Judiciário, vê seu direito negado porque assim entendeu o magistrado ou em razão de alteração da jurisprudência, e esta segunda decisão também transita em julgado. Assim, a perplexidade residiria no fato de “que um está percebendo salário maior, concedido pelo Judiciário, e o outro uma menor remuneração, embora ambos estejam invocando a irreversibilidade de suas situações com base na coisa julgada”. Id. *Ibid*.

<sup>116</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa Julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*, *Revista Forense*, v. 180, 3/19, e *Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*. *Revista do Advogado*, v. 37, 73/78.

dade, não existe. Assim também Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria<sup>117</sup>, segundo os quais o problema da inconstitucionalidade de uma sentença afeta o plano da validade, não da existência, de modo que a sentença inconstitucional é não-existente. Carlos Valder do Nascimento<sup>118</sup> sustenta que, da mesma forma que a contestação de inconstitucionalidade por ação direta não se submete a prazo decadencial, assim também ocorre com a coisa julgada inconstitucional em razão da não-convalidação do vício de inconstitucionalidade pelo decurso de prazo. Igualmente, Cândido Rangel Dinamarco defende que a coisa julgada inconstitucional só é *coisa julgada* no aspecto formal, não no material, de modo que decisão dessa ordem não possui efeitos jurídicos possíveis, pois o pedido acolhido na sentença seria juridicamente impossível<sup>119</sup>, chamando a atenção, no entanto, para a não-banalização do problema, que deve ser visto em caráter apenas de exceção. Também Ivo Dantas entende que a coisa julgada inconstitucional está fundamentada em algo que não existe, propondo medidas tais como uma “Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença, em razão da inconstitucionalidade em que esta se encontra fundamentada”<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 21-40, jan. 2002. Ainda Humberto Theodoro Jr., sobre o mesmo tema, no artigo “A reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), in *RT- 841- Doutrina Civil - Primeira Seção*, nov. 2005, ano 94, p. 57-67. Ver, também, WAMBIER, Thereza Arruda Alvim; GARCIA, José Miguel. *O dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. Na mesma orientação, Fausto R. de França Jr. A Coisa Julgada Inconstitucional e seu controle por meio de ADPF. *Direito Público*, n. 19, out.-nov.-dez. 2005, p. 69-86. Ver, também, LACERDA, Rafaella Maria Chiappeta de. Coisa Julgada Inconstitucional: do surgimento aos meios de combate. *Revista da ESMAFE*, Recife, v. 10, n. 22, p. 551-80, jul.-dez, 2005. Sobre o tema, ainda, Evandro da Silva BARROS, em “Coisa Julgada Inconstitucional e limitação temporal para a propositura da Ação Rescisória”, in *Revista de Direito Constitucional Internacional*, v. 47 – Doutrina Nacional, p. 55/98.

<sup>118</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

<sup>119</sup> DINARMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada. *Meio Jurídico*, n. 43, mar. 2001, e n. 44, abr. 2001.

<sup>120</sup> DANTAS, Ivo. Da Coisa Julgada Inconstitucional. *Interesse Público*, n. 27, 2004, 60/67 e, do mesmo autor, Da Coisa Julgada Inconstitucional (Novas e Breves Notas). In: *Fórum Administrativo – Dir. Público*. FA, ano 4, n. 44, out. 2003, Belo Horizonte: Fórum, p. 4507-4515.

Por sua vez, Carmen Lúcia Antunes Rocha repudia a decisão que configure *coisa julgada inconstitucional* por entendê-la atentatória aos direitos fundamentais, e propugna a adoção da *actio querela nullitatis* para impedir a consolidação de um *decisum* atentatório à CF<sup>121</sup>.

Teori Albino Zavascki afirma que “a coisa julgada não é um valor absoluto, mas relativo, estando sujeita à modificação mediante ação rescisória, nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil”<sup>122</sup>.

Araken de Assis tece crítica à banalização da coisa julgada e sua rescindibilidade desenfreada porque “mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e de hierarquia judiciária”, de modo que “os litígios jamais acabarão, renovando-se a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou aquele princípio constitucional”<sup>123</sup>.

Sobre esta questão, também se pronunciou o Tribunal de Contas da União, abordando os limites objetivos da coisa julgada e sua alteração sempre que a situação de fato – ou legal – se modifica, e a ineficácia da *coisa julgada* fundada em decisão inconstitucional, comungando assim com a posição que vem se afirmando na doutrina, como antes apontado, bem como afirmando o dever do Tribunal de Contas de recusar eficácia a atos administrativos fundados em norma legal eivada de inconstitucionalidade, como se vê a seguir, *in verbis*:

---

<sup>121</sup> ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In: *Constituição e Segurança Jurídica*. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada, 2004, Belo Horizonte. Fórum, p. 187.

<sup>122</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. *Interesse Público*, n. 12, 2001, p. 46/65.

<sup>123</sup> ARAKEN DE ASSIS. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, nov. 2002, Doutrina Cível, p. 7-29. A mesma cautela é sinalada por LUCAN, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único. *Re-*

Acórdão nº 1686/2005 - Primeira Câmara TCU. Processo nº 014.307.2001-8. Julgado em 09/08/2005. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Pedido de Reexame<sup>124</sup>. No Voto do Relator, lê-se: (...) V – Da Questão de Mérito. Breves considerações sobre a Coisa Julgada e o Princípio da Justiça. (...) 60. A propósito, pode ser citada decisão do TRF da 1ª Região, Relator Juiz Souza ‘*Judicium rescidens*: no Estado de Direito, a lei inconstitucional agride a alma do povo, que a constituição materializa em seus preceitos. Não há ato jurídico perfeito nem coisa julgada em afronta à Constituição, cuja inteligência última se reserva, em termos absolutos, ao Supremo Tribunal Federal. (...) Admite-se a ação rescisória com base no artigo 485, inciso V, do CPC, sem interferência da Súmula nº 343/STF, na espécie.’ (AR n. 0130169, 2ª Turma, Publicação: DJ 19-06-95 PG:38285)<sup>125</sup> (...) o ato decisório definitivo, não mais sujeito a recurso, que exhiba injustiça enorme - absurdos, fraudes, inconstitucionalidades e outras disfunções manifestas -, faz coisa julgada, tão só, de autoridade relativa - coisa julgada formal; preclusão máxima -. O valor justiça não se há de abandonar, em prol da certeza e da segurança, com esquecimento da liberdade jurídica. A aludida derrelição implica perigoso afastamento de necessária crítica da razão prática (TJSP, 7ª Câm. de Direito Público, Ap. n. 058.377-5/7, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, v. u., j. 26.3.01)<sup>126</sup>.

---

*vista do Advogado*, n. 40, p. 145-167. Ver, também, estudo sobre o tema por mim efetuado na monografia “Decisões que podem dar origem à Coisa Julgada”, da obra coletiva *Coisa Julgada*. Organizador: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Op. cit., p. 205-64.

<sup>124</sup> Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/?Pesquisa>> Acesso em: 27 mar. 2006.

<sup>125</sup> Continua o acórdão, invocando renomados doutrinadores, *in verbis*: “61. (...) Indo mais adiante, os princípios da proporcionalidade (ou razoabilidade, como querem alguns), da democracia, da hierarquia das normas, da legalidade, da isonomia, da separação de poderes, da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ‘do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade’ do repúdio à fraude e ao erro grosseiro, entre outros, são plenamente utilizáveis em um juízo de ponderação em caso de conflito (a respeito: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos à execução contra a fazenda pública - extensão da matéria argüível - princípios constitucionais em conflito - proporcionalidade ou razoabilidade - coisa julgada e justa indenização - princípio de justiça e moralidade, p. 133-5; DINAMARCO, Cândido Rangel. ‘Relativizar a coisa julgada material’, p. 21; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. ‘Devido processo legal substancial’, cap. 4, n. I, letra d.; DIAS, Francisco Barros. ‘Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional’, p. 36-8; MACHADO, Hugo de Brito. ‘Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais’, p. 24-6). 62. Para dar o tom da recepção pelo Judiciário daquilo que a doutrina vem pregando, podemos mencionar: ‘Ressalto (...) minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. (...)’ (BRASIL. STJ. 1ª T., Resp. n. 240.712/SP. Relator: Min. José Augusto Delgado, v.u., j. 15 de fevereiro de 2000. In: *DJU* 24 set. 2000). ‘(...) Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade.’ (BRASIL. STJ. 4ª T. Resp n. 226.436/PR, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 28 de junho de 2001. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 2002, p. 403.)”.

<sup>126</sup> O mesmo acórdão invoca diversos julgados do STF e ilustres doutrinadores, como segue: (...) “(conforme ainda BRASIL. STF. 1ª T. REExt. n. 93.412/SC. Relator: Min. Rafael Mayer, v.m., j. 4 de maio de 1982; STF. 1ª T. REExt. n. 105.012/RN. Relator: Min. Néri da Silveira, v.m., j. 9 de fevereiro de 1988; STJ. 6ª T. REsp. n. 35.105-8/RJ. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 31 de maio de 1993. In: *DJU* 28.6.93-b). 63. Diante de todo o exposto, fica patente que a coisa julgada ‘deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil’ (Cândido Rangel Dinamarco. Relativizar a coisa julgada material, p. 12). (...) 65. (...) Miguel Reale ensina que ‘o *suum cuique tribuere*, longe de ser uma solução, é antes um enunciado de problemas, pois fica sempre de pé saber o que é seu de cada um, em sua individualidade concreta; como é possível atribuir algo a cada um sem se levar em conta o atribuível proporcionalmente aos demais; e, finalmente, como é que a atribuição pode e deve ser feita em razão das circunstâncias ocorrentes.’ (Nova fase do direito moderno, p. 41). (...)115. Entretanto, para preservar os administrados de boa-fé, criou-se a possibili-

Como se pode constatar das diversas manifestações doutrinárias elencadas, a questão continua em estudos e é objeto de várias sugestões, como a da possibilidade de ajuizamento de ação aproximada à *querela nulitatis*, sem que nada de definitivo tenha sido proposto ou legislado, até aqui, em razão mesmo da dificuldade de que se reveste a matéria porque, de um lado, cuida-se de preservar o princípio constitucional da *segurança jurídica*, integrado pelo instituto da coisa julgada, que é esteio do Estado de Direito e, de outro, verifica-se o conflito entre a segurança jurídica e os também princípios constitucionais da *legalidade* e do *direito à decisão justa* (devido processo legal em sua dimensão substantiva, material), a ser decidido à luz de um *juízo de adequabilidade*<sup>127</sup>, retratada na teoria da colisão de princípios<sup>128</sup> proposta por Robert Alexy<sup>129</sup> e Ronald Dworkin<sup>130</sup>, tema que se deixa de analisar por desbordar do objeto da presente tese.

---

lidade da eficácia pró-futuro do ato de nulificação. Como ensina o Min. Gilmar Ferreira Mendes, a partir do sistema jurídico alemão, as fórmulas de preclusão e a doutrina prospectiva permitem o reconhecimento dos efeitos pretéritos dos atos, mas ‘a execução desses atos é, todavia, inadmissível (...) A limitação da retroatividade expressa, nesses casos, a tentativa de compatibilizar princípios de segurança jurídica e critérios de justiça (in ‘Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro’. Arquivos do MJ, julho/dezembro 1996). (...) Também é corrente o ensinamento de Recaséns Siches, quando diz que: ‘la seguridad, si bien es el valor funcional del Derecho, aquel valor que todo Derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia, no es de modo alguno el valor supremo en el que el Derecho debe inspirarse; pues resulta evidente que los valores más altos hacia los que el Derecho debe tender son la justicia, y el séquito de valores por ésta implicados, tales como la dignidad y la libertad de la persona humana, el bienestar social, etcétera’ (‘Nueva filosofía de la interpretación del derecho’, p. 293).(...) se, ‘pós-modernamente’ é admitida a ponderação de princípios, entre eles o da coisa julgada e o da segurança jurídica, com muito mais razão deve-se admitir que o *TCU tem competência para fiscalizar a fiel aplicação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada (...)*’ - grifou-se.

<sup>127</sup> Juízo de adequabilidade que encontra origem em Aristóteles, para quem o homem justo não é aquele que realiza todas as virtudes ao mesmo tempo, mas o que, em cada caso, procede de forma equânime, efetuando a um juízo de adequabilidade das várias virtudes para aplicar a adequada ao caso específico, que em outro poder ser diverso, sem que ocorra a injustiça. Ver, sobre isto, ARISTÓTELES: *Étique a nicomaque*. Paris: J. Vrin, 1994, p. 215.

<sup>128</sup> Sobre a colisão de princípios constitucionais e sua resolução através do Princípio da Proporcionalidade, ver também BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. Sobre o mesmo tema, também, SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à Informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 211-241.

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ed. Traduzido por Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. Ver, também, do mesmo autor, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1.reimpr. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, e *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Traduzido por Matta Gustavino. 3ª reimpr. Barcelona: Ariel Derecho, 1997.

#### 4 AÇÕES COLETIVAS E CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Questão instigante e que tem gerado intenso debate entre os estudiosos da matéria diz respeito à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, na via do controle difuso, nas ações coletivas, como a ação civil pública e a ação popular<sup>131</sup>, em face da singular eficácia *erga omnes* destas ações, que se contrapõe à eficácia *inter partes*, de regra, do controle difuso.

O tema tem vinculação estreita com a presente tese em razão de que decisões dos Tribunais de Contas, podem, por vezes, extrapolar os limites dos efeitos individuais e se estender, de forma coletiva, a uma categoria específica, gerando eficácia *extra-individual*, o que poderá ocorrer quando atingem o fundamento normativo de um ato de administração, cuja executoriedade foi negada por entendê-lo inconstitucional e, com isto, não atingem apenas um servidor singular, mas a um grupo de servidores que se encontra na mesma situação. Daí a razão de se examinarem as ações coletivas e a possibilidade de nelas efetivar-se controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como os efeitos daí decorrentes.

O problema nas ações coletivas, como referido, resulta do conflito que se estabelece quanto aos efeitos da decisão nela prolatada em matéria constitucional porque, em se tratando de controle difuso, o efeito da sentença deverá ser *inter partes* – efeito próprio ao controle difuso de constitucionalidade, não-*erga omnes*, inerente ao controle concentrado, em abstrato, de constitucionalidade. Todavia, a eficácia *erga omnes* é típica das decisões nas ações coletivas, nos termos de lei, de modo que o conflito daí gerado quando do exame de constitucionalidade realizado, em caráter difuso, nas ações coletivas, tem provocado intensos debates entre juristas, magistrados, membros do Ministério Público, que se colocam contra ou a favor

---

<sup>131</sup> Sobre a característica destas ações, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1996 e, do mesmo autor, *Ação Popular*. 6.ed. São Paulo: RT, 1999.

da possibilidade de realização deste controle de questão constitucional, que refoge ao modelo tradicional de controle *incidental, in concreto, difuso*.

A questão discutida vem a ocorrer, de fato, quando é suscitada, como questão prejudicial ao desate da lide, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ação civil pública, na ação popular e/ou outras ações coletivas, considerando que seu julgamento é de competência do juiz singular (ou, nos colegiados, em caráter difuso) e, se vier a ser proclamada dita inconstitucionalidade pelo magistrado, se fará através de decisão com efeitos diversos aos inerentes ao controle difuso (*inter partes*) e própria ao controle concentrado de constitucionalidade (*erga omnes*) em razão de serem coletivos os destinatários dessas ações e da singular natureza de sua decisão, que é *erga omnes*, de modo que, ao invés de restrita às partes – autor e réu –, típica do controle difuso, aqui ocorrerá um efeito geral, ao menos para o grupo/grupos atingidos, porquanto os efeitos serão também *erga omnes*, como dispõe o art. 18<sup>132</sup> da Lei nº 4.717/65, que regula a Ação Popular, bem como o art. 16<sup>133</sup> da Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública.

Os posicionamentos sobre a matéria se dividem em dois grupos: um, que nega peremptoriamente a possibilidade de um controle de constitucionalidade desta ordem, entendendo descabida declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública/coletiva

---

<sup>132</sup> BRASIL. Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jul. 1965. “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘*erga omnes*’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova: neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

<sup>133</sup> Id. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1985. “Art. 16: A sentença civil fará coisa julgada ‘*erga omnes*’, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.



voltada para a tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos. Outros o entendem possível, na forma admitida pela jurisprudência, em um primeiro momento, caso do STF, aceitando esta possibilidade desde que a ação civil coletiva em julgamento envolvesse somente direitos individuais homogêneos, em que seus titulares são identificáveis, e, por fim, seguindo a orientação recente traçada por decisão do STJ, à frente apontada, aceitando-a sem restrições quanto à espécie de titulares de direitos atingidos.

Dentre os argumentos contrários à esta possibilidade, encontram-se razões tais como:

1) a natureza peculiar da ação civil pública, aproximada de um processo sem partes (como ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade), que se utilizaria para obter a declaração de inconstitucionalidade, como proclama Arruda Alvim<sup>134</sup>; 2) a natureza *erga omnes* da decisão nestas ações coletivas, de modo que um juiz singular, de primeiro grau, decidiria sobre constitucionalidade com efeito genérico, abstrato, não viabilizado pelo sistema, como sustentam Gilmar Ferreira Mendes<sup>135</sup>, Clèmerson Merlin Clève<sup>136</sup>, Alexandre de

<sup>134</sup> Thereza Arruda Alvim Wambier, que aponta a utilização de ações civis públicas onde não existe propriamente um litígio, e o objetivo implícito seria a declaração de inconstitucionalidade na via difusa, com efeitos *erga omnes*, usurpando, assim, a competência própria do STF. “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção ao Consumidor”. WAMBIER, Thereza Arruda Alvim *Revista de Processo*, v. 81, 1996.

<sup>135</sup> Para Gilmar Ferreira Mendes, “a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de ‘processos subjetivos’, sendo muito assemelhado a um processo sem partes ou objetivo, em que o autor não busca a tutela de direitos subjetivos mas os de interesse público, de modo, que sentença nela proferida no sentido de incompatibilidade com a Constituição redundará em eficácia similar à das ADIns, daí decorrendo ainda outro grave problema, qual seja, o de modificar, de forma contrária à CF, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o que o leva a considerar completamente inidônea a ‘ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade’.” MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Balanço e Perspectivas. Op. cit., p. 207-214. De teor similar, o contido no artigo, também de sua lavra, O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, abril/junho, 1997, ano 34, p. 29.

<sup>136</sup> Clèmerson Merlin Clève coloca como pressuposto para este controle incidental a existência de um caso concreto. CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 97.

Moraes<sup>137</sup> e Hely Lopes Meirelles<sup>138</sup>; 3) em razão da competência conferida a este juiz para decidir sobre este tipo de ação, com efeitos de controle concentrado, estar-se-ia a usurpar a competência reservada, de forma exclusiva, ao STF ou aos tribunais estaduais, como estatui a CF, posição de Arnaldo Wald<sup>139</sup> e dos já citados Gilmar Mendes e Clèmerson Clève.

Por outro lado, há os que sustentam não só a viabilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, caso de Luis Roberto Barroso<sup>140</sup>, Hugo Nigro Mazzili<sup>141</sup> e André Ramos Tavares<sup>142</sup>, como sua necessidade<sup>143</sup>, pois em se tratando a questão

<sup>137</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 571, afirmando ainda que o que “se pretende vedar é a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal”. Refere ainda que sobre a matéria já decidiu o STF, não admitindo a ação civil pública em defesa de “direitos coletivos ou difusos como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, vedando-a quando seus efeitos forem *erga omnes* e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de constitucionalidade”, aceitando-a somente quando se tratar de *direitos individuais homogêneos* (art. 81, inciso III, da Lei nº 8.78/90) porque nestes casos só estará alcançado um específico e determinável grupo de pessoas, circunscrevendo os efeitos da decisão sem que haja, com isso, substituição dos efeitos próprios das ações de controle concentrado de constitucionalidade<sup>137</sup>.

<sup>138</sup> Hely Lopes Meirelles, para quem há “completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade”, em função de que significaria exercício de controle abstrato pela jurisdição de primeiro grau e porque a decisão tem eficácia que transcende as partes formais”. Surpreende a afirmativa final, visto que a própria jurisprudência do STF e em especial do STJ já circunscreveu a abrangência das “partes” da ACP, que não se pode confundir com o efeito geral *erga omnes* de uma ADIn ou ADC, tanto que o autor aponta julgado do STF, a Recl. nº 602-6/SP, relator Min. Ilmar Galvão, julgada em 3.9.97, que afirma não sobrar “espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do STF”, julgando pela improcedência da reclamação. Ver autor referido em MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Ação Popular, Ação Civil Pública (...). 26.ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 492-4.

<sup>139</sup> WALD, Arnaldo. Usos e Abusos da Ação Civil Pública (Análise de sua patologia). *Revista da AJURIS*, n. 61, ano XXXI, 1994, julho, 75-98, para quem “A ação civil pública não é forma paralela de declaração de inconstitucionalidade” (p.85).

<sup>140</sup> Luís Roberto Barroso, francamente favorável à apuração de constitucionalidade, como questão prejudicial em sede de ação civil pública ou coletiva, desde que nesta hipótese, “a validade ou invalidade da norma figura como *causa de pedir* e não como *pedido*”, sendo indiferente a natureza do direito tutelado, ou seja, se individual, homogêneo, difuso ou coletivo, bastando, para o caso, que “o juízo de constitucionalidade constitua antecedente lógico e necessário da decisão de mérito”- grifou-se. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Op. cit., p. 246.

<sup>141</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção ao Consumidor. *Revista de Processo*, v. 81, 1996. Ver também STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. *Ação Civil Pública*. O direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 44-52, que adotam igual entendimento a Mazzili.

<sup>142</sup> André Ramos Tavares afirma categoricamente que “Não se pode pretender limitar o uso da ação coletiva às demandas nas quais não se controverta sobre a constitucionalidade de uma determinada legislação. Em outras palavras, o controle difuso pode ser exercido validamente nestas ações e não representará qualquer usurpação de competência própria do STF”. TAVARES, André Ramos. Controle Difuso de Constitucionalidade nas Ações Coletivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003, 107-127, p. 124.

<sup>143</sup> José Adonir Callou Araújo também comunga do entendimento quanto à possibilidade deste tipo de controle, pois uma vez sendo permitidas a ação civil pública ou outra ação coletiva como “a solução única para o con-

constitucional de uma prejudicial ao pleiteado na ação, seu não-exame inviabilizaria não só o direito de propositura da ação como, para bem mais gravoso do que isto, não se permitiria a proteção dos direitos garantidos ao grupo de indivíduos por ela abrangidos, com o que estaria violado não só o princípio do pleno acesso à Justiça, mas inviabilizados os direitos assegurados pelas próprias leis de proteção dos direitos coletivos, asseguráveis através da ação popular, da ação civil pública, das ações de defesa do consumidor etc. Além disto, chamam a atenção para o fato de que, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, referidas ações serão levadas a julgamento também perante o STF, guardião da Constituição, através do Recurso Extraordinário (CF, alíneas *a, b* e *c* do inciso III do art. 102), de modo que, de qualquer forma, dita declaração de inconstitucionalidade receberia o reexame em sede de nossa Corte Constitucional, de onde não ocorreria a alegada usurpação de competência para julgamento de questão constitucional com efeitos *erga omnes*.

Sobre a questão também se pronuncia Ada Pellegrini Grinover, sustentando a possibilidade deste tipo de controle, não vendo nada de especial nas decisões destas ações, mesmo considerando que os efeitos do decidido nas ações coletivas, quer seja a ação civil pública, quer a de defesa de direitos do consumidor (Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor), fazem coisa julgada nacional e transcendem o âmbito de competência territorial para assumirem dimensão regional ou nacional<sup>144</sup>.

---

flito de interesses metaindividuais, não subsiste a objeção que se fazia quanto ao controle difuso, no que diz com as possibilidades de ‘decisões judiciais divergentes no tocante ao reconhecimento incidental de constitucionalidade de leis ou ato normativo’”. Além disso, como este controle é feito de forma incidental no curso de qualquer processo, seja ação coletiva, seja em mandado de segurança ou outro, exerce-se, sempre, sobre caso concreto, e a decisão não “*implica a retirada da lei tida por inconstitucional do sistema e apenas afasta sua aplicação, sem que implique a sua retirada do sistema*, o que somente ocorrerá com a suspensão da execução pelo Senado Federal (CF, art. 52, X)”. – grifei. ARAÚJO, José Adonir Callou. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p, 158.

<sup>144</sup> Ada Pellegrini Grinover tece também considerações sobre a *coisa julgada de abrangência nacional* para as chamadas *class actions for damages*, ressarcidas pela *fluid recovery* (criada pela jurisprudência norteamericana) após a edição da Lei nº 9.494/97, que limitou seus efeitos e, segundo a processualista, errou pela incompetência, porque necessariamente deve ser feita a integração entre a ACP e o CDC, de modo que o art. 16 da lei da ACP, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.494/97, tem de ser lido em conjunto com os arts.

Deixa claro que nas ações coletivas fundadas em questão de inconstitucionalidade, o “controle é evidentemente difuso, nada apresentando de especial” e que, como questão prejudicial, sua decisão não projeta efeitos fora do processo, “não fazendo coisa julgada e ficando esta restrita, com efeitos *erga omnes*, ao dispositivo da sentença coletiva”<sup>145</sup>. Prossegue Grinover tecendo, com propriedade, características do controle difuso de constitucionalidade, onde o que ocorre é a suspensão de eficácia *erga omnes* se expedida a resolução respectiva pelo Senado (art. 52, X, CF), não-invalidação da lei ou ato normativo, de competência do Poder Judiciário e com efeitos típicos *erga omnes*, como bem leciona *in verbis*:

*É esta a pedra de toque do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no Brasil. A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada incidenter tantum, não tem o condão de fazer coisa julgada material.*

*A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz e inclusive o Supremo Tribunal Federal, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.*

*A partir deste momento, a manifestação do Senado – que não revoga nem anula a lei - simplesmente lhe retira a eficácia *erga omnes*, mas, por isso mesmo, *ex nunc*, consoante a que parece ser a melhor doutrina.*

*E isto porque a decisão incidental sobre a questão constitucional não faz coisa julgada, não tendo o condão de declarar a nulidade ou anular a lei inconstitucional. E a resolução do Senado não revoga nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia.*

*(...) Conclui-se disso tudo que inteiramente diferentes são os efeitos práticos sobre a eficácia da lei, conforme a declaração de inconstitucionalidade tenha vindo por via de ação direta ou pela via difusa. (grifou-se)<sup>146</sup>.*

---

93 e 203 do CDC, concluindo que “o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos (...)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 29/37 e 395. Refere ainda Voto vencido do Ministro Ilmar Galvão, Relator do Conflito de Competência nº 971-DF, julgado pela 1ª Seção do STJ em 13.2.90, que influiu na transformação da jurisprudência dos demais tribunais, como o STF, em que foram admitidas, em Reclamações, arguições de inconstitucionalidade *incidenter tantum* em ações civis públicas, embora a sentença tivesse eficácia *erga omnes*”. Op. cit. p. 30-1. Neste sentido, a RCL 597-SP. Rel. para o ac. Min. Néri da Silveira, RCL 600- SP, mesmo Relator – *in Informativo* nº 82, Brasília, 1º a 5/9/97.

<sup>145</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada *Erga Omnes* das Ações Coletivas. *Revista Jurídica*, n. 307, maio 2003 – Doutrina Cível, p.11. Da mesma autora, ver também: Coisa Julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *secundum probationem*. *Revista Forense*, Op. cit.; Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista do Advogado*, Op. cit.; Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, 3-12.

<sup>146</sup> Id. *Ibid.*, p. 8.

Hugo Nigro Mazzili<sup>147</sup> também admite o exercício de controle de constitucionalidade nestas ações, esclarecendo os pontos de convergência e divergência entre a ADIn e a ACP, destacando, contudo, que a ação civil pública, por versar apenas sobre a defesa de interesses transindividuais, não pode substituir a ação direta de controle de constitucionalidade nada impedindo, porém, que sobre a ACP se faça o controle difuso ou incidental, como também pode ocorrer nas ações populares e mandados de segurança, desde que a questão da inconstitucionalidade não seja a causa de pedir, o próprio pedido, mas necessária como prejudicial ao deslinde da lide. Situação diversa, no entanto, ocorre se a ação civil pública ou coletiva for utilizada para atacar a constitucionalidade de uma norma em caráter abstrato e com efeitos *erga omnes*, o que não admite, pois, nesta hipótese, o magistrado do controle difuso estaria invadindo atribuição própria de tribunais a quem a CF delegou a competência de declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo.

Gilberto Schäfer, por sua vez, é enfático não só na aceitação do controle incidental de constitucionalidade nos instrumentos de tutela dos direitos coletivos, como na ação civil pública ou ação coletiva de defesa do consumidor, mas destaca, também, sua necessária admissão, sob pena de impedir-se a concretização do princípio constitucional de acesso/realização do controle difuso, ressaltando que não se pode confundir *efeitos* de uma medida com ela mesma, de sorte que nosso sistema de direito coloca à disposição do cidadão diversos meios para que ele, de forma individual ou coletiva, *combata qualquer inconstitucionalidade*<sup>148</sup>.

Importante destacar, para o esclarecimento da questão, que a ACP (assim como as demais ações coletivas), não configura um processo objetivo, um dos fortes argumentos esgrimidos por aqueles que não admitem o controle incidental de constitucionalidade nestas

---

<sup>147</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2.ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 133-5.

<sup>148</sup> SCHÄFFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 117.

ações, porque não se trata de um processo sem partes, não se enquadrando na definição de Gilmar Ferreira Mendes para o processo *objetivo*, que é aquele em que não há partes e que tem por finalidade, tão-somente, a defesa da Constituição, como se vê de sua manifestação, quando consigna que um *processo objetivo* é aquele “sem partes, destinado pura e simplesmente, à defesa da Constituição (...) um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente um requerido”<sup>149</sup>.

Ora, na ACP existem partes, ativas e passivas, sendo que as partes ativas, nos termos da lei reguladora, podem ser substituídas, mas igualmente são destinatárias/beneficiárias da pretensão reclamada. Quanto ao réu, poderá ser só um como vários co-responsáveis, e todos devem responder pelos danos causados por um ato comissivo ou omissivo ilegal que tenham praticado. Neste sentido, Gilberto Schäfer, antes citado, traça claramente as diferenças entre a ACP e o processo objetivo de controle de constitucionalidade efetuado na ADIn./ADC, afirmando *in verbis*:

Na ACP, há partes e pode haver condenação, reparação e multa. Se a ACP fosse processo objetivo, não poderia haver a defesa de um interesse jurídico, que pode não ser próprio, mas é difuso, coletivo ou individual homogêneo. (...) Diferente é o interesse público objetivo da declaração de (in)constitucionalidade e o interesse concreto de agir (necessidade, adequação e utilidade) que deve estar presente na disputa de um determinado bem da vida na ACP. Portanto, por essa marcante diferença, jamais a ACP, ou quaisquer ações coletivas, poder ser considerada um processo objetivo. Essa assertiva representa mais uma indisfarçável tentativa de acabar com o controle difuso de constitucionalidade<sup>150</sup>.

Considerando, assim, as manifestações doutrinárias colacionadas, bem como a atual posição da jurisprudência de nossas Cortes superiores, não só não se vê impedimento para que se exerça o controle difuso/incidental de constitucionalidade nas chamadas ações coletivas –

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 150.

<sup>150</sup> SCHÄFFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit. p. 127

originárias das *class action* norteamericanas – nas quais se incluem a ação civil pública, a ação popular, as ações de defesa do consumidor e outras, mas sua imprescindibilidade, sempre que se trate de questão prejudicial ao exame de mérito, e desde que a matéria suscitada não configure o próprio objeto da ação, circunstância impeditiva porque levará à sua indevida transmutação em ação de controle em tese/abstrato de constitucionalidade e, por consequência, irá configurar apropriação inconstitucional de competência do STF e dos TJs estaduais, órgãos específicos para exercício do controle *in abstracto*.

Diga-se ainda que, para mais da possibilidade deste exame incidente e de caráter prejudicial, prévio ao mérito, não aceitar a permissão do controle incidental de constitucionalidade nestas ações, na forma explicitada, em nosso entender e *data venia* de posições contrárias, implica cerceamento ao direitos individual e coletivo de defesa de direitos, difusos/transindividuais, o que configura violação dos direitos – garantia constitucional de acesso à jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV) – de defesa, dentre outros, *do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (CF, arts. 5º, inciso LXXII-I, 129, inciso III e § 1º, e 225).

Em sintonia com este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Seção, proferiu julgamento recente, em 11/05/05, no ERESP 305150/DF, registro nº 2002/0144745-0, sendo Relatora a Ministra Eliana Calmon, no qual fixou entendimento quanto à possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública ao julgar embargos de divergência apresentados pelo Ministério Público Federal contra decisão da Primeira Turma do Tribunal, que desprovia o recurso do MPDFT.

Conforme o relatório da MM. Ministra Relatora, a tese levantada pelo recurso já fora analisada pelo STJ em diversas oportunidades, tendo aquela Corte solidificado o entendimen-

to de não ser cabível a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública porque os efeitos equivaleriam aos da ação direta de inconstitucionalidade, o que resultaria em usurpação da competência do STF.

No entanto, a Relatora destacou que o próprio STF já vinha reconhecendo essa possibilidade, conquanto a questão constitucional não figurasse como pedido, mas apenas como causa de pedir, fundamento ou questão prejudicial, indispensável à resolução da ação principal, em torno da tutela do interesse público, consignando em seu voto, *in verbis*:

Dessa forma, não pode mais prevalecer a tese contrária, no sentido de que a declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública teria os efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade, mesmo porque tal decisão está sujeita ao crivo revisional do STF, via recurso extraordinário.

Ademais, segundo o artigo 469, III, do CPC, não faz coisa julgada material a apreciação da questão prejudicial, decidida de forma incidental no processo, diferentemente do pedido, de modo que pode essa questão constitucional ser discutida em outras ações com pedidos e partes diversos, uma vez não ocorrida a exclusão do dispositivo legal do ordenamento jurídico, como acontece na ADIn<sup>151</sup>.

O efeito *erga omnes*, válido para todos, do julgamento da ação civil pública se dará, explica a ministra Eliana Calmon, em âmbito nacional, local ou regional, conforme a extensão e indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, dependendo das tutelas condenatória, executiva e mandamental que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ADIn, “que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou do ato normativo impugnado.”

Na mesma orientação, decidiu o Ministro Franciulli Neto, no Resp nº 402.044/DF, 2ª Turma, julgamento em 05/08/02; o Ministro Teori Albino Zavascki, no Resp nº 599.007/DF,

---

<sup>151</sup> Disponível em: <[http://www.mail7.uol.com.br/cgi-bin/webmail.exe/SuperiorTribunal de Justiça-Notícias](http://www.mail7.uol.com.br/cgi-bin/webmail.exe/SuperiorTribunal%20de%20Justiça-Notícias)>. Acesso em 27 maio 2005.



julgado em 27/04/04, e, novamente, a Ministra Eliana Calmon, no Resp nº 557.646/DF, julgado em 13/04/04<sup>152</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria também segue, atualmente, orientação no sentido da “Possibilidade de eventual desconformidade com a Constituição Federal ser aferida no exercício do controle difuso de constitucionalidade”, sem que haja “usurpação da competência” do STF, como o decidiu a Ministra Ellen Gracie na Recl. nº 664-6/RJ, julgada em 22/05/02<sup>153</sup>, com relação à ação popular em que a questão era discutida.

No mesmo sentido, a decisão na Recl. nº 602-6.-SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidido pelo Plenário em 03/09//97; na Recl. nº 600-0/190-SP, Relator o Ministro Néri da Silveira, também Relator do RE nº 227.159-4/GO, Segunda Turma, em cuja Ementa está consignado:<sup>154</sup>

EMENTA: (...) 3. Entendimento desta Corte no sentido de que ‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local...(’) 5. RE conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público’.

Destarte, se a questão de constitucionalidade nas ações coletivas é suscitada como questão preliminar, não se constituindo o próprio objeto da ação, estar-se-á perante hipótese de controle difuso de constitucionalidade, não procedendo o argumento de indevida usurpação de competência própria do STF em controle concentrado até porque, por ser controle *incidenter tantum*, está sujeito a reexame por nossa Corte Constitucional via recurso extraordinário, na forma da CF (alíneas *a, b* e *c* do inciso III do art. 102 da CF).

<sup>152</sup> Disponível em <<http://www.stj.gov.br/erbstj/Processo/stjimagem/pesquisa.asp>> Acesso em: 19 agosto 2005

<sup>153</sup> Coord. de análise de jurisprudência. DJ. 21.06.2002. Ementário nº 2074-1. Tribunal Pleno.

<sup>154</sup> Todas as decisões referidas extraídas do site <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in/processo.asp>>. Acesso em: 4 abril 2006.

## **CAPÍTULO II**

### **SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DO ESTADO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO**

## INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO II

O Capítulo II desta tese busca demonstrar que a Separação de Funções do Estado em *Legislativa, Executiva e Judicial* não implica o enclausuramento orgânico ou funcional dessas *Funções*, tampouco que só possam ser exercidas de forma exclusiva. Ao contrário, e apesar das fricções que daí decorram entre elas, têm-se intensificado as interligações entre cada uma das *Funções* do Estado em uma relação de coordenação e cooperação mútuas, resguardadas, por óbvio, aquelas que são próprias a cada uma, nos termos da Constituição, situação que decorre não só do sistema norte-americano do *check and balances*, mas também como exigência dos tempos contemporâneos, em que a diversificação dos deveres do Estado para com os cidadãos e a urgência necessária em sua prestação exige o ágil cumprimento dos encargos estatais, independente de qual *Função* a realize. Manifestação deste entrelaçamento de *Funções* se encontra no Controle de Constitucionalidade das leis e dos atos normativos, que não é exercido no Brasil como monopólio do Judiciário, de modo que também o Executivo e o Legislativo dele participam, respeitadas as devidas especificidades, como se irá demonstrar. Examinar-se-á, ainda, neste Capítulo, a incumbência cominada ao Legislativo, como representante do povo, e também decorrente do sistema de *freios e contrapesos*, de proceder ao controle *lato e stricto sensu* das *Funções* do Estado, bem como a forma de seu exercício, análise que é fundamental à compreensão da tese proposta nesta monografia.

## 1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES/FUNÇÕES:

### DO MODELO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO

O art. 2º da CF/88 consagra, como todas as Constituições elaboradas a partir da implementação do *Estado de Direito*, no século XVIII, o princípio político-constitucional fundamental da separação de poderes.

Necessário, *ab initio*, que se deixe claro que a expressão “poder”, em verdade, significa o conjunto de órgãos do Estado aos quais se atribui uma função específica, como atribuição principal e, também, participação acessória em outras funções. Em verdade, não há separação de poder<sup>155</sup>, mas de *funções*<sup>156</sup>, pois o *poder* do Estado é indivisível<sup>157</sup> e pertence ao povo, seu legítimo titular, que detém o *Pouvoir Constituant*<sup>158</sup>, de modo que o princípio da separação de

<sup>155</sup> Carlos Ayres Brito aponta, na CF/88, quatro acepções do poder, *in verbis* “Poder Nacional, ou Poder Constituinte (...); Poder Estatal ou Poderes do Estado, que são os três órgãos básicos (...) independentes e harmônicos entre si (...); Competência política ou faculdade de ação jurídica, nos campos da legislação, da execução e da jurisdição: Pessoa Pública Política, ou simplesmente Estado (...)”. BRITO, Carlos Ayres Brito. Os Sentidos do vocábulo “Poder” na Constituição Brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado RS*, 12(34), 53-58, 1982.

<sup>156</sup> Gustavo Ferreira Santos consigna que se encontram na doutrina diversas nomações para o princípio da separação de poderes, ora assim aparecendo, ou como “separação de funções”, ‘divisão de poderes, tripartição de funções’, dentre outras expressões”, que não designam a mesma realidade, mas “a adesão do autor a uma determinada compreensão teórica, dentre as várias que surgiram no embate das diferentes posições apresentadas, no decorrer de séculos, pelos pensadores dos mais variados matizes. A referência às funções, adotada por quem fala em separação ou divisão de poderes, expressa uma opção por destacar conceitualmente que não está sendo abandonada a idéia de indivisibilidade da soberania, mas apenas se reconhece a multiplicidade de funções na complexa máquina estatal”. SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 83. Filio-me a este posicionamento, razão pela qual adoto a expressão *separação de funções* por entender uno e indivisível o *poder do Estado*.

<sup>157</sup> O *poder* do Estado é indivisível, como assevera Jellinek, e esta indivisibilidade é o fundamento da concepção jurídica do Estado, acrescentando que a “nueva teoría constitucional que se apoya en la doctrina de B. Constant y de la Carta, se opone a la separación estricta de los poderes en su aspecto subjetivo, por considerar imposible, de este modo, todo régimen parlamentario”. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traduzido da 2ª ed. alemã por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, [s.d], p. 373-5. Segue a mesma orientação BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1992: “(...) o poder é sempre um só”- p. 297-8. Também ver os clássicos de BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. 3.ème ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, t. I., p. 256 e ss.; *Cours de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946, p. 88 a 92 e *Manuel de Droit Constitutionnel*. 6.ème ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p. 94-8. Por igual, ver o clássico SAMPAIO DÓRIA A. de. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: São Paulo, 1926, p. 63 e ss.

<sup>158</sup> Estruturado por Emmanuel Joseph SIEYÈS, à época da Revolução Francesa. Ver, para isto, sua obra, *Qu'est-ce que le Tiers État?* - na tradução brasileira *A Constituinte Burguesa*. Op. cit. Ver também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, e *O Poder Constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Sobre o tema, ainda, Carl Schmitt, com sua peculiar visão de Poder Consti-

poderes significa uma divisão artificial das funções<sup>159</sup> cominadas ao Estado com vista à desconcentração do poder e a sua conseqüente limitação, fragmentação que conduz ao equilíbrio<sup>160</sup> das atribuições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário<sup>161</sup>.

A limitação do poder outorgado pela Constituição a cada uma destas funções estatais se impõe como necessidade incontornável, até porque representa uma reação ao absolutismo onipotente monárquico que, se não limitado, sempre será mantido, porque é próprio do homem que exerce o poder dele abusar e tentar captar para si cada vez mais poderes<sup>162</sup>.

Aristóteles, na *Política*, já esboçava a necessidade de separar os exercentes das diversas funções públicas, dividindo-as em três: resolução dos negócios públicos, para decidir sobre a guerra, a paz, promulgar leis e *passar em exame as contas do Estado*; magistraturas, com direito de resolver sobre determinados assuntos, julgar, mandar; e a que fornece a justiça, cabendo-lhe determinar o número e tipos de juízes e tribunais e como escolhê-los<sup>163</sup>.

---

tuinte, questionada porque teria conferido legitimidade ao nazismo, na Alemanha. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Traduzido por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 93 e ss. e, do mesmo autor, *O Führer protege o Direito*. Op. cit.

<sup>159</sup> Ver TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 571-9.

<sup>160</sup> Como refere Luís Roberto Barroso, a “separação de Poderes funda-se em dois elementos. Em primeiro lugar, significa ela uma ‘especialização funcional’, isto é, cada uma das funções estatais é atribuída a um órgão próprio (...) O segundo elementos integrante da idéia de separação de Poderes é a independência orgânica, pela qual um Poder jamais se encontra numa posição de subordinação aos demais”. Parecer: “Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento. *RDA*, 181/182:587-414, p. 387-8.

<sup>161</sup> Aponta Íris Eliete Teixeira Neves de Pinho Tavares que a teoria das *funções* não pode ser confundida com as tarefas do Estado, e seu objetivo é saber quais os atos que o Estado realiza para desincumbir-se de suas diversas atribuições para, posteriormente, analisar estes atos sob o aspecto jurídico, classificando em grupos separados e, por sua vez, cada um forma um grupo de “atividades ou funções do Estado”, divididas nas três usuais: legislativa, administrativa e judiciária. TAVARES, Íris Eliete Teixeira Neves de Pinho. O conceito de Funções e de Órgãos de Exercício do Poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 81, julho 1995, 77-89. Ver, também, os apontamentos sobre a teoria das funções do Estado em: MARLBERG, Carré de. *Contribution à la Theorie Générale de l'État*. Paris: Sirey, 1920.

<sup>162</sup> Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni: “A mais elementar experiência institucional demonstra que sempre que há poder sem controle, opera-se o abuso de poder”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Crises, Acertos e Desacertos. Traduzido por Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 81.

<sup>163</sup> ARISTÓTELES. *Política* São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 179-203, capítulos 3 a 11 do Livro Sexto. Valquíria Basetti Prochmann anota que Aristóteles já considerava injusto e perigoso atribuir-se a uma só pessoa

John Locke, um dos teóricos da separação de poderes, situa o legislativo como *poder supremo* de cada sociedade política até porque o Parlamento, na Inglaterra, sempre funcionou, travando uma luta secular contra o poder real, objetivando limitar-lhe os direitos através de assembléias, que seriam as representantes do povo<sup>164</sup>. Após a revolução de 1688 (*Glorius Revolution*), surgiu um certo equilíbrio de forças entre legislativo e poder real decorrente da distribuição de competências (poderes) entre os órgãos encarregados do Legislativo e do governo. Locke<sup>165</sup> deixa claro que um poder “arbitrário sobre a vida e os haveres do povo” não pode subsistir, pois é seu dever atuar pelo *bem do povo*, e estabelece a divisão do poder entre *legislativo e executivo*<sup>166</sup>, “Poder do Rei”, em sentido lato, como refere Cezar Saldanha<sup>167</sup>.

Coube, no entanto, a Montesquieu, no Capítulo VI do Livro XI do *L’Esprit des Loix*, formular o princípio da separação de *poderes*<sup>168</sup>, consagrado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>169</sup>, que passa a constar de todas as Constituições do Estado

---

o exercício do poder, além do que esta atribuição implicaria impossibilidade prática de que um único homem previsse tudo o que nem a lei poderia fazê-lo. PROCHMANN, Valquíria Basetti. *Poder Executivo e Produção Normativa*. Curitiba: Gênese, 1998, p. 39.

<sup>164</sup> Fonte: José Alfredo de Oliveira Baracho, que busca em Franco Bassi a origem da teoria da separação de poderes, apontando que sua primeira aplicação concreta ocorreu no *Instrument of Government*, de Cromwell, de 1653, recuando a Platão, Aristóteles, Políbio, Cícero, São Tomás de Aquino, Marsílio de Padova, reconhecendo, contudo, que somente no século XVIII adquiriu grau suficiente de teorização. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Op. cit., p. 29-41.

<sup>165</sup> Sobre o constitucionalismo de John Locke, formas de governo e separação de poderes, ver MATTEUCCI, Nicola. Op. cit. p. 129 e 287.

<sup>166</sup> LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Traduzido por Júlio Fischer. 2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Livro II, Capítulos IX a XII, p. 494-515. O original provavelmente é anterior a 1681, segundo nota do Editor, p. 514. A separação de poderes não está contida apenas nestes capítulos, sendo freqüentemente referida em diversos pontos da obra.

<sup>167</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Op. cit., p.48-9, que afirma a certeza de que a “função judiciária estava no âmbito do poder executivo arcaico”, mas sobre ele não há menção na obra de Locke. Op. cit., p. 50.

<sup>168</sup> Giuseppe Ugo Rescigno anota que o objetivo principal deste princípio era o de desmembrar o poder do soberano absoluto e garantir a independência de *vários* centros de poder e, por isso mesmo, foi “chiamata divisione deli potere al plurale (e non del potere, come qualcuno riterrebbe più corretto chiamara il principio) , perché doveva sottolineare la indipendenza di tali poteri l’uno rispetto all’altro”. Tradução livre da autora desta monografia: “foi chamada divisão de poderes no plural (e não do poder, como qualquer um pensaria mais correta a denominação do princípio) porque deveria destacar – sublinhar – a independência de cada poder em relação ao outro). RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di diritto pubblico*. 8.ed. Bologna: Zanichelli, 2004/2005, p. 284.

<sup>169</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: (...) XVI- “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. FERREIRA,

Liberal até como exigência para ser reconhecido como *Estado de Direito, Constitucional*. Montesquieu propõe a distribuição de competências em três funções do Estado: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sem preconizar uma separação absoluta, pois também previu o controle mútuo (o poder deve frear o poder), ou o conhecido refrão *le pouvoir arrête le pouvoir*, entre os órgãos estatais exercentes de cada uma delas<sup>170</sup>.

A mútua fiscalização proposta por Montesquieu não alcança, contudo, a abrangência da técnica que os ingleses já dominavam, qual seja, os *freios recíprocos* ou *freios e contrapesos*, com objetivo de equilíbrio entre as *funções/poderes*<sup>171</sup> para evitar a concentração excessiva em um deles em detrimento dos demais. Não por outra razão os americanos, apesar de adotarem a forma do princípio proposta por Montesquieu, não a aceitaram de maneira absoluta<sup>172</sup>, adaptando-a, com temperamentos, através da teoria dos *chek and balances* explicada por Madison, *in verbis*:

(...) a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. (...) Se os homens fossem governados por anjos, não seria necessário ha-

---

Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989, p. 1363. v. 3. Ver, também, sobre o tema *Separação de Poderes*: CASTRO, Araújo. *Manual da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Leite Riberio & Maurílio, [s.d.], p. 65; DUVERGER, Maurice. *Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique*. 5.ème. Paris: Presses Universitaires, 1948; VERGOTTINI, Giuseppe de. *Le transizioni costituzionali*. Sviluppo e crisi del costituzionalismo allá fine del XX secolo. Bologna: Mulino, 1998, p. 64 e ss.; BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. 5.reimpr. Traduzido por Marco A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1995 e *O Futuro da Democracia*. 6.ed. Traduzido por Marco A. Nogueira. São Paulo. Paz e Terra, 1997 e, ainda, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 7.ed.. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, v. 2.

<sup>170</sup> MONTESQUIEU, Charles Secondat (Baron de). *O Espírito das leis*. 2.ed. Brasília: UNB, 1995, capítulo VI, Livro X.

<sup>171</sup> Ver, também, COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002, e SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. New York: Cambridge University Press, 1955.

<sup>172</sup> Isto é registrado por MADISON, no artigo 47, do *Federalista*, que trata da *Separação de Poderes*, ao proclamar que, quando Montesquieu esquematizou a separação, “não quis dizer que não haveria ‘representação parcial’ de um poder em outro ou ‘controle’ mútuo dos respectivos atos”. Op. cit., p. 395. Ver também, sobre os *checks and balances* e sua necessidade para, sem perigo à liberdade, fazer coexistir um legislativo, um executivo e um judiciário fortes porque este equilíbrio de “forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos A. A. de Oliveira. 1.reimpr. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 56.

ver governos. Se os homens fossem anjos, *dispensar-se-iam os controles internos e externos*<sup>173</sup>. (grifou-se)

Em 1814, Benjamin Constant ultrapassa o modelo tripartite de Montesquieu e propõe a *pentapartição* de “poderes” do Estado, dividindo as *funções* em cinco: “*pouvoir exécutif, pouvoir législatif e pouvoir judiciaire*”, a que acrescenta o *pouvoir Royal*, mais legislativo bipartido em Senado e Câmara, *in verbis*:

(...) sont trois ressorts que doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement general: mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s’entre-choquent et s’entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l’un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu’elle soit en dehors, qu’elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s’applique nécessairement partout où il est nécessaire qu’elle soit appliquée, et pour qu’elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile. (...)

J’en démêle cinq, de nature diverses, das une monarchie constitutionnelle: 1<sup>er</sup> le pouvoir Royal; 2<sup>ème</sup> le pouvoir exécutif; 3<sup>ème</sup> le pouvoir représentatif de la durée; 4<sup>ème</sup> le pouvoir représentatif de l’opinion; 5<sup>ème</sup> le pouvoir judiciaire.

(...) Le pouvoir royal esta au milieu, mais au-dessus des quatres autres, autorité à la foie supérieure et intermédiaire, sans intérêt à déranger l’équilibre, mais ayant au contraire tout intérêt à le maintenir<sup>174</sup>.

Cezar Saldanha Souza Jr., ao comentar a CF/81, consigna que desde 1824 já se conhecia no Brasil a tetrapartição de poderes, pois aos três usuais acresceu-se o quarto, o poder *mo-*

<sup>173</sup> MADISON, no artigo 51 de *O Federalista*: “Freios e Contrapesos”. Op.cit. p.418.

<sup>174</sup> CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. Op. cit., t. I, Capítulo II, p. 19. Em tradução livre da autora desta monografia: “O poder executivo, o poder legislativo, e o poder judiciário, são três espécies que devem cooperar, cada um por sua parte, para o movimento geral; mas quando estas espécies derivam a cruzar-se, a se entrechocarem e se entravarem, é necessário uma força que os faça voltar ao seu lugar. Esta força não pode estar em nenhuma destas espécies, porque servirá à destruição das outras. É preciso que ela esteja à frente, que seja neutra, de qualquer forma, porque sua ação se aplica, necessariamente por tudo em que for necessária que seja aplicada, e porque ela é preservação, reparação, sem ser hostil. (...) Eu proponho cinco (poderes), de naturezas diversas, dentre de uma monarquia constitucional: 1<sup>o</sup> o poder real; 2<sup>o</sup> o poder executivo; 3<sup>o</sup> o poder representativo da permanência, 4<sup>o</sup> o poder representativo da opinião; 5<sup>o</sup> o poder judiciário. (...) O poder real está ao meio, mas acima dos outros quatro, autoridade que é superior e intermediária, sem interesse de desorganizar o equilíbrio, mas, ao contrário, tendo todo o interesse de o manter”. Segundo a teoria de Constant, o poder de “representação da permanência” é aquele de uma assembléia hereditária (seria o Senado); o poder “representativo da opinião” é o de uma assembléia eletiva (seria a Câmara Baixa); o poder executivo é confiado aos ministros; o poder judiciário, aos tribunais. Os dois primeiros poderes têm por atribuição fazer as leis; o terceiro as executa em âmbito geral, e o quarto as aplica aos casos particulares. Para o poder real, reserva a posição intermediária, mas que fica acima dos outros quatro, cabendo-lhe promover o equilíbrio, como *poder neutro, moderador*. Daí se constata a influência direta de Constant em nossa Constituição Imperial, com a criação do *poder moderador*, neutro, de equilíbrio entre os demais poderes, buscando otimizar a atuação de cada um deles.



*derador*, centrado no Imperador, e naquele texto constitucional fora feita a “separação importantíssima entre o Estado e o Governo em órgãos independentes”, acrescentando que nesse “sentido, em 1891, involuímos para a fase anterior, a da tripartição, voltando a reunir Estado, Governo e Administração, no mesmo poder unipessoal do executivo”<sup>175</sup>.

Meirelles Teixeira, ao comentar a *separação de poderes/funções*, explica-a como técnica em que, após atribuir-se a um órgão o exercício principal de uma função/poder do Estado, deve ser estabelecida uma “participação de menor importância” em outros órgãos<sup>176</sup>. Em resumo dos princípios gerais referentes à separação de poderes, assinala:

a) que não existe separação absoluta, isolamento entre os Poderes, mas apenas *independência e harmonia* entre eles, isto é, coordenação, cooperação, influência recíproca, visando um fim comum;

(...)

f) em caso de dúvida quanto ao Poder ao qual caberá determinada função, ato ou competência, deve o intérprete ater-se à natureza do ato ou função (competência normal), pois a competência excepcional deve ser expressamente estabelecida na Constituição, *salvo se se tratar de uma função incidente à competência excepcional*<sup>177</sup>. (grifou-se)

Ricardo Guastini deixa claro que no modelo de *separação de poderes* não seria possível o controle de legalidade dos atos do executivo pelo judiciário porque é ele atribuído, de forma interna, à administração. *Contrario sensu*, no modelo de *balanceamento de poderes*, o

<sup>175</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Op. cit., p. 42. Ver também comentários do mesmo autor sobre o *poder moderador*, já referido no item 1 do Capítulo I desta monografia, a que me reporto. SALDANHA anota que na teoria da tetrapartição de poderes de Constant o poder novo por ele criado, que de início denominou de *poder exécutif e*, após, de *pouvoir ministériel*, liberou o rei dessa função ministerial, cabendo-lhe o denominado *pouvoir royal* que “também apresenta dois sentidos” e enquanto *função política*, liberta então das atribuições somente governamentais, passa a ter as incumbências de atuar como última instância (de chefia de Estado, independente do rótulo do posto) e de chefia de Administração Pública”, tarefas que demandam de seu titular *neutralidade e imparcialidade*, ou seja, que se caracterize como um *poder neutro*. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Op. cit., p. 74-6. Do mesmo autor, ver também *Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 15-44, e *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

<sup>176</sup> Ver o já citado TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 582.

<sup>177</sup> Id. *Ibid.*, p. 599.

judiciário tem a faculdade de controlar a legalidade dos atos administrativos, podendo anular os ilegais<sup>178</sup>.

Jorge Miranda, ao analisar o tema, define dois sentidos possíveis para a *função do Estado*, sendo um a própria tarefa a ser cumprida, e o outro, que ora se examina, a manifestação específica do poder político, “um modo tipicizado de exercício do poder”, lembrando que os três poderes referidos por Montesquieu correspondem a *funções* e em cada poder deve ser feita a distinção entre uma “*faculté de statuer* e de uma *faculté d’empêcher*, que prefigura algumas das análises mais recentes sobre função de fiscalização ou controle”<sup>179</sup>. Em sua visão, as funções estatais se dividem em *política* (que subdivide em *legislativa* e *governativa* ou *política stricto sensu*), *administrativa* e *jurisdicional*, o que não as esgota, pois existem também *zonas de fronteira*, e as chamadas “*funções complementares e acessórias*, como o tribunal de contas, as agências reguladoras ou o Ministério Público, que não integram a administração – apesar da iniciativa – tampouco a jurisdição, ainda que com íntima conexidade”<sup>180</sup>, ressaltando que todas as funções do Estado também detêm competência para editar atos normativos<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Riccardo GUASTINI, para quem o sistema de *freios e contrapesos* só se torna efetivo se existirem determinadas condições que não se referem a normas, mas a políticas, de modo que não haja ingerências desta natureza para possibilitar o efetivo mútuo controle. GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 26.

<sup>179</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 231-3. Ver também PIÇARRA, Nuno. *Ação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. Ainda, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

<sup>180</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Op. cit., t. V., p.15.

<sup>181</sup> Ver também as análises de: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: RT, 2004, p. 92. Igualmente sobre a Divisão de “Poderes”: SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Leituras de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959; MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Heremênutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2002, p. 61; BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. WALD, Arnoldo. Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord); MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15-33. DUGUIT, Leon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4.ème. Paris: E. de Boccard, 1923, p. 89. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, e *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit.

Karl Löwenstein define a separação de poderes como a constatação de que o Estado tem o dever de cumprir determinadas funções, e que essas são realizadas por diversos órgãos, o que vem em proveito dos destinatários do poder estatal, de modo que a separação de poderes se resume na forma clássica de expressar “la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político”, aduzindo ser errônea a utilização da expressão *separação dos poderes estatais*, pois o que ela quer designar, em realidade, é a distribuição de determinadas *funções* estatais a diferentes órgãos do Estado<sup>182</sup>. Daí parte para sua própria proposta de divisão de *poderes*, também tripartida em: 1) a decisão política conformadora e fundamental (*policy determination/decisão política*); 2) a execução da decisão (*policy execution*) e 3) controle político (*policy control*)<sup>183</sup>.

A execução da decisão fundamental se faz através da legislação, da administração e da jurisdição, considerando a última a função fundamental por dar execução, em última instância, à decisão política fundamental, sendo ainda função primordial do Judiciário efetuar o controle do poder político, efetivamente, não como mero executor, através da *judicial review* – controle jurisdicional de constitucionalidade –, destacando que, por óbvio, isto não se enquadra na clássica teoria da separação de poderes, até porque é a ela posterior.

Jorge Miranda aponta que a novidade da tripartição de Löwenstein não reside na atividade fiscalizadora elevada à “função autônoma do Estado, quer tenha *dimensão horizontal*

---

<sup>182</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. 4. reimpr. Barcelona: Ariel Derecho, 1986, p. 55. Aduz o autor que o conceito de “poderes” está profundamente enraizado, devendo ser entendido neste contexto de modo figurativo, apenas, de maneira que, ao tratar do tema, adota a expressão “separação de funções”, não “separação de poderes”, opção por mim também adotada, como já sinalado.

<sup>183</sup> Id. *Ibid.*, p. 62-3. Atentar à nota 16, em que o tradutor registra a dificuldade em traduzir a expressão *policy determination*, decorrente não só do idioma, mas, também, do próprio autor em traduzir sua idéia, de modo que a terminologia mais próxima do original é *Gestaltungs – oder Grundentscheidungen*.

(fiscalização ou *controles* intra e interorgânicos) quer tenha *dimensão vertical* (federalismo, liberdades individuais, pluralismo social)”<sup>184</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao examinar o princípio da *separação de poderes*, deixa claro que se trata de divisão segundo o critério funcional que pressupõe a “tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções *legislativa*, *administrativa* (ou executiva) e *jurisdicional*, destacando que esta especialização não se “recomenda” aos Estados modernos em face da necessária interpenetração dos “poderes”<sup>185</sup>, com o legislativo às vezes julgando (art. 52, I - crimes de responsabilidade), o executivo legislando, por medidas provisórias ou leis delegadas, o judiciário se auto-administrando (arts. 96 e segs. CF), de modo que a “separação” consiste no desempenho predominante de uma função, em caráter principal, e, de forma secundária, colaborando no “*desempenho de outras funções*”, quando “*pratica atos teoricamente fora de sua esfera*”<sup>186</sup> (grifou-se)

<sup>184</sup> Nas notas 19 e 20 da p. 235 da *Teoria do Estado e da Constituição*, acresce Jorge Miranda: “Cf., de certo modo um antecedente em Raul Carmo (...) ao considerar uma *função inspectiva* a par da função deliberativa e da função executiva, e que consistiria ‘na comparação dos actos de execução com as normas de *deliberação* e destas com o direito, impondo a sua reforma quando vão além da sua órbita’, e, mais recentemente, LUCAS PIRES (Teoria da Constituição de 1976 – *A transição dualista* (...)) ao contrapor a ‘*direção e execução política*’ à ‘*função de controlo*’”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Op. cit., p. 235.

<sup>185</sup> Marcello Caetano destaca esta necessária relação entre as funções do Estado porque a atividade deste constitui, afinal, um todo unitário, de modo que as diversas funções, separadas de forma abstrata, “se integram nesse todo, mantendo entre si íntima conexão”, aduzindo que a definição das relações entre as funções estatais tem dois tipos: “*complementaridade e interdependência*” (grifou-se), pois o Estado só consegue alcançar seus fins se exercer todas as suas funções, que compreendem várias atividades de natureza complexa, além de que dificilmente os atos de uma função prescindam do prévio exercício de outra ou não necessitem ser completados por outra. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Op. cit., p. 172, Tomo I. Do mesmo autor ver também *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, [s.d.], p. 9-11, Tomo I. Na mesma orientação, GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 78. De igual forma, estabelecendo a indispensável correlação entre separação de poderes e “*il principio di leale cooperazione*” (grifou-se), TERESI, Francesco. *Le Istituzioni Repubblicane*. Manuale di diritto costituzionale. Torino: Giappichelli, 2000, p. 36-7. Ver também BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, e BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gainfranco. *Dicionário de Política*. Op. cit., 1995.

<sup>186</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117-9. No mesmo sentido, adverte Konrad Hesse, quando afirma que a distinção entre as três funções básicas não tem caráter de exclusividade, indicando apenas “*tipos básicos do modo de cumprimento de tarefas*”, e esta constituição e coordenação dos poderes distintos permite uma construção diferenciada do Estado, estruturada por uma “*colaboração uniforme*”, permitindo a atuação plena do Estado. HESSE, Konrad. *Elementos de*

Assim também Kelsen chama a atenção para que não se entenda a *separação* entre os poderes de forma absoluta, de modo que cada órgão seria o responsável único para exercer a função do Estado que lhe cabe. Por isso, deve ser compreendida esta separação como aparente, porque a interpenetração das atividades/competências que incumbem a cada *função* do Estado é indispensável para que a finalidade buscada pela ação do Estado, que é a satisfação do interesse coletivo, se cumpra<sup>187</sup>.

Spagna Musso distingue entre *função* e *atividade* do Estado ao se referir à organização estatal, tomando a *função* como categoria jurídica, e a *atividade* como dado social, de modo que a atividade do Estado tem por objetivo a realização de seu fim, e esta atividade se articula através das *funções* fundamentais definidas, tradicionalmente, como *função legislativa*, *função executiva* e *função jurisdicional*, alertando para que não se confunda a atividade com a função, de modo que

(...) sia opportuno in una prospettiva giuridica qualificare le specifiche attività dello Stato come funzioni e riservare il termine attività all'identificazione generica come dato sociale, come tale valutabile sotto profili diversi, dell'azione statale nella società<sup>188</sup>.

Paolo Biscaretti Di Ruffia destaca que a teoria da separação de *poderes* de Montesquieu foi aceita pelos Estados constitucionais modernos, mas com dois corretivos fundamentais, que a transformaram numa *teoria da distinção* e da *colaboração dos Poderes* (a

---

*Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 371-7.

<sup>187</sup> Sobre o posicionamento de KELSEN com relação à “separação de poderes”. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Traduzido por Luis Carlos Borges. 2. tir. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 385-91.

<sup>188</sup> MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992, p. 65-7. Tradução livre da autora desta monografia: “sob uma perspectiva jurídica é oportuno qualificar a atividade específica do Estado como função e reservar o termo atividade para a identificação genérica como dado social, e como tal valorável através de um perfil diverso, da ação estatal na sociedade

chamada *séparation souplé* da doutrina francesa em contraposição com a *tranchée*)<sup>189190</sup>, correspondendo a esses corretivos a necessidade de uma *coordenação* entre os Poderes, com caráter político, mais do que jurídico, com objetivo de que a atividade de cada um esteja em consonância com uma única *orientação política geral* unitária e a contenção de cada Poder no âmbito de sua própria função institucional.

Ressalta, porém, que derrogações oportunas ocorrem freqüentemente quando o Poder é demandado, por “*exigências práticas*” (grifou-se) a realizar funções de outros poderes, o que ocorre por “transferências mais ou menos extensas e importantes” de funções estranhas à sua atividade principal, motivadas ou pela extrema urgência em sua realização, ou para o “*bom rendimento técnico*” (grifou-se), ou de conveniência política e de tradições históricas. Ao exercer uma dessas derrogações, a função respectiva se qualifica pela regra geral de competência (sentido *material e orgânico*), mas ao exercer a competência derogada, a mesma função se define, “sob o prisma de seu conteúdo material”, como “*legislativa, executiva ou jurisdicional*”<sup>191</sup>.

Peter Häberle<sup>192</sup>, ao tratar da divisão de poderes no que se refere ao Estado (*stricto sensu*), traça a distinção entre divisão “*horizontal*” e “*vertical*” de poderes. A divisão *horizontal* corresponde ao sentido clássico dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judicial. Chama a atenção, porém, para o fato de que o número de poderes se multiplicou em função

<sup>189</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Direito Constitucional*. Instituições de Direito Público. São Paulo: RT, 1984, p.162.

<sup>190</sup> Tradução livre da autora desta monografia: separação “suplementar” e separação “truncada,, estanque”.

<sup>191</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. Op. cit. menciona ainda os freqüentes casos de colaboração de um Poder com o outro, “integrando suas funções específicas”, exemplificando com a participação do Executivo na atividade do Legislativo com a iniciativa, sanção ou veto; o Legislativo integrando atividade diplomática do Executivo, quando aprova um tratado etc.

<sup>192</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Op. cit., p. 204-5.

dos “processos sociais de crescimento do Estado social”<sup>193</sup>, de modo que em vários Estados constitucionais há “*tribunales de cuentas*” (grifou-se), que “se aproximan a los tribunales en su estatus independiente”, assim também se desenvolvendo o “*ombudsman*”, que denomina de “quarto poder”.

No âmbito estatal, também dever-se-á distinguir a divisão de poderes *vertical* da *horizontal*, exemplificando com o Estado Federal, que corresponde à divisão de poderes entre a Federação e os entes federados, o que significa (na perspectiva alemã, a que refere), uma garantia adicional, junto com os direitos fundamentais, de liberdade política, destacando, contudo, que também nos estados unitários “regionalizados” (caso da Itália, da Espanha etc.) é benéfica a divisão vertical de poderes porque se trata de uma variação do federalismo.

Deixa ainda claro que são muitas as “*variantes nacionales*” do “princípio da divisão de poderes”, mas o mais importante é que permaneça garantida a idéia fundamental da divisão de poderes, com vista a impedir seu abuso, através de sua concentração em um único foco emissor. Isto significa que a divisão de poderes no sentido amplo e no sentido estrito deve ser entendida de forma conjunta, de modo que “El canon de los poderes y de las funciones que ejercen está abierto, como la historia evolutiva del Estado constitucional misma”<sup>194</sup>.

O princípio da separação de funções/poderes está, então, em constante mutação, acompanhando as modificações do Estado constitucional, como se constata com a própria evolução da doutrina clássica que foi se adaptando, recebendo contribuições dos teóricos da matéria e se atualizando, por exigência das transformações por que passou o Estado, de modo que novas funções

---

<sup>193</sup> Sobre estas transformações sociais, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. Op. cit., p. 44-52.

<sup>194</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Op. cit., p. 205.

e/ou subfunções vão se formando, se agregando, se modificando ou se adaptando às tradicionais, para melhor se adequarem a esta evolução.

O fato é que, da separação de “poderes” original de Montesquieu, resta o fundamental, que é impedir a concentração de poder e, com isso, seu potencial abuso<sup>195</sup>.

Efetivamente, desde a criação do modelo clássico tripartite de separação das *funções* do Estado, em muito essas<sup>196</sup> se modificaram por força da evolução do Estado e das conseqüentes tarefas que lhe foram cometidas e acrescidas. Em razão disso, não há como não reconhecer a modificação do conteúdo atual do princípio da separação de *funções/poderes* estatais, de modo que, atualmente, mais do que em qualquer época, o fundamental é que se o compreenda e o aplique no sentido de mútua colaboração, de interpenetração, desde que haja o cuidado de não permitir a monopolização de uma *função/poder* sobre as/os demais. Daí se tem que as *funções estatais* não mais podem ser exercidas com exclusividade, mas como prioridade, como atividade/competência principal, podendo uma mesma *função* ser entregue/exercida, ainda que de forma excepcional, por órgão que se destina a cumprir outra *função* como atividade principal. Neste contexto, cabe aos controles recíprocos (*freios e contrapesos*) a tarefa de impedir os excessos, de fiscalizarem as atuações excepcionais no que se denominaria de *desvio de função estatal*, para que permaneçam no limite adequado ao cumprimento de suas atri-

---

<sup>195</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl deixa bem clara esta superação do modelo clássico de separação e sua alteração para formas modernas que preservam o núcleo da idéia: coartar o poder absoluto. Ver, do autor, *Poder Judiciário*. Crises, Acertos e Desacertos. Op. cit., p. 83.

<sup>196</sup> PETIT, Philip propõe outras formas de dispersão das funções, além das três tradicionais. Ver, para isto, *Republicanism*. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Traduzido por Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999, p. 357. Da mesma forma, Valenti Thury Cornejo chama a atenção para a ineficiência da teoria tripartite das funções e da necessidade de reorganizar a redução típica por ela imposta para avaliar a posição dos novos atores de uma sociedade extremamente complexa e de que forma os mecanismos institucionais poderão dar melhor resposta para a maior liberdade política do cidadão. CORNEJO, Valenti Thury. *Juez Y Division de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002, p. 62.



buições, *fato gerador* do exercício desta competência atípica, mas implícita à determinada pela Constituição<sup>197</sup>.

Como conseqüência destas transformações, e como já se disse, várias divisões das *funções* do Estado têm sido propostas pelos doutrinadores e, nesse sentido, recentemente, Cezar Saldanha Souza Junior propôs uma nova teoria da divisão dos poderes: sua *hexapartição*, partindo da constatação de que a tripartição clássica de poderes entra em “crise” em função das modificações por que passa o Estado, entre os séculos XVIII e XIX, por força dos movimentos sociais que se desencadeiam a partir da revolução industrial. Parte, assim, para a *tetrapartição dos poderes*, o que ocorre pela criação do “*quarto poder político*, o poder ‘governamental’ moderno”, que se separou da “chefia de Estado (e da chefia da Administração, ainda acumuladas)”<sup>198</sup>.

A proposta seguinte é a da *pentapartição dos poderes*, exercida pelo “*Poder Administrativo*”, o quinto poder político, através da distinção da função administrativa da “função de chefia do Estado e, também, da função estrita de governo, de modo que os órgãos administrativos pudessem guardar autonomia frente ao endereço ideológico dos governos”<sup>199</sup>.

Por fim, ao propor a *hexapartição dos poderes*, Cezar Saldanha a atribui ao *Tribunal Constitucional*, instituição especializada (de acordo com o modelo proposto por Kelsen), um poder *corretor*, que ao concentrar o “controle de constitucionalidade, permite efetivar a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, sem os riscos de politizar insuportavelmente a

<sup>197</sup> Sobre esta questão, ver a análise de SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Op. cit., p. 90.

<sup>198</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Op. cit., p. 69-70. Do mesmo autor, ver também *Consenso e Tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

<sup>199</sup> Id. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Op. cit., p. 87.

instância judicial ordinária”, e que “não deve integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes”<sup>200</sup>.

A modificação da concepção da teoria clássica da separação de poderes não passa despercebida a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que atribui ao Direito Público do século XX, em especial ao direito administrativo, o restabelecimento do equilíbrio entre as três *funções tradicionais*, a que se aliam fatores outros, destacando ainda a *subsidiariedade* e, com ela, a *desmonopolização do Poder*, o que permite uma dinâmica aplicação do princípio da “*separação de poderes, hoje mais apropriadamente relido como separação de funções autônomas*”<sup>201</sup>.

Vai ainda além, afirmando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que novas funções constitucionais são constantemente acrescidas às três clássicas, como é o caso das a seguir arroladas, com exemplos do autor sobre dispositivos constitucionais que as caracterizam:

(...) *para-normativa* (art. 217, I, CF), a *para-administrativa* (art. 177 § 2, III), a *para-jurisdicional* (art. 217, § 1º, CF), a *fiscalizadora* (art. 129, II e III, CF), a *provocativa* (art. 71, XI, CF- referente aos Tribunais de Contas), a *participativa* (art. 74, § 2º, CF, referente à participação do cidadão no auxílio ao controle externo pelos Tribunais de Contas), a *defensiva* (håberliana) - (art. 103, I a IX, CF) e tantas outras mais que venham a ser caracterizadas na lei ou na doutrina juspublicista contemporâneas (...) <sup>202</sup>. (grifou-se)

<sup>200</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Op. cit. p. 110-5., que define como sistema de governo que corresponde à hexapartição de poderes o “*governamentalismo com tribunal constitucional*, o projeto mais moderno, mais eficiente e mais equilibrado que a arquitetura constitucional poderia oferecer, em nossos dias, aos Estados que, como o Brasil, não conseguem vencer a crise institucional endêmica que os corrompe”. Id. Ibid., p. 128.

<sup>201</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro*. *RBDP*, Ano 1, n. 3, out.-dez. 2003, 35-53, p. 39-41. Sobre o tema, ver ainda, do mesmo autor: *Interferências entre Poderes do Estado. Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988*. *Boletim de Direito Administrativo*. Doutrina, Pareceres e Atualidades, junho 1990, p. 331/344; *Administração Pública no Estado Contemporâneo. Eficiência e Controle*. *Revista de Informação Legislativa*, a. 30, n. 117, jan.-mar. 1993, 33-56, em que enumera, entre a “*Ampliação de poderes pela interferência*”, no “*Exemplo A - A função cumulativa de controle, atribuída ao Poder Legislativo, sobre os atos do Poder Executivo (...) foi acrescentada à de fiscalização (...) que já existia na Carta anterior (...)*”. Op. cit., p. 342.

<sup>202</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionais autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas do Brasil)*. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, 223: 1-24, jan.-mar. 2001, p.8.

Na mesma orientação afirma Odete Medauar, quando consigna que apesar de a maioria dos ordenamentos jurídicos manter o princípio da separação de poderes, a fórmula clássica original não se apresenta adequada à atual realidade política e institucional dos Estados, daí resultando “supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade”, além de anotar que se verifica atualmente maior complexidade para manter a separação original de Montesquieu, adequada à sua época, mas não para os dias de hoje, porque, neles, várias instituições não se enquadram em nenhum dos três poderes clássicos, caso do “Ministério Público e do Tribunal de Contas”<sup>203</sup>.

Carlos Ayres Brito, ao destacar o inter-relacionamento dos poderes do Estado no Brasil, destaca que a atribuição de competências típicas para cada “poder” traduz “técnica de independência política”, o que não inviabiliza o exercício das “três funções na esfera de cada Poder Orgânico”, de modo que se impõe a “formalização de meios” que conduzam a uma atuação coordenada entre os “poderes”, para melhorar o desempenho de cada um deles, estatuinto ainda a CF mecanismos “especiais de contenção de um Poder por outro, com o objetivo de recolocar o Poder que exorbita de suas atribuições dentro de seus limites, como é o caso do art. 70 da CF, segundo o qual o Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas, fiscaliza a execução orçamentária de Executivo e Judiciário e do próprio Legislativo”<sup>204</sup>.

Nelson Saldanha chama a atenção para o momento atual de uma nova separação de “poderes” na medida em que a divisão clássica não mais preenche as necessidades do Estado e do cidadão contemporâneo, devendo aquele – e exigindo este – a satisfação de inúmeras novas necessidades de vida que surgiram desde o advento da teoria clássica, de modo que cada vez mais se acentua a *inter-*

---

<sup>203</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. De acordo com a EC 19/98. 4.ed. São Paulo: RT, p. 26.

<sup>204</sup> BRITO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Público*, Doutrina, 59-60, 115-127.

*penetração entre os poderes*, com freqüentes permutas de atribuições de um “setor do governo para outro”, como o executivo legislando ordinária e extraordinariamente, o legislativo exercendo funções de julgador, no caso de *impeachment* do Chefe do Executivo, bem como examinando *contas e orçamentos* (grifou-se), asseverando que a divisão de funções do Estado prossegue, transforma-se, é elaborada em novos termos, mais condizentes com os fins pretendidos<sup>205</sup>.

Roberto Dromi, por sua vez, efetua percuciente análise da conformação contemporânea do princípio da separação de poderes/funções do Estado e da crise/transformação que vêm enfrentando, resultante tanto do crescimento da sociedade contemporânea e das diferentes exigências a serem atendidas quanto da nova relação que se estabelece entre os diversos atores que a integram, considerando que o cidadão, hoje, não é apenas aquele de um determinado Estado, mas é universal, inserido no contexto da sociedade global de forma quase instantânea, em face do desenvolvimento dos meios de comunicação por redes tecnológicas altamente desenvolvidas, que oportunizam um número cada vez maior de espaços comuns, reduzindo as fronteiras dos Estados à condição quase-virtual. Tudo isto, afirma, requer uma “*reactualización y el redimensionamento*” das formas de distribuição de poder<sup>206</sup>, tarefa da democracia constitucional para a concretização do bem comum.

Esta situação, a que se pode aliar a da criação de organismos supranacionais, caso da Comunidade Européia (ou mesmo do incipiente Mercosul), implica maior complexidade na distribuição de competências do poder do Estado no sentido de sua distribuição *horizontal*, exigindo ampla interligação de mecanismos administrativos, interna e externamente e, com

---

<sup>205</sup> SALDANHA, Nelson. Separação de Poderes. Reflexão sobre a permanência do problema. *Revista de Direito Público e Ciência Política*. Rio de Janeiro, v. VI, n. 1, jan.-abr., 1963, 73-80. Ver também a interessante reflexão de AMARAL JR, Jose Levi Mello do sobre a questão da *separação de poderes* e o poder conferido ao Executivo, pela Constituição, para editar Medidas Provisórias, em sua obra: *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. A Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: RT, 2004, p. 301-2.

<sup>206</sup> DROMI, Roberto. *Sistema y Valores Administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003, p. 67.

ela, a reestruturação das atribuições cominadas aos órgãos internos. Afirma, assim, que o funcionamento do “poder”, nos três grandes tipos clássicos, consiste apenas em uma proposta, um modelo, que não é o único, e não se descaracteriza com o aparecimento na estrutura do Estado de outros órgãos de origem constitucional e/ou legal, “que coadyuvan com esas principales formas de manifestación del poder público”<sup>207</sup>, nem afetam a indivisibilidade e unidade do poder do Estado. Ao contrário, são necessários ao seu funcionamento e controle e fazem parte dos poderes constituídos.

Assinala que a mesma transformação ocorre na *divisão vertical*<sup>208</sup> do poder (que nos Estados federais se faz pela partição do poder político através das competências constitucionais atribuídas à União, Estados e Municípios), decorrente das intensas modificações ocorridas no conceito de soberania, por exigências desta integração comunitária, e que leva a um novo modelo de organização política dos Estados que devem se adaptar, interna e externamente, para o exercício destas novas *funções*, redistribuindo competências e criando novas formas de exercício do poder estatal através de modelos descentralizados, ainda que nos Estados unitários esta descentralização seja apenas de natureza administrativa.

Dromi sustenta, assim, que a crise moderna da organização do poder ocorre de três formas: a) crise da *soberania*; b) crise da *divisão vertical do poder*, que se manifesta por três vias: 1) do Estado-Nação, alterando-se para Estado Global e Regional; 2) do Federalismo; 3) crise do *município*; c) crise da *divisão horizontal do poder*, decorrente da mudança das fun-

---

<sup>207</sup> Por tais razões, Roberto Dromi afirma ser errôneo falar de órgãos “extrapoder”, quando se faz referência a essas novas instituições que prevêm “*otros poderes del Estado*”, justamente porque elas estão “intrapoder”, pois fazem parte dos poderes constituídos. DROMI, Roberto. *Sistema y Valores Administrativos*. Op. cit., p. 71. Do mesmo autor, ver também: “La relación entre el sector público y el sector privado y las reformas administrativas en la América Latina - desafíos, tendencias y perspectivas” - in *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Ano XXIII, nº 3, 2005, 153-170.

<sup>208</sup> A proposta de *divisão horizontal e vertical* de poderes está presente também em Peter Häberle, na sua obra *El Estado constitucional*. Op. cit. p. 204-5, como antes se apontou.

ções do Estado, que se apresenta também em três vertentes: 1) *crise da lei* (em razão de novas formas de produção do Direito (ex: pelo Executivo, por Medidas Provisórias, no caso do Brasil); 2) *crise da justiça* (novas modalidades de prestação de jurisdição: para nosso caso, por ex., os juizados especiais, a arbitragem; 3) *crise da administração*, decorrente de novas formas de gestão estatal, caso das agências reguladoras, organizações sociais, consórcios administrativos etc.<sup>209</sup> (também já atuando no Brasil)

Detectada a crise, Dromi propõe o que denomina de *solução hipermoderna da organização do poder*, classificando-a de acordo com suas respectivas divisões *horizontais* e *verticais*. Com relação à *divisão horizontal do poder*, sua proposta é de uma separação em *governo de gestão* e *governo de controle*. Quanto à *divisão vertical do poder*, propõe uma divisão em Nação, Região, Província e Município.

Para o sistema de *governo de gestão* (*sistema de poder de gestão*), Dromi propõe, como estrutura orgânica, um governo *estatal* e um *não-estatal*. Para o sistema de *governo de controle*, apresenta como proposta de sua estrutura orgânica o *governo estatal* por tribunais (judiciais, contábeis, administrativos) auditorias, procuradorias fiscais, defensores públicos) e o *governo não-estatal* (associações civis, sociais).

A final, propõe como solução da *crise contemporânea do poder* (separação de funções/poder) uma “reformulação hipermoderna de sua organização, por meio do ‘fraccionamento republicano del poder entre *gobierno de gestión* y *gobierno de control*’<sup>210</sup>, fazendo de-

<sup>209</sup> Esta análise de Roberto DROMI sobre a crise do princípio da separação de *funções/poderes* foi efetuada em palestra apresentada no *Encontro Nacional dos Tribunais de Contas*, realizado em Fortaleza, em junho de 2004, cujo conteúdo está lançado na monografia, de sua autoria: “De la Nueva división Del Poder: Gobierno y Control”, na qual são apresentados também alguns dados extraídos de suas obras: *Modernización del Control Público*. Madrid: Hispania Libros, 2005, e *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Madrid. Universidad Complutense, Serviço de Publicaciones, Facultad de Derecho, 2005.

<sup>210</sup> Id. *De la Nueva División del Poder: Gobierno y Control*. Op. cit, p. 5-7.

pendar a vigência desta divisão/separação do *poder* da necessária manutenção do equilíbrio entre *gestão e controle*, o que, em nosso entender, corresponde à clássica forma do *check and balances*, à previsão constitucional da *harmonia e independência* entre os poderes/funções do Estado.

Destarte, a partir da análise feita neste item da separação de *funções/poderes* do Estado, desde seu modelo clássico ao contemporâneo, e de sua compreensão na doutrina, constata-se que sua característica fundamental não é a separação compartimentada, absoluta, mas, ao contrário, o entrelaçamento e as interligações que necessariamente entre elas deve se estabelecer, de modo que o princípio da separação de *funções* deve ser entendido, hodiernamente, mais do que nunca<sup>211</sup>, como *cooperação e compartilhamento* de atribuições e, por consequência, das necessárias competências para que efetivamente concretize sua finalidade: a realização do bem comum.

---

<sup>211</sup> Como necessidade imposta pelas inúmeras prestações que o Estado, hoje, deve cumprir, e que o cidadão e a sociedade dele exigem, realizadas com a presteza e eficiência por eles esperadas/exigidas.

## 2 PODER EXECUTIVO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No item anterior (1), examinou-se o princípio da separação de *funções/poderes* do Estado, restando claro que a divisão dessas funções não implica separação absoluta, isolamento delas. Ao contrário, demonstrou-se que o princípio tem de ser entendido como meio de impedir a concentração do poder em torno de uma só função estatal, e que a cada uma delas incumbe, nos termos da Constituição, competências próprias, ditas *principais*, e competências *secundárias*, porque similares às principais de outra função, que exercerá em caráter acessório, mas cogente, porque o exercício dessa competência *secundária, acessória*, pela função de Estado que não a que lhe é típica, nada mais significa do que a concretização do indispensável mútuo controle entre elas, do sistema de fiscalização do “poder pelo poder” (*le pouvoir arrête le pouvoir*), de modo que tais atribuições/competências dão cumprimento à *complementariedade* e à *interdependência* que deve obrigatoriamente existir entre as *funções* do Estado, como adverte Marcello Caetano<sup>212</sup>.

Em função disso, ao Poder Executivo cabe, nos termos da CF, não só a tarefa de *governar e administrar* o Estado, mas também a competência secundária legiferante – exercício do Poder Legislativo de forma acessória e eventual, pela edição de decretos e regulamentos, pela criação, de forma extraordinária, de normas com força de lei - as Medidas Provisórias<sup>213</sup> - como disposto nos arts. 62 e seguintes da CF, na redação da EC 32/2001, bem como pela elaboração de *leis delegadas*, consoante consigna a CF em seu art. 68.

Realiza o Executivo, também, atividade própria ao Poder Judiciário, qual seja, a de julgar, quando efetua inquéritos administrativos disciplinares referentes aos seus servidores.

---

<sup>212</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Op. cit., p. 172.

<sup>213</sup> Ver, sobre as Medidas Provisórias e suas peculiaridades, AMARAL JR., José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em Lei*. Op. cit.



Em matéria pertinente ao *controle de constitucionalidade* das leis e dos atos normativos, porque não é atividade estatal exercida em caráter exclusivo pelo Poder Judiciário, incumbe ao Poder Executivo o *poder-dever* de efetuar o *controle preventivo de constitucionalidade das leis e dos atos normativos*, utilizando, para tanto, seu poder de Veto a projeto de lei aprovado pelo Parlamento.

Há duas espécies de *veto*, quanto à matéria: o *veto jurídico*, fundado em razões de inconstitucionalidade material ou formal (§ 1º do art. 66 da CF), e o *veto político*, quando o projeto for considerado contrário ao interesse público, devendo as duas hipóteses, por óbvio, ser devidamente fundamentadas. A atuação do Executivo neste tipo de controle é mais intensa do que a exercida pelo Legislativo, mas ainda assim incompleta, também permitindo que espécimes normativos inconstitucionais passem a integrar o ordenamento jurídico nacional.

O *veto (jurídico ou político)* apresentado pelo Poder Executivo ocorre ainda dentro do *processo legislativo* de elaboração da lei e quando o projeto de lei, após aprovado pela respectiva Casa Legislativa, é encaminhado ao Executivo para sanção, se com ele concordar, nos termos do *caput* do art. 66 da CF. Todavia, em até quinze dias úteis após o recebimento do projeto do Legislativo, o Executivo poderá vetá-lo, total ou parcialmente, utilizando o *veto jurídico* e/ou o *veto político*, em qualquer dos casos, obedecendo à forma constitucional posta no § 2º do art. 66, CF.

Fica claro que o Executivo tem o *dever*, não o *poder*, de vetar projeto de lei inconstitucional porque, como Chefe de Estado e de Governo, é seu dever zelar pelo cumprimento da Constituição, não permitindo sua violação sob pena, inclusive, de contra ela atentar, por omissão, com isso vindo a incorrer no crime político de *responsabilidade*, como disposto no *caput*

do art. 85 da CF<sup>214</sup>. Pela mesma razão, ainda que o Executivo tenha apostado veto a projeto de lei por entendê-lo inconstitucional, caso o veto seja derrubado pelo Legislativo (§ 4º do art. 66, CF), incumbe-lhe o *dever* de propor a respectiva ADIn, evitando que norma jurídica inconstitucional adentre ou permaneça no ordenamento jurídico.

Há, ainda, outra forma de controle de constitucionalidade realizável pelo Poder Executivo, o *controle repressivo de constitucionalidade* de leis e atos normativos, o que o faz como atividade *auxiliar, secundária*, porque exerce atribuições próprias a outra função estatal do Estado – o Judiciário –, mas dela não exclusiva, como se demonstrou no item 1 deste capítulo, uma vez que, para atendimento do princípio constitucional da separação das *funções* do Estado, que implica mútua colaboração entre elas, Judiciário, Executivo e Legislativo têm o dever de cumprir e fazer cumprir a Constituição.

A questão não é de simples desate, havendo quem não reconheça essa competência secundária do Poder Executivo de efetuar o *controle repressivo de constitucionalidade* das leis e dos atos normativos, ainda que *sui generis* e por exceção. Adoto entendimento no sentido positivo, ou seja, de que o Executivo não só detém competência para tanto, mas, para além disso, de que é seu dever fazê-lo, pois os dois poderes – Executivo e Judiciário –, ao exercerem o controle repressivo de constitucionalidade, não só cooperam na formação da lei, mas velam para que esteja conforme a Constituição, que todos têm o dever de defender<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> O dever do Poder Executivo de zelar pela CF é tão evidente que projeto de lei, de sua iniciativa exclusiva e que não tenha sido por ele apresentado, mas por parlamentar, inclusive por meio de emenda a projeto do Executivo que adentre em matéria de competência deste, prevista no inciso I, art. 63, CF, não terá sua inconstitucionalidade formal sanada em razão de sua sanção pelo Executivo, conforme orientação remansosa do STF – in RDA nº 202, p. 217. Ver, sobre isto, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, p. 180.

<sup>215</sup> Neste sentido, manifesta-se SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Op. cit., p. 201.

O fato incontestável é que *todos os Poderes do Estado* possuem a incumbência de *guardar a Constituição*. Não se discute que a palavra final em matéria de constitucionalidade de regras jurídicas é do Judiciário, porque dele não se poderá excluir qualquer ameaça ou lesão de direito, nos termos do inciso XXXV do art, 5º da CF, e somente ele poderá retirá-la do ordenamento jurídico, ou seja, declará-la inconstitucional com efeitos *erga omnes*. Isto, contudo, não só não impede o Executivo de não aplicar norma inconstitucional como também não afasta seu dever de não praticar ato que contrarie o texto constitucional.

Todavia, não será qualquer servidor do Poder Executivo que deixará de praticar ato administrativo por entendê-lo contrário à Constituição. Aceitar essa possibilidade seria ser ainda mais abrangente do que Peter Häberle<sup>216</sup> e a *Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*<sup>217</sup>. O que cada servidor deve efetuar, ao exercer suas funções e apurar a ocorrência de inconstitucionalidade no ato administrativo que analisa, é dar conhecimento a seu superior hierárquico da grave ilegalidade nele verificada, decorrente de sua colisão com a Lei Maior: assim, sucessivamente, a questão deverá ser levada aos escalões superiores da Administração Pública e, daí, ao Chefe do Poder Executivo<sup>218</sup>, ao qual caberá, por fundamentadas razões, dizer que deixa de praticar o ato por eivado de inconstitucionalidade.

<sup>216</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Op. cit., p. 20-1. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição. – *Die Offene Gesellschaft der Verfassunsinterpreten. Ein Betrag zur Pluralistischen und ‘Prozessualen’ Verfassungsinterpretation..* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Häberle elabora um catálogo provisório de “participantes da interpretação constitucional” e neles inclui, dentre outros: “(1) as funções estatais (...); b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (...); órgão do Executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público”. (grifou-se)

<sup>217</sup> Anota GALUPPO, Marcelo Campos, que é no processo de interpretação constitucional que ganha importância a tese de Häberle, porque neste processo estão potencialmente vinculados *todos os órgãos estatais*, de modo que o sentido verdadeiro de uma Constituição se revela, em um Estado Democrático de Direito, desde que se pressuponham duas condições: “primeiro, o reconhecimento de que a Constituição é plural e, segundo, o reconhecimento de que o intérprete (e guardião) último da Constituição *não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo*. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta”. (grifou-se). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 47-64, p. 63-4. Sobre o tema, ver também HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v II, e *Direito e Moral*. Traduzido por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

<sup>218</sup> Ou a autoridade de superior escalão que tenha recebido competência, para isso, por delegação constante em lei ou ato normativo (decreto, regulamento etc.).

Luís Roberto Barroso é enfático ao afirmar que o Chefe do Executivo “não só pode, como deve deixar de aplicar a referida disposição legal, pois cabe-lhe reverenciar, antes que tudo, a Constituição Federal”<sup>219</sup>, sendo esta decisão de natureza auto-executória e que não depende de prévio pronunciamento do Judiciário, decisão que só será revisável pelo Judiciário, caso seja provocado à manifestação.

Esta orientação, aliás, já fora traçada por Ruy Barbosa, ao afirmar:

Toda medida, legislativa ou executiva, que desprezitar preceitos constitucionales, é, de sua essência, nulla: Actos nullos da legislatura não podem conferir poderes validos ao executivo (*Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, 1893, p.41-47 – grifou-se –, prosseguindo Ruy com a citação de Charles A. Kent, *in verbis*: “All acts of federal officials, which the Constitution does not authorize, are legally void”<sup>220</sup>).

Ruy<sup>221</sup> deixa claro, portanto, que se a norma produzida pelo Legislativo é inconstitucional, não pode produzir efeitos, de modo que também são ineficazes os atos do executivo que nela se fundamentarem (Ruy consigna a nulidade da norma e, por consequência, dos atos do executivo em razão dela editados, coerente com a afirmativa de que a norma inconstitucional é nula, tese extraída do direito norte-americano, também em vigor entre nós, mas hoje lida com temperamentos, como o fazem prova as novas regras de processamento da ADIn e da

---

<sup>219</sup> BARROSO, Luís Roberto. Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento. Op. cit., p. 397. Ver, também, “Parecer: Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento. Op. cit. O autor aborda este tema também em “Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)”, em *1988-1998. Uma década de Constituição*. Op. cit., p. 60, onde consigna: “Os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo podem determinar a não-aplicação de lei que considerem inconstitucional até a manifestação do Judiciário.”. Na mesma orientação, em sua obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2002, p. 307.

<sup>220</sup> RUY BARBOSA. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932, v. I, p. 11.

<sup>221</sup> Citação de Ruy, reportando-se à teoria constitucional norte-americana, por ele assim traduzida: “*Quaesquer actos de funcionarios federaes, que a Constituição não autorize, são legalmente nenhuns*”. – grifou-se. KENT, Charles A. Const. develop. Of the Un. Stat., as influenced by decisions of the Supr. Coutr since 1864. In: *Const. development*, p. 203. Op. cit. p. 10.

ADC, que permitem a fixação, pelo STF, de eficácia *ex nunc* para as decisões sobre a matéria constitucional de que tratam, como abordado no Capítulo I, nº 4, a que me reporto).

Também o ilustre jurista Miguel Reale, recentemente falecido, em memorável Parecer, paradigma da matéria, enfrenta a questão do não-cumprimento, pelo Executivo, de lei inconstitucional, rebatendo afirmações que então eram feitas – e ainda hoje o são – de que só teria esta possibilidade após a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Judiciário, sendo-lhe defeso adentrar no exame da validade da lei, a qual somente lhe caberia cumprir, entendimento que atribui a equívoco quanto ao real papel exercido pelo Executivo, através da Administração Pública, bem como quanto à sua atuação, deixando claro que tanto ao Executivo *como a todos os demais poderes*, incumbe o dever de exercerem suas atribuições em estrita observância da ordem jurídica, de modo que toda vez que o Executivo tenha de “dar execução a uma lei, deve, examiná-la, interpretá-la e, naturalmente, também, considerá-la em cotejo com a Carta Magna”<sup>222</sup> (grifou-se).

Reale deixa claro que o Executivo não pode *declarar* a inconstitucionalidade, retirando a vigência, em caráter definitivo, de lei que reputa contrária à Constituição, porque esta é competência própria do Judiciário, a quem caberá sempre a última palavra. Esta competência, no entanto, não impede o Executivo de não cumprir lei inconstitucional, pois

“(…) ao Governo, no exercício de suas atribuições, (...)” não “lhe é defeso, mas antes *se lhe impõe* a iniciativa de não agir de conformidade com os preceitos inquinados de vício de inconstitucionalidade: *nada mais legítimo*, em suma, *que desde logo o*

<sup>222</sup> REALE, Miguel. Parecer lavrado em 15 de março de 1963, publicado no *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, em reprodução fiel do original, certificada pela Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. Registro aqui meu especial agradecimento à Profa. Dra. Judith Martins-Costa pela gentileza e presteza em atender minha solicitação de cópia deste histórico Parecer, o que tornou-me possível obter o respectivo exemplar, por cópia do original devidamente certificada pela Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. Ao agradecer à Mestra Judith, também renovo homenagens ao insuperável jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, seu sogro, recentemente falecido. REALE, Miguel. Parecer. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 mar. 1963, ano LXXIII, n. 52, p. 7-8. Cópia original certificada pela Imprensa Oficial de São Paulo.

*Executivo suspensa a eficácia das normas manifestamente inconstitucionais, sob pena de tornar-se partícipe da ilicitude por ele mesmo argüida*<sup>223</sup>. (grifou-se)

A mesma orientação foi traçada por Adroaldo Mesquita da Costa<sup>224</sup>, na condição de Consultor-Geral da República, em *Parecer* de 07 de maio de 1965, onde revisa entendimento anterior e admite ter mudado sua opinião para afirmar que: “Cabe ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucionais, e aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem, no Judiciário, a proteção que lhes adviria da lei não executada”<sup>225</sup>.

Temístocles Brandão Cavalcanti, em *Parecer* de 21 de setembro de 1963, debruça-se sobre a questão e deixa claro que a separação de *funções* do Estado não significa que nenhuma delas aja como um autômato, cumprindo cegamente apenas suas funções típicas, mesmo que isso implique aplicação de preceito inconstitucional. Ao contrário, se assim agir, deve estar consciente de que cada uma dessas *funções* é sempre responsável por seus atos, de modo que, e

<sup>223</sup> REALE, Miguel. *Parecer. Diário Oficial do Estado de São Paulo*. Op. cit., p. 7. Prossegue o ilustre Parecerista, ao apontar os fundamentos de sua conclusão: “Pondere-se, a tal respeito, que a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, que alguns querem seja adequada, outra coisa não faz senão afirmar uma situação preexistente. A lei não se torna inválida por assim tê-la considerado o Judiciário, mas é como tal declarado porque era radicalmente nula, desde que nasceu. Não podia, pois, jamais produzir efeito jurídico algum.” Ao início do *Parecer*, consigna ainda: “Em verdade, podemos considerar superada a corrente que entre nós teve, talvez, em Leôncio Bittencourt, o seu máximo representante (O Controle de Constitucionalidade das Leis), e que afirma que, uma vez promulgada, a lei a todos obriga, inclusive ao Executivo, que assim não poderia se furtar ao cumprimento de suas determinações. A outra, partindo do pressuposto de que lei inconstitucional não é lei- e portanto nenhum efeito jurídico lhe pode ser, por isso mesmo, reconhecido – acentua que nem o Executivo, nem os particulares estão vinculados a tal observância. A nosso ver, a razão está com a segunda orientação que, diga-se desde logo, é a que conta com o sufrágio não só de mais abundante e autorizada corrente de doutrinadores, como também têm logrado a acolhida reiterada de nossos Tribunais em várias oportunidades, inclusive na Corte Suprema. (...) Diante de tais ponderações, de juridicidade inconcussa, forçoso é reconhecer, com a Egrégia 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rec, dos Tribunais, v. 323, p. 344), que quando ‘a autoridade administrativa entende que a lei que lhe incumbe executar é inconstitucional, o remédio imediato está em não executá-la por esse motivo, declarando-o expressamente: o Executivo é o órgão de execução, incumbido de movimentar a máquina administrativa do Estado; cabe-lhe o direito de administrar com os olhos voltados para a Constituição e para as leis que não tenham o vício da inconstitucionalidade; assim como o magistrado deixa de votar as proposições do Executivo que entenda serem ofensivas ao texto constitucional, também o Executivo tem o direito e a obrigação de não dar cumprimento a leis que entenda estarem viciadas de inconstitucionalidade’”. (grifou-se) REALE, Miguel. *Parecer*. Op. cit., p. 8. Este parecer está publicado também em *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, setembro-1965, n. 95, p. 43-7.

<sup>224</sup> COSTA, Adroaldo Mesquita da. *Parecer. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, ano XXIII, set. 1965, n. 95, p. 37-43.

<sup>225</sup> Id. *Ibid.*, p. 37.

para o caso, o Executivo irá responder de forma solidária pelo erro de executar ato administrativo fundado em norma inconstitucional. O que destaca é que não será “qualquer funcionário que poderá deixar de cumprir uma lei sob a alegação de que é inconstitucional”, pois não detém competência para transformar-se no “juiz de sua inconstitucionalidade”, mas

O que tem sido, entretanto, admitido é que a autoridade superior, o *poder executivo*, na orientação da política administrativa, pode verificar a constitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la, usando do processo usual de interpretação que consiste na aplicação da lei hierarquicamente superior, que exclui, desde logo, a aplicação da lei menor que com ela vem colidir<sup>226</sup>.

No *Parecer*, Temístocles Cavalcanti aponta que os autores americanos já haviam enfrentado o problema, destacando a conclusão de W. Willoughby quanto à necessária conformidade de todos os atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário à Constituição, para que possam ser considerados válidos, porque

É esse um dever de todo tribunal, de qualquer categoria, Federal ou Estadual. Reciprocamente, o direito de suscitar a questão constitucional pertence a qualquer litigante. Inconstitucional seria negar esse direito. (...)

*O princípio, portanto, é de que a apreciação da constitucionalidade de uma lei não é privilégio do poder judiciário (...)* mas cabe a qualquer poder, no exercício de suas funções<sup>227</sup>. (grifou-se)

Caio Tácito, em “Comentário” à decisão proferida no MS nº 7.243, julgado pelo STF em 20/01/60, sendo Relator o Ministro Luís Gallotti, deixa claro que o “*exame de constitucionalidade das leis não é monopólio do Poder Judiciário*”<sup>228</sup> (grifou-se).

<sup>226</sup> CAVALCANTI, Temístocles Brandão. Parecer. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, ano XXIII, set. 1965, n. 95, 46-54, p. 47.

<sup>227</sup> Id. *Ibid.*, p. 48, ao considerar as observações de W. Willoughby (*Principles of the Constitutional Law of the United States, § II*), às quais acresce suas considerações sobre o tema.

<sup>228</sup> TÁCITO, Caio. Comentário. Anulação de Leis Inconstitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan.-março, 1960, 329-350, p. 344.

Francisco Campos, sempre enfático em afirmar que a lei inconstitucional não é lei pelo simples fato de que não existe, repudia a doutrina segundo a qual a lei inconstitucional não é aplicada com base no princípio de que existe uma lei superior, a Constituição, que está no topo do sistema normativo e, em razão disso, deve a lei inferior ceder perante a que lhe é superior, reputando-a inexata porque não “pode haver hierarquia entre o que é lei e o que não é, entre realidade e aparência, entre o que existe e o que não existe”<sup>229</sup>, de modo que lei inconstitucional não obriga a ninguém seu cumprimento porque, na realidade, de fato, não é lei, razão pela qual

Recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou Executivo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude da sua interpretação tomar decisões sobre a própria competência, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do país ou do Estado o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes, ao mesmo tempo que se abririam válvulas de escape à pressão dos seus deveres constitucionais. É, conseguintemente, um axioma fundamental ao nosso regime o de que cada um dos Poderes, de que se compõe o Governo do país, cabe a faculdade de interpretar a Constituição e de, consoante a inteligência que dá, ajuizar e decidir de sua própria competência e, portanto, dos seus próprios atos<sup>230</sup>.

Ruy Carlos de Barros Monteiro, ao analisar o repúdio da lei inconstitucional pelo Executivo, considera “superada” a corrente doutrinária liderada por Lúcio Bittencourt, que não viabiliza esta possibilidade nem ao Executivo nem a ninguém, enquanto a lei não for declarada inconstitucional pelo Judiciário, porque, para ele, enquanto isto, ela “é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos”<sup>231</sup>. Todavia, Bittencourt parece mitigar ou alterar sua posição

<sup>229</sup> Francisco Campos, que prossegue afirmando que os tribunais, ao reconhecerem a inconstitucionalidade de “suposta lei, não a anulam ou vetam, mas, apenas, reconhecem e declaram a inexistência do ato como lei”. CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. I, p. 430-3.

<sup>230</sup> Id. *Ibid.*, p. 442. Deve ser ressaltado, quanto à posição de Francisco Campos, que seu entendimento levava em conta o fato de que aos tribunais não era facultada a função de se pronunciar “em tese ou para hipóteses meramente figuradas” (op. cit., p. 442), o que efetivamente só passou a ser admitido no país com a EC16/65, apesar da CF/46 já haver previsto uma espécie de controle concentrado para o caso de *representação de inconstitucionalidade interventiva*. De qualquer forma, Francisco Campos entendia que se a Constituição tivesse atribuído às cortes de justiça a incumbência de decidir da “constitucionalidade de um ato que se acha em *feri* e que não teve, por conseguinte, ocasião de ser aplicado a um caso concreto”, essa não era atribuição “judiciária”. Ainda, e para a questão objeto desta tese, há de ter-se presente que os Tribunais de Contas não se incluem no rol dos legitimados ativos, do art. 103 da CF, para proporem ADIn, possibilidade autorizada ao Executivo pela CF/88.

<sup>231</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 96.



quando, na mesma obra em que sustenta a impossibilidade da negativa do Executivo em aplicar lei inconstitucional, a admite, de forma implícita, restringindo-a, contudo, ao Chefe do Executivo, como se vê do consignado em nota, em sua obra, onde discorda de Oscar Saraiva quando este afirma que nenhum outro poder que não o Judiciário pode efetuar o julgamento da inconstitucionalidade, posição que não acolhe porque, como afirma, se “choca com a opinião unânime dos doutores”, afirmando:

Damos-lhe razão, apenas, quando nega aos funcionários administrativos competência para recusar a aplicar uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade. É que a sanção presidencial afasta qualquer possível manifestação dos funcionários administrativos, que não dispõem do exercício do poder executivo<sup>232</sup>.

Além disso, Ruy Barros Monteiro afirma que a tese de Bittencourt é entendida como superada, com fundamento nas manifestações de Miguel Reale, Temístocles Brandão Cavalcante, Adroaldo Mesquita da Costa, Francisco Campos, cujos pronunciamentos antes se enumeraram, segundo os quais a lei inconstitucional não é lei e, não sendo lei, não obriga ninguém a cumpri-la, visto que é lei apenas formal, com aparência de lei, não existindo, assim, para o direito, razão pela qual considera “irrecusável a conclusão de que o Chefe do Poder Executivo não está obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional”<sup>233</sup>.

Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o sólido entendimento de maciça doutrina e da jurisprudência quanto ao poder, reconhecido ao Executivo, para recusar aplicação à lei inconstitucional. Fundamenta sua posição na necessidade de ser observada a hierarquia entre as normas, a que resume a questão da inconstitucionalidade no moderno do direito constitucional, sendo o meio pelo qual se resolve este conflito<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 91-2, nota nº 3.

<sup>233</sup> MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. *Revista Forense*, v. 294, Doutrina-101-115, p. 102.

<sup>234</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, jun, 1980, 375-403.

Com relação à jurisprudência do STF, de longa data se posiciona no sentido de que o Executivo não está vinculado a cumprir normas inconstitucionais<sup>235</sup>, o que está consagrado em inúmeros julgamentos de nossa Suprema Corte, dos quais se destacam, por atuarem como *leading cases*, os que seguem: Representação nº 512, Relator Ministro Pedro Chaves, julgado pelo Pleno do STF em 07/12/62<sup>236</sup>; Recurso no MS nº 13.950, Relator Ministro Amaral Santos, julgado pelo Pleno do STF em 10/12/68<sup>237</sup>, cabendo destacar, quanto a esta decisão, o fato de ter sido proferida quando já implementado no país o controle concentrado de constitucionalidade, pela EC16/65, o que demonstra que o advento deste controle não afetou o entendimento que já vinha sendo mantido pelo STF para a questão, o que é referido expressamente pelo Ministro Moreira Alves na Representação nº 980, julgada pelo Pleno do STF em 21/11/79<sup>238</sup> e, também, o Recurso no MS nº 7.243, Relator Ministro Luiz Gallotti, julgado pelo Pleno do STF em 26/01/60<sup>239</sup>.

<sup>235</sup> É o que também consigna Ivo Dantas, que, apesar de contrário à possibilidade, reconhece que esta “não é a posição assumida pelo STF, que em reiteradas vezes, inclusive com apoio por parte da Doutrina, decidiu que é possível ao Executivo negar-se à aplicação da Lei, em seu entender inconstitucional”. DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

<sup>236</sup> Voto publicado na *RDA* v. 76, abril-junho 1964, 308-314, p. 310-11, que acolheu, à unanimidade, o Voto do Relator; no qual se lê: “(...) Já deixei assentado, como princípio, que o dever de zelar pela constitucionalidade das leis é imposto pela Constituição a todos os poderes e não constitui obrigação exclusiva do Poder Judiciário. Daí decorre a meu ver que a nenhum dos poderes se pode impor a obrigação de aplicar leis inconstitucionais, mesmo antes de haver o Senado suspenso sua execução (...)”.

<sup>237</sup> Voto publicado na *RDA*, v. 97, 1969, 116-120, p. 118, sendo acolhido, por unanimidade, o Voto do Relator, que acolhe os fundamentos do acórdão recorrido, de onde extrai o seguinte trecho: “É certo que ao Poder Executivo não compete declarar a inconstitucionalidade das leis, mas não se lhe pode negar o direito de não cumpri-las, quando lhes reconheça tal vício, isso mesmo na defesa dos atos de sua exclusiva competência e privatividade, tanto mais que o mesmo vício retira à lei a própria validade, tornando-a coisa nenhuma, até antes da declaração do Poder Judiciário. Lei contrária à Constituição não é lei”.

<sup>238</sup> A Ementa do acórdão consigna: “É constitucional decreto do Chefe do Poder Executivo estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo”. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>>, acesso em 18 jan. 2006. em seu emblemático Voto, consigna o Relator: “Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não de seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?”. O Voto, em sua integralidade, é acessível, também, no Arquivo do Serviço de Jurisprudência do STF, no ementário nº 1.181-1.

<sup>239</sup> Recurso no MS nº 7.243, Relator Ministro Luiz Gallotti. In: *RDA*, v. 59, jan.-mar. 1960, 338-352, p. 351-2, que acolheu, à unanimidade, o Voto do Relator, que consigna: “(...) Não concordo, *data venia*, com o douto voto vencido” (do acórdão recorrido) “em que os Poderes Legislativo e Executivo não possam anular seus próprios atos, quando os considerarem inconstitucionais. Entendo que podem fazê-lo: apenas a palavra derradeira, a respeito, caberá sempre ao Poder Judiciário, se oportunamente provocado”. Citando Francisco Cam-

Ainda em sede doutrinária, é necessário trazer à colação o posicionamento de José Luiz de Anhaia Mello, que, ao tratar da negativa de cumprimento a leis inconstitucionais, afirma que o zelo pela Constituição é dever de todos os poderes, não sendo um privilégio do Judiciário. Esclarece, contudo, quanto à impossibilidade de qualquer cidadão achar-se no direito de não cumprir a lei por considerá-la inconstitucional, o que levaria à desordem legislativa, cabendo-lhe, neste caso, utilizar os meios judiciais para tanto necessários, de modo que o reconhecimento desta competência se restringe apenas às autoridades mais elevadas e aos órgãos de cúpula da administração estatal, pois não “pode, por exemplo, o Governador do Estado, cumprir lei inconstitucional, uma vez que essa inexistente, é um fantasma legislativo”, trazendo ainda outro exemplo desse dever de não-aplicação de leis inconstitucionais aos *Tribunais de Contas*, pois “*não pode o Tribunal de Contas cumprir lei inconstitucional*”<sup>240</sup>. (grifou-se)

Ronaldo Poletti traça distinção que se entende fundamental para o tratamento da questão, qual seja, de que não se deve confundir o poder-dever do Executivo de não cumprir lei que entenda inconstitucional, com a declaração de inconstitucionalidade da lei, porque essa última é faculdade privativa do Judiciário, de modo que deve ficar claro que o Executivo não decreta esta inconstitucionalidade, mas simplesmente não cumpre a lei inconstitucional, negando sua execução<sup>241</sup>.

---

pos, aduz: “E, citando a lição de Black e outros, conclui que esses Poderes” (Executivo e Legislativo), “não são apenas autorizados, mas necessitados e compelidos a julgar por si mesmos da constitucionalidade de seus atos”. Ver, também, o Recurso no MS nº 2.497, julgado pelo Pleno do STF em 02/08/54, Relator Ministro Nelson Hungria, consignando o Voto: “(...) Isto vale dizer que a Administração pública pode, por *si mesma e de modo imediato*, realizar as normas jurídicas na sua esfera de atividade, sem necessidade de prévio pronunciamento da Justiça”; publicado na *RDA*, v.42, out.-dez. 1955, 231-240. Ainda: RE nº 20.695, julgado pela 1ª Turma do STF, por maioria, em 23/04/55, Relator o Ministro Barros Barreto, publicado na *RDA*, v. 42, out.-dez. 1955, 131-4; MS nº 4.211, Relator Ministro Candido Motta Filho, julgado em 30/4/57, arquivado sob nº 888, na Seção de Jurisprudência do STF.

<sup>240</sup> MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: RT, 1968, p. 113-4. Esclarece o autor que se coloca em corrente diversa à daqueles, como Lúcio Bittencourt, que “entendem que ao Executivo falece tal cometimento, pois a ele incumbe cumprir a lei”. Op. cit., p. 115.

<sup>241</sup> POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit. p. 148. Acrescenta o autor que a “Constituição não atribui privativamente ao Poder Judiciário o dever de zelar pela execução da Constituição,

Regina Maria Néri Ferrari reconhece que a opinião dominante na doutrina é a que aceita a possibilidade de o Executivo recusar aplicação às leis inconstitucionais pelo fato mesmo de que integra um dos Poderes do Estado e, a todos eles, cabe velar pela Constituição. Todavia, deixa claro que a *invalidade* da norma só ocorrerá após seu reconhecimento pelo órgão para tanto competente, o Poder Judiciário<sup>242</sup>.

Roberto Dromi, por seu turno, admite a possibilidade da efetivação de controle de constitucionalidade pela Administração, o que o fará através da interpretação da norma, sempre que se deparar com leis ou regulamentos incompatíveis com a Constituição. Poderá, então, a Administração Pública examinar a validade das normas perante o texto constitucional quando essa inconstitucionalidade se apresente demonstrada, de forma razoável, ou se revele evidente, também de forma razoável, ou quando ocorra caso de inconstitucionalidade grave e manifesta<sup>243</sup>.

Ana Cláudia Nascimento Gomes analisa a questão sob o aspecto do direito comparado, traçando paralelo entre o *poder de rejeição de leis inconstitucionais* pelas autoridades administrativas no direito português e no direito brasileiro. Quanto a este, destaca que, antes da instituição do controle concentrado de inconstitucionalidade pela EC 16/65, essa era orientação corrente na doutrina e na jurisprudência, admitindo-se, portanto, a possibilidade de o Chefe do Executivo recusar-se a executar lei que reputasse contrária à Constituição. Essa orientação se mantém mesmo após a promulgação da CF/88, visto que nosso Supremo Tribunal tem ratificado esse entendimento, como se vê da ADIn nº 2071-4, sendo Relator o Ministro Sydney Sanches e,

---

mas a distribui a todos os Poderes do Estado.” Isto é da tradição republicana. A competência é concorrente, não privativa.

<sup>242</sup> FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. Op. cit., p. 160.

<sup>243</sup> DROMI, Roberto. *Sistema y Valores Administrativos*. Op. cit., p. 144-5.

também, no RE nº 23.121/92-GO<sup>244</sup>. Para o caso do Brasil e até em função do paralelo que estabelece com o sistema de direito português, admite a autora a recusa de cumprimento de norma inconstitucional pelo Executivo desde que sua *inconstitucionalidade seja manifesta*, ou seja, que haja razoável e fundada conclusão de inconstitucionalidade da norma<sup>245</sup>.

Considerando a análise aqui efetuada sobre a orientação doutrinária e da jurisprudência do STF quanto à questão ora tratada, chega-se à conclusão de que permanece – e deve permanecer – facultada ao Poder Executivo, mesmo após a implantação do controle concentrado de constitucionalidade pela EC 16/65 e seu aprimoramento com a edição da CF/88, que ampliou o âmbito dos legitimados ativos à propositura das respectivas ações, a possibilidade de negar-se a aplicar lei ou ato normativo que se revele incompatível com a Constituição Federal.

Todavia, entende-se que alguns requisitos devem ser preenchidos para viabilizar o exercício desta faculdade, tais como: que ela seja exercida pelo Chefe do Executivo<sup>246</sup>, ainda que suscitada por agentes de escalões inferiores. Estes, no entanto, por não possuírem tal competência, têm o dever de comunicar dita inconstitucionalidade a seus superiores, que, sucessivamente, farão chegar sua notícia ao Chefe do Poder Executivo. Caber-lhe-á, então, decidir quanto ao caso, determinando as medidas legais necessárias à solução da questão; que a eiva de inconstitucionalidade se evidencie por demonstração razoável, devidamente fundamentada; que reste claro que a negação de eficácia à norma inconstitucional pelo Executivo perdurará até manifestação em contrário do Poder Judiciário, se a tanto acionado pelo interessado/atingido pela sua inexecução, pois somente aos tribunais que o integram cabe declarar

---

<sup>244</sup> Tanto a ADIn (Medida Liminar), quanto o RE estão disponíveis no site do STF: <<http://www.stf.gov.br>>, estando ainda publicada a decisão do RE no Diário da Justiça da União de 08/11/93.

<sup>245</sup> GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p.166-185.

<sup>246</sup> Ou autoridade de alto escalão (ex.: Secretário de Estado) que dele tenha recebido competência, para isto, por delegação, nos termos de lei).

sua invalidade, requisito que se impõe, como óbvio, por força da obrigatória observância do princípio da jurisdição una vigente no Brasil, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da CF.

A permanência dessa possibilidade, mesmo após a ampliação do rol dos legitimados ativos para propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, constante do art. 103 da CF, se justifica pela necessidade de a administração pública dar pronta resposta quanto à possibilidade, ou não, de emitir o ato administrativo sob o qual paira a dúvida fundada quanto à sua constitucionalidade, considerando sua responsabilidade por atos comissivos<sup>247</sup> e também omissivos, presteza que não alcançará, com igual agilidade, mediante a propositura daquelas ações. Se não fora por isto, o fator fundamental para a manutenção deste *poder* consiste no fato de que ele é também um *dever*, na medida em que o Executivo, como poder/função do Estado, está obrigado, assim como o Legislativo e o Judiciário, a cumprir e fazer cumprir a Constituição e, especialmente, o Executivo está jungido à observância do princípio da legalidade, vetor de seu agir, nos termos do *caput* do art. 37 da CF, o que implica seu dever de observar, acima de tudo, a primeira das leis: a Constituição.

---

<sup>247</sup> Sobre isso, ver FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

### 3 PODER LEGISLATIVO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Poder Legislativo, assim como o Executivo e o Judiciário, exerce, além das atribuições que lhe são próprias, as *acessórias* às suas competências/deveres principais, atividade que caracteriza o *inter-relacionamento/cooperação* necessários entre as *funções/poderes* do Estado, já abordado no item 1 deste Capítulo, a que me reporto.

Assim é que o Legislativo realiza, também, nos termos da CF, atividade administrativa quando elabora seu regimento interno e organiza seus serviços e pessoal (arts. 51, incisos III e IV, e 52, XII e XIII) e atividade judicante, quer nas Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 3º do art. 58), quer no julgamento dos *crimes de responsabilidade* do Presidente e do Vice-Presidente da República e das demais autoridades elencadas nos incisos I e II do art. 52, processado forma regulada em seu parágrafo único.

Incumbe-lhe, ainda, efetuar o *controle político de constitucionalidade* de leis e atos normativos, em caráter *preventivo e repressivo*, nos termos postos pela Constituição.

O *controle político preventivo de constitucionalidade* de normas jurídicas é exercido pelo Parlamento através das *Comissões Permanentes de Constituição e Justiça* (art. 58) e, também, quando o projeto de lei é levado à apreciação/votação dos parlamentares, na forma regulada nos respectivos regimentos internos das Casas Legislativas (arts. 64 e 65 da CF), bem como por ocasião da apreciação do veto apostado pelo Executivo (art. 65 e parágrafos da CF), modalidades cuja eficácia é relativa em razão de não conseguirem obstar o ingresso, em nosso ordenamento jurídico, de normas jurídicas formal e/ou materialmente inconstitucionais.

O *controle político repressivo de constitucionalidade* de leis e atos normativos é realizado pelo Legislativo de acordo com o respectivo regramento constitucional, exercendo-se nas formas a seguir expostas:

A) Na hipótese do inciso V do art. 49 da CF, segundo o qual é de “competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”, atividade característica do sistema de *check and balances* incidente sobre o princípio da separação das *funções/poderes* do Estado, visto que se trata de controlar os limites constitucionais da autorização excepcional para legislar concedida ao Poder Executivo, caso das leis delegadas, que por ele podem ser expedidas na forma prevista no art. 68 e parágrafos da CF, e do poder *regulamentar* concedido também ao Executivo, de acordo com o inciso IV do art. 84 da CF, que lhe autoriza expedir decretos e regulamentos que devem cingir-se, porém, aos limites necessários à *fiel execução* das leis, sob pena de inconstitucionalidade, o que levará à sua sustação pelo Congresso Nacional. Deverá, assim, o Congresso, editar Decreto Legislativo sustando a eficácia dos atos normativos do Poder Executivo exorbitantes do poder regulamentar ou das hipóteses de delegação legislativa, com eficácia *erga omnes*, caracterizando espécie de controle concentrado, mas híbrido, porque o ato do Parlamento terá efeitos *ex nunc* (o que não corresponde à eficácia ortodoxa *ex tunc* do controle concentrado hoje mitigada, como já apontado), uma vez que a norma não está sendo retirada do mundo jurídico – âmbito da *validade* – ; o que se lhe retira é a *eficácia*. De registrar, ainda, que este controle se faz exclusivamente pelo Poder Legislativo e não depende de manifestação prévia do Poder Judiciário<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> Como assinala DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 589.



Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o inciso V do art. 49/CF, que “sustar” quer dizer “suspender”, conferindo este disposto competência ao Congresso para, via decreto legislativo, suspender a eficácia dos atos normativos do Executivo, tornando o Parlamento

(...) ‘juiz da constitucionalidade de atos do Poder Executivo’ (...) controle que não vai além da sustação da eficácia do ato, ficando a declaração de sua nulidade em mãos do Poder Judiciário (...) cabendo nesse caso a última palavra ao Supremo Tribunal Federal<sup>249</sup>.

Anna Cândida da Cunha Ferraz vê ferimento ao princípio da separação de poderes no preceito do inciso V do art. 49/CF porque, quando o Congresso susta regulamentos ou lei delegada, “interfere na função constitucional normativa do Executivo”, com o que não estaria apenas exercendo o controle da lei, mas fiscalizando a atuação do Executivo, e que isso provoca um “conflito direto entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo”, afirmando:

Ora, no sistema criado pela Constituição de 1988, onde fica a discricionariedade do Poder Executivo para exercer funções de sua competência constitucional? (...) vale dizer, não se estaria colocando, nas mesmas mãos, ou no mesmo órgão, duas funções estatais diferentes (...)?

Reconhece a autora, contudo, que

instrumentos que configuram permissão constitucional para ‘invasão’ ou ‘interferência’ entre poderes, não são totalmente ignorados no sistema presidencialista pátrio (...) Veja-se, exemplificativamente, a competência de o Senado Federal ‘suspender’ a execução de ‘lei ou decreto’, federais e estaduais, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, presente no artigo 41, inciso VII, da Constituição anterior e que se situa em sede constitucional desde a Constituição de 1934.

---

<sup>249</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva: 1992, v. 2, arts. 44 a 103, p. 24. Sobre o tema, ver também VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 152, jan.-mar. 2002, 287-301.

Registra, ainda, que o “Poder Legislativo não revoga ou anula o regulamento ou a lei delegada, mas ‘susta-lhes’ os efeitos.”<sup>250</sup>

Todavia, peço vênia à autora para dela discordar, pois não compartilho de seu entendimento na medida em que, como já exposto nos itens 1 e 2 deste Capítulo, os *poderes* do Estado não têm atribuições absolutamente incomunicáveis: ao contrário, é da essência do princípio da *separação de poderes*, considerando a motivação de Montesquieu ao teorizá-la (*le pouvoir arrête le pouvoir*), modelo que veio a ser acrescido do *check and balances* americano, de matriz inglesa, que as competências se distribuam entre *principais* e *secundárias* e, para o caso em exame, isto se revela pela própria autorização dada ao Executivo para legislar, em caráter excepcional. Não vejo, assim, na disposição constitucional, nada mais do que o exercício, pelo Poder Legislativo, de sua faculdade/atribuição de dar cumprimento ao dever de mútua fiscalização entre os *poderes/funções* do Estado.

B) Quando do exame, pelo Congresso Nacional, das *Medidas Provisórias*<sup>251</sup>, espécime normativo editado pelo Poder Executivo por autorização constitucional disposta nos arts. 62 e segs. da CF, na redação dada pela EC 32/01, análise que se efetiva nos termos do § 5º do mesmo artigo em caráter prévio, “sobre o atendimento dos seus pressupostos constitucionais”, como condição para deliberação sobre o mérito da medida. Ao se considerar que a Medida Provisória não é lei, mas espécime normativo com “força de lei” e assim ingressando, de imediato, no ordenamento jurídico, a análise que sobre ela se efetua no Parlamento caracteriza o *controle político repressivo de constitucionalidade*<sup>252</sup>, visto que, sendo rejeitada, ou não exa-

---

<sup>250</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo: São Paulo: RT, 1994, p. 83-5, 144-210, por lei delegada, no que substitui o Legislativo em sua função precípua, apesar de dever por ele ser autorizada, nos termos da Constituição.

<sup>251</sup> Ver, por todos, AMARAL JR. José Levi Mello. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. A Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. Op. cit.

<sup>252</sup> Neste sentido, o posicionamento de Alexandre de MORAES. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 564.

minada nos prazos postos na Constituição, perde seus efeitos e não poderá ser convertida em lei através do competente *projeto de lei de conversão* (§§ 3º, 11 e 12 do art. 62 da CF). Mas outro aspecto deve também ser considerado sobre o tipo de controle de constitucionalidade exercido pelo Legislativo com relação à Medida Provisória, decorrente do fato de que o Congresso deverá elaborar projeto de lei para sua devida conversão em lei: como se trata de análise de projeto de lei, o exame sobre ele efetuado pelo Parlamento durante seu respectivo processamento configura, à semelhança do que ocorre durante todo o processo legislativo de elaboração da lei, *controle político preventivo de constitucionalidade*<sup>253</sup>. Como se vê, as peculiares características da Medida Provisória, que sem ser lei adentra no ordenamento jurídico com força de lei, a que se acresce sua necessária submissão ao Congresso Nacional para ser convertida em lei, permitem dupla interpretação quanto ao tipo de controle político de constitucionalidade sobre ela exercido pelo Legislativo: será repressivo e/ou preventivo, conforme o tipo normativo e/ou momento que se adote para caracterizá-lo.

C) O *controle político repressivo de constitucionalidade* efetuado pelo Senado Federal, por expressa autorização/determinação constitucional constante do inciso X do art. 52 da CF, segundo o qual “compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender as execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

A outorga desta competência ao Senado provém da CF de 1934<sup>254</sup>, que lhe atribuiu a possibilidade, ainda hoje em vigor, de *suspender a execução*, no todo ou em parte, de lei ou

---

<sup>253</sup> Entendimento expressado por Sérgio Resende de Barros, na “Apresentação” da obra *Medida Provisória e sua Conversão em Lei*, de José Levi Mello AMARAL JR., acima citada, para quem o projeto de conversão em lei da *Medida Provisória* caracteriza “pujante manifestação de controle prévio e político da constitucionalidade da lei, no direito brasileiro”. Op. cit., p. 21.

<sup>254</sup> Segundo Regina Maria Macedo Nery FERRARI, a norma foi inserida na CF/34 para “evitar a reprodução de demandas acerca da inconstitucionalidade, como relata Prado Kelly, membro da Constituinte de 1934”. Em *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. Op. cit., p. 200. Ver também o exame da matéria efetuado por: DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. Op. cit.; GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição de Leis (...)*. Op. cit., p. 161. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Op. cit., p.

ato declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo STF proferida em sede de *controle difuso* de constitucionalidade, com o que seus efeitos, tipicamente *inter partes*, transmudam-se para *erga omnes*<sup>255</sup>.

Isto significa que a Constituição prevê a possibilidade de concessão de eficácia *erga omnes* e *extra partes* de processo em que foi proferida a decisão pela Suprema Corte, em sede de controle difuso, pela via do *recurso extraordinário*, quando lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, conflitantes com a CF, poderão ter sua constitucionalidade perante ela discutida (inciso III do art. 102 da CF).

A competência conferida ao Senado Federal<sup>256</sup> para efetuar esta expansão dos efeitos da decisão – restritos, porque originários do *controle difuso, incidental*, de constitucionalidade – constitui mais uma exceção ao sistema usual de controle repressivo de constitucionalidade por nós adotado, que atribui tal competência em caráter principal ao Poder Judiciário e aqui, como se vê, um órgão político, integrante do Poder Legislativo, exercerá também esse controle em caráter repressivo, apesar de fazê-lo em termos diversos aos do Judiciário, visto que se

---

50; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da Constitucionalidade das Leis* e do Poder de Tributar na Constituição de 1988. Op. cit.; SCHÄFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit. p. 79; LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à luz da Jurisprudência do STF*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 103; ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista Informação Legislativa*, a. 15, n. 57, jan.-mar. 1978, 223-327; BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Op. cit., p. 39.

<sup>255</sup> Refere Hely Lopes Meirelles que esta competência atribuída ao Senado recebeu crítica de Araújo Castro, cujo entendimento era de que se deslocava para órgão político, de forma indevida, matéria de competência do Judiciário. Todavia, esta foi a forma estabelecida em 1934 e incorporada aos textos das Constituições seguintes: 1946, 1967, 1969 e 1988. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Op. cit., p. 464.

<sup>256</sup> Lenine Nequete atribui a esta faculdade do Senado exemplo que o caracteriza como órgão com a atribuição de “coordenação dos poderes federais entre si, quase como um novo Poder Moderador”, mas que representa um resquício, ainda, do complexo sistema de decretação de intervenção federal regulado pela CF de 1934 quando, para conter os abusos resultantes das constantes intervenções de ordem estritamente política que eclodem sob a vigência da CF de 1891, agravadas pela EC de 1926, passou a regular, com minúcias, seu processamento, nele prevenindo a participação de vários órgãos dos três Poderes e, com isso, dificultando a possibilidade de sua efetivação de modo a restringi-la aos casos realmente necessários, nos termos regulados como *numerus clausus* naquela CF, modalidade seguida pelas demais, a de 1988 inclusive. NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil*. Op. cit., v. II, p. 117.

limita à ampliação dos *efeitos* da decisão do STF, quando decidir suspender a execução da dita norma, “no todo ou em parte”, transformando-os em efeitos gerais, para todos – *erga omnes* –, questão que adiante se examinará.

Todavia, não se pode deixar de reconhecer que a competência delegada ao Senado se, de um lado, tem caráter político, porque esta é a natureza do órgão de que dimana, mais se aproxima de uma *função jurisdicional*, que não é exercida em monopólio pelo Judiciário, como já se demonstrou antes (itens 1 e 2 supra), do que da função *legislativa* inerente àquele órgão do Legislativo<sup>257</sup>.

Da análise desta competência atribuída ao Senado pela CF/34 para efetuar o controle *repressivo* de constitucionalidade, o que se constata é que deu origem a inúmeras discussões no âmbito dogmático sobre diversas questões a ela referentes, tais como a definição dos efeitos e natureza da Resolução do Senado que acolhe a decisão do STF para a suspensão *erga omnes* da lei ou ato normativo, sobre o caráter discricionário ou vinculado do ato atribuído ao Senado, se abrange a inclusão de leis estaduais, distritais, municipais e, ainda, quanto a sua aplicação também às decisões proferidas em ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade, temas que se passam a analisar.

A definição dos efeitos e natureza da Resolução do Senado é questão tormentosa, de intensos debates, de modo que há entendimentos no sentido de que atinge a *validade* da norma e outros que a restringem ao plano de sua *eficácia*.

Assim é que Hely Lopes Meirelles discorda da equiparação do ato do Senado a uma declaração de *ineficácia ex nunc*, porque isso seria contrário à própria razão de sua competên-

---

<sup>257</sup> Ver, para isto, POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 151.

cia, atribuindo-lhe efeitos retroativos e definitivos, com retirada da lei do ordenamento jurídico, o que confere “natureza singular ao ato político” atribuído ao Senado, apesar de concordar que a expressão do legislador constitucional, que consigna a *suspensão da execução* de lei declarada inconstitucional, enseja dúvida quanto à sua real compreensão<sup>258</sup>.

Em posição contrária, contudo, Ronaldo Poletti bem destaca que o próprio dispositivo constitucional consigna a expressão “*suspender a execução*” (grifou-se), no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional, o que não é o mesmo do que *revogar* ou *suspender a vigência* da lei, por isto que, editada a Resolução do Senado, a lei não está revogada e continua em vigor: ela não mais produzirá *efeitos*, estará desprovida de *eficácia*, não sendo competência do Senado “revogar ou suspender a vigência da lei”<sup>259</sup>. O mesmo entendimento é firmado por Regina Maria Nery Ferrari, para quem, igualmente, cabe ao Senado *suspender a execução* da decisão irrecorrível de inconstitucionalidade declarada pelo STF, o que “não *revoga* a lei ou decreto, *retira apenas sua eficácia, sua aptidão para produzir efeitos jurídicos*”, *perde sua executoriedade*<sup>260</sup>. (grifou-se)

Também Ada Grinover firma entendimento de que, se o Legislativo vier a suspender a “execução da lei, sua ineficácia, decorrente exclusivamente da resolução do Senado, terá efeitos *ex nunc*”, deixando claro que a manifestação do Senado “não revoga nem anula a lei, sim-

<sup>258</sup> Ver em Hely Lopes Meirelles as discussões travadas na Assembléia Constituinte das Constituições de 1934 e 1946 em torno da definição da natureza e efeitos do ato do Senado, ou seja, se implica *revogação* da norma, que tem efeitos prospectivos, ou a *suspensão de vigência por inconstitucionalidade*, a que atribui efeitos retroativos. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Op. cit., p. 483-5.

<sup>259</sup> POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit. p. 150, para quem o fato de o Senado não revogar ou suspender a vigência da lei mas suspender sua *execução*, dando assim maior abrangência à decisão do STF, configura *exercício de jurisdição*, não de competência *legislativa*, que seria própria à revogação ou suspensão de vigência.

<sup>260</sup> FERRARI, Regina. *Efeitos da Declaração de Constitucionalidade*. Op. cit. p. 88 e 205. ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. Refere a posição do Ministro Rodrigues Alkmin, do STF, sobre os efeitos da decisão do Senado, para quem a Constituição, como já o dissera Pontes de Miranda, criou algo de novo, “próximo ao veto, muito embora só nos resultados, na *eficácia*, que é *suspensão da execução*”. PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1/69, III, 88. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *RIF*. Op. cit., p. 292.

plesmente lhe retira a eficácia ‘erga omnes’, mas, por isso mesmo, ‘ex nunc’, consoante a melhor doutrina”<sup>261</sup> (grifou-se)

Na mesma orientação, pronuncia-se Rodrigo Lopes Lourenço, que não vê *revogação* no ato do Senado, mas apenas *suspensão de eficácia*<sup>262</sup>, de modo que a lei continua em vigor, mas não mais produz *efeitos*, operando apenas *ex nunc*, não *ex tunc*, pois não anula a regra, somente suspende sua *eficácia*<sup>263</sup>. Rosah Russomano também já destacava que o que se suspende, tão-somente, é a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais, mas “a norma jurídica, em si mesma, não é invalidada”, de modo que se o STF, posteriormente, considerar a lei constitucional, ela poderá voltar a ser aplicada, plenamente, “pois que, dum modo ou doutro, ela se achava inserta no conjunto da legislação nacional”, até porque a última palavra, sempre, no setor da constitucionalidade das leis, será do Poder Judiciário<sup>264</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, também afirma que a suspensão efetuada pelo ato do Senado *não revoga a lei*, pois seu efeito é apenas de retirar-lhe a *eficácia*, de modo que o ato perde “a aptidão para produzir efeitos de direito” e não “pode mais ser aplicado; seu cumprimento não mais pode ser exigido de ninguém”. Ao prosseguir no exame da matéria, o mestre constitucionalista comenta a posição sustenta por Lúcio Bittencourt de que

<sup>261</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: *A Marcha do Processo*. Op. cit. p. 11, onde ressalva as posições que sustentam que a “ineficácia, mesmo nesse caso, seria *ex tunc*”; e em “O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada *Erga Omnes* das Ações Coletivas”, *Revista Jurídica*, op. cit. p. 8

<sup>262</sup> Disso resulta claro que a atuação do Legislativo no controle de constitucionalidade repressivo de leis ou dos atos normativos, na forma posta na CF, tem natureza diversa da exercida pelo Poder Judiciário, eis que lhe cabe, tão-somente, suspender a *eficácia* do dispositivo inconstitucional, não possuindo poder para retirar sua *validade*, porque essa é competência exclusiva do Judiciário. Isso significa que a norma permanecerá válida, mas sem possibilidade de produzir efeitos a partir da medida tomada pelo Congresso Nacional, situação cuja continuidade levará a *desuetudo*, de que nos fala Kelsen, quando se refere à invalidade de normas originada de sua não-aplicabilidade por desuso – *desuetudo*. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit., p. 87)..

<sup>263</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Op. cit. p. 104-5. Endossa essa posição ARAÚJO SÁ, José Adonis Callou de. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Op. cit., p. 65 e 93-4.

<sup>264</sup> RUSSOMANO, Rosah de Mendonça Lima. Suspensão de executividade das leis inconstitucionais no Brasil. *Revista Forense*, ano 54, v. 173, fasc. 651 a 651, 68-111, p. 77.

haveria impropriedade técnica da expressão utilizada pela Constituição, pois sendo o ato “inexistente” ou “ineficaz”, não poderia ter *suspensa sua execução*, no que, segundo Ferreira Filho, Bittencourt teria detectado a “incoerência” da medida autorizada ao Senado, “mas não entreviu sua solução”<sup>265</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, contudo, sustenta que esta suspensão do Senado vai além da revogação, porque opera *ex nunc*, enquanto a suspensão produz efeitos *ex tunc*, o que afirma com fundamento na tese de que o que é inconstitucional é “natimorto, não teve vida”, como afirmou Francisco Campos<sup>266</sup>. Discorda-se, com a devida vênia, desta posição porque, como já se disse, as próprias leis (nº 9.868/99 – arts. 11, § 1º, 27, e nº 9.882/99, art. 11), que regulam o processo do controle concentrado de constitucionalidade, permitem que seu efeito, que é por natureza *ex tunc*, hoje seja declarado pelo STF como *ex nunc*, sob determinadas condições, de modo que não subsiste mais a generalização de que a lei inconstitucional nunca existiu.

Como se vê, não é tema de fácil enfrentamento o da definição quanto aos efeitos deste ato do Senado, pois para alguns significa declarar a inexistência da lei, com efeitos *ex tunc*, portanto, e para outros, consiste em não se adentrar à existência da lei, neste sentido alertando Sergio Resende de Barros que:

<sup>265</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que prossegue afirmando: “o ato inconstitucional não é nulo ou írrito como quer a doutrina tradicional”, podendo as normas jurídicas ser anuláveis, “havendo, porém, vários graus de anulabilidade”, podendo, como “ensina Kelsen, ser anulada com efeito retroativo – *ex tunc*”, tese que entende compatível com a suspensão de execução prevista pela CF, pois retira a “eficácia da norma, o que significa esvaziá-la completamente, tanto quanto se fosse ela revogada pelo processo legislativo”, concluindo que não seria absurdo sustentar que no direito brasileiro, “ao menos depois de vigente a Constituição de 1934, desca-be pretender que o ato inconstitucional é nulo e sem efeito”, cumprindo dizer, na esteira da lição de Kelsen, que o ato normativo inconstitucional “pode ser revogado em razão de decisão judicial”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. I, p. 41-2.

<sup>266</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle Incidental de normas no direito brasileiro, *RT*, 760, fev. 1999, 88º ano, 11-39, p. 27-8. Do mesmo autor, também: O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n.162, abr.-jun. 2004, 149-67, p. 151.



– é bom esclarecer desde logo – *execução* significa *eficácia* e não *existência*. O Senado suspende para todos a eficácia que o Supremo já suspendera entre partes. Mas nenhum dos dois toca na existência da lei. O que condiz com a lógica do sistema difuso, cuja raiz está no princípio da separação de poderes, de sorte que uma lei só pode deixar de existir se for revogada por outra lei editada pelo poder legislativo. Pelo que, após as intervenções do Supremo e do Senado no controle difuso, a lei continua existindo, ainda que ineficaz. De início, é ineficaz só nos casos julgados pelo Supremo. Após a generalização decidida pelo Senado, torna-se ineficaz em todo e qualquer caso. Esse é o conceito segundo o qual agiu o Constituinte de 1891, valendo-se do termo *execução* para atender à distinção entre existência e eficácia da lei (...) Não continue, pois, esse termo a causar a espécie que tem causado, pois ele foi bem engendrado pelos constituintes brasileiros.

Nos termos do controle difuso brasileiro, portanto, o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é senhor da generalidade. Sublinhe-se: no controle difuso<sup>267</sup>. (grifou-se)

Há ainda outra questão a examinar, qual seja, se o Senado tem o *dever* de editar a Resolução respectiva ou se sua edição configura um *poder*<sup>268</sup>, uma faculdade: em suma, se a atuação do Parlamento, aqui, é de caráter discricionário, ou vinculado. Também neste aspecto a doutrina não é uniforme, embora a maioria dos pronunciamentos seja no sentido de considerar a atuação do Senado como *poder*, entendimento que se impõe em razão, até, da observância do princípio da separação de *poderes* do Estado.

<sup>267</sup> Sergio Resende de Barros, que prossegue, asseverando: “A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio *tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica*. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviverem em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtrai exequibilidade à lei, porém não a *revoga*”, e como a lei continua existindo, entende possível a restauração de exequibilidade da lei após editada a Resolução do Senado, mas isto só será possível se o STF rever sua decisão, porque não cabe ao Senado fazê-lo, com o que concordamos, inteiramente. (grifou-se) Em BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 158, abr.-jun, 2003, 233-9, p. 234 e 236. Do mesmo autor, também, ver: O Senado e o Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun., 2003, 163-179.

<sup>268</sup> SILVA, Napoleão Nogueira da. *A Evolução do Controle de Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal*. Op. cit., aponta que desde a vigência da CF/46 as opiniões de dividiram, quanto a isto, assim as classificando: os que sustentam o papel meramente homologatório do Senado: “Themístocles Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda, Afonso Arinos, Alfredo Buzaid, Seabra Fagundes, Lúcio Bittencourt e Roberto Rosas”. Outro grupo, também não enumerado de forma exaustiva, sustentou a “competência efetiva do Senado para apreciar a conveniência e oportunidade política de suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais, caso de: José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Ataliba Pereira Viana, Francisco Sá Filho, Josaphat Marinho, José Luiz Anhaia de Mello, Aliomar Balleiro, Luiz Galotti, Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal, Mario Guimarães, Paulo Brossard, e Marcello Caetano, entre outros”. Op. cit. p. 84.

A corrente que segue o entendimento de ser este um *poder* do Senado acompanha as lições de Aliomar Baleeiro<sup>269</sup>, para quem o Senado possui discricionariedade política para suspender ou não a lei declarada inconstitucional por decisão irrecurável do STF, conclusão a que também chega Josaphat Marinho, porque se deve resguardar “a cada Poder do Estado a prerrogativa de interpretar a Constituição para traçar as raias de sua competência”<sup>270</sup>, posição também adotada por Mário Guimarães<sup>271</sup> e Ives Gandra da Silva Martins, para quem a tese mais adequada é aquela que tem sido adotada na *praxis* do Senado, que ora elabora, ora não, a Resolução, sem que jamais tenha o “STF tomado qualquer medida para tornar obrigatória a ação do Senado”<sup>272</sup>. Também Alexandre de Moraes vê nesta questão um *poder* do Senado, não um *dever*, pois tanto o

STF – Mandado de Injunção nº 460-9-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 16 jun.1994, p. 15.509, quanto o Senado Federal – *Revista de Informação Legislativa* nº 487265 – Ano 12 1975 (...) entendem que esse não está obrigado à proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal [...] sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo<sup>273</sup>.

Não é outro o entendimento do insigne jurista Paulo Brossard quando afirma: “Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por

<sup>269</sup> BALEEIRO, Aliomar. Voto na Reclamação nº 691-SP. *Revista Trimestral de Jurisprudência* do STF, v. 38, out. 1966, p. 67-68. Comungam deste entendimento CARVALHO, Fábio Augusto Junqueira de, e SILVA, Maria Inês Caldeira Pereira, em “ILL- Art. 35 da Lei 7.713- Suspensão de Executoriedade pela Resolução 82 do Senado Federal – um Caso de Inconstitucionalidade”. BALEEIRO, Aliomar. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 20, 27-33.

<sup>270</sup> Josaphat Marinho, que discorda de Alfredo Buzaid, para quem o Senado é obrigado a editar a Resolução, se presentes todos os requisitos legais, e traz em seu socorro o Voto do Ministro Victor Nunes Leal, proferido no MS nº 7.248, de São Paulo, em que sustenta não ser obrigatória, para o Senado, a suspensão de vigência da lei; invoca, do mesmo aresto, a exegese do Ministro Ribeiro da Costa, segundo o qual o “Senado não é um autômato; comete-lhe ponderar sobre a conveniência de dar eficácia genérica a um pronunciamento do Supremo Tribunal em caso concreto”. MARINHO, Josaphat. O Art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, jun. 1964, 5-12, p. 10-1.

<sup>271</sup> GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 264.

<sup>272</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, n. 97, 242-250, p. 243.

<sup>273</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Op. cit, p. 568.

decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, de modo que, em “face da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Senado exercita o poder só a ele reservado, através de uma medida política”, reafirmando que “não é de hoje que entendo que a cláusula em exame não coloca o Senado em posição de ‘cartório do Supremo Tribunal’, deixando ainda claro que o “acórdão do Supremo Tribunal, embora unânime e definitivo, não *revoga a lei*, ainda que virtualmente a esterilize”<sup>274</sup>.

A corrente contrária, que sustenta ser um *dever* do Senado editar a Resolução ora em análise, tem como partidários, dentre outros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem essa

suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico<sup>275</sup>.

Regina Maria Nery Ferrari, ao apontar a não-uniformidade de entendimentos sobre o tema, sustenta que o dispositivo constitucional que dá competência ao Supremo para declarar a inconstitucionalidade redonda esvaziado, na medida em que será objeto de nova apreciação e de “uma decisão política do Senado”, não lhe reconhecendo competência para apreciar o mérito da decisão e não podendo “recusar a suspensão”<sup>276</sup>. Segue a mesma linha de entendimento Tanya Kristyane Kozicki, que atribui caráter vinculado à atividade do Senado, nesta questão, bem como efeitos *ex tunc* à suspensão, não lhe sendo fixado prazo para isto e cabendo-lhe apenas suspender a execução da lei após verificados os requisitos constitucionais, mas

<sup>274</sup> BROSSARD, Paulo. BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, abr.-jun., 1976, 55/64, p. 56-7 e 64.

<sup>275</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 35.

<sup>276</sup> FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. Op. cit., p. 92

destaca que o “pronunciamento final acerca da constitucionalidade, a fiscalização concreta, cabe ao Poder Judiciário”<sup>277</sup>.

Necessário trazer-se à colação, ainda, o posicionamento de Lúcio Bittencourt, segundo o qual o Senado tem o *dever* de editar a respectiva Resolução prevista no texto constitucional, pois o “ato do Senado não é *optativo*, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, asseverando que

O objetivo do art. 45, nº IV da Constituição é apenas *tornar pública* a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter *suspensa a sua execução*<sup>278</sup>.

Com relação à origem da lei abrangida pela Resolução do Senado, deve-se incluir na expressão “lei” consignada no inciso X do art. 52, atos normativos dos três planos federados: federal, estadual, distrital ou municipal, como observa Clèmerson Merlin Clève<sup>279</sup>, entendimento de que comunga Ronaldo Poletti, que traz a lume a lição de Moreira Alves, para quem, a interpretação sistemática da Constituição leva à compreensão de que o termo “lei”<sup>280</sup>, nela posto no dispositivo que trata da matéria, “abrange qualquer das modalidades de norma jurídica (todas, aliás, leis em sentido formal ou em sentido material).”<sup>281</sup>

<sup>277</sup> KOZICKI, Tanya Kristyane. O Controle de Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos e a competência do Senado para suspender a execução daqueles declarados inconstitucionais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 17, Doutrina. 257-274, p. 273. Parece-nos, contudo, contraditória a afirmação de que o Senado somente “suspende a execução da lei” e, a seguir, dar-lhe efeitos *ex tunc*, o que significa entender que retirar a executoriedade é o mesmo que declarar a inexistência da lei, porque essa sim levaria ao efeito *ex tunc*.

<sup>278</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit. p.145-6.

<sup>279</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit. p. 120.

<sup>280</sup> Ver, para isto, PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 1946*. 2.ed., São Paulo: Max Limonad, 1953, v.II, p. 284; *Comentários à Constituição Federal de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. I. p. 87, e *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69*. Op. cit., p. 79.

<sup>281</sup> POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade* (,,,) Op. cit.p. 155-7, citando o parecer do Ministro Moreira Alves lançado no processo STF 4.477-72. Na mesma orientação, Rodrigo Lopes Lourenço, em *Controle da Constitucionalidade à luz* (....) Op. cit. p104-106.

Cabe ainda referir que não há prazo fixado para a deliberação do Senado<sup>282</sup>, não especificando o texto constitucional sobre isto, nem tampouco havendo previsão de sanção com relação à sua omissão, como sinala Clèmerson Merlin Clève, cujo posicionamento se adota, por todos<sup>283</sup>.

Por fim, destaca-se que a atuação do Senado se faz, tão-somente, no âmbito do *controle difuso* de constitucionalidade, não se efetuado para decisões do STF em ações de controle concentrado (via principal), sendo este o entendimento hoje dominante<sup>284</sup>, consolidado no art. 178 do Regimento Interno do STF.

Oportuno, ainda, para que se afastem eventuais dúvidas quanto à permanência da previsão constitucional quanto à atuação do Parlamento, através do Senado, no *controle político repressivo de constitucionalidade* referente, em especial, ao contido no inciso X do art. 52, que ele está em pleno vigor, até porque não foi objeto de manifestação contrária do STF, estando a norma hígida e apta a produzir seus efeitos, apesar de se reconhecer que não é utilizada. Todavia, Clèmerson Clève e André Tavares entendem que a permanência desse mecanismo consistiria em anacronismo, porque hoje o país adota não só o controle difuso de constitucionalidade, como o controle concentrado, cujas decisões têm eficácia *erga omnes*, à semelhança da disposição constitucional em exame<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> Ver, sobre isto, FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. Op. cit., p. 115. Todavia, a autora, ao negar efeitos retroativos à decisão do Senado, porque a lei perde sua eficácia, sua *executoriedade*, e embora o ato não se “confunda com a revogação, opera como ela, já que retira (...) a eficácia da lei ou ato normativo (...)” e não mais “pode ser considerada em vigor”. Op. cit. p. 205.

<sup>283</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit. p. 120, por todos, eis que, quanto a este aspecto, o entendimento é unânime.

<sup>284</sup> Como anota CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 231. Há posicionamento diverso, que estende a faculdade atribuída ao Senado para as decisões do STF proferidas em controle concentrado, como LÔBO, Paulo Luiz Neto. O Controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. *Revista de Informação Legislativa*, n. 106/ 37-54, o que nos parece totalmente inócuo, uma vez que aquelas decisões já possuem eficácia típica *erga omnes*.

<sup>285</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op., cit. p. 125; TAVARES, André Ramos. *Controle Difuso de Constitucionalidade nas Ações Coletivas*. Op. cit. p. 113.

A final, dá-se conhecimento de que tramita no Senado Federal projeto de Resolução, polêmico, de autoria do Senador Marco Maciel<sup>286</sup>, que dá nova redação ao art. 388 do Reg. Interno do Senado, para enfatizar o caráter *discricionário* da atuação da Câmara Alta no processo de suspensão de eficácia de leis consideradas inconstitucionais pelo STF, porque a redação do dispositivo regimental induziria à interpretação de que o ato do Senado é vinculado. Anacronismo, ou não, o fato é que isto demonstra que o dispositivo do inciso X do art. 52 da CF continua em vigor, podendo ser utilizado.

---

<sup>286</sup> Notícia extraída do *Jornal Valor Econômico*, de São Paulo, edição nº 1338. O projeto de Resolução está disponível no *site* do Senado Federal: <<http://www.senadofederal.org.br>>. Acesso em 2 set. 2005.

#### **4 PODER LEGISLATIVO E CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO REPUBLICANO E DA DEMOCRACIA**

Neste item, analisa-se o exercício pelo Poder Legislativo de atribuição própria (principal) fundamental para garantir o *povo no poder* – a República – e concretizar a democracia: o controle de contas dos gestores públicos, o que o faz por meio de órgão constitucional dele autônomo e independente – o Tribunal de Contas – em conformidade com o comando constitucional dos arts. 70 e segs., atividade/competência que representa, de forma explícita, a concretização do princípio da separação de *funções/poderes* do Estado, eis que trata do dever de mútua *fiscalização* cuja finalidade, neste caso, é não só evitar a concentração desses poderes mas, em especial, verificar se os demais “poderes” do Estado estão a gerir a *res publica*, quer sob o viés das decisões políticas que adotam, ou seja, por atos de *governo*, quer pela gestão da administração pública – atos de *gestão* – com a eficiência e eficácia necessárias ao cumprimento dos deveres que lhes foram atribuídos pelo povo, na Carta da República, de forma a realizarem a almejada democracia *substantiva* e, neste *iter*, concretizarem o princípio republicano e a democracia.

Como demonstrado nos itens anteriores deste capítulo, em especial no item 1, a separação de *funções/poderes* do Estado surge com o escopo fundamental de limitar o poder, que até o nascimento do *Estado de Direito* - sob o império da lei, cujo topo é a Constituição -, não possuía freios, uma vez que titulado pelo soberano absoluto, sistema que encontra no monarca anglo-saxão sua única exceção, decorrente da restrição deste poder absoluto por um Parlamento que, se diverso de sua estrutura atual, assegurava ao súdito do reino, já desde a Magna

Carta de 1215, razoáveis garantais legais de viver sob a *rule of Law*, o império do Direito, o *government of Law and not for men*<sup>287</sup>.

As formas de controle do poder são diversas, efetuando-se seja pela separação de funções do Estado, seja por se estabelecerem controles verticais e horizontais. Os *controles verticais* executam o controle com base na hierarquia em que se estrutura: órgãos superiores e subalternos. Os *controles horizontais* se processam de forma interna (controle interno), controle mútuo (interorgânico) e controle externo<sup>288</sup>, abrangendo este todos os entes controláveis: órgãos do poder e todos os demais agentes do poder estatal, efetuados por órgão externo aos controlados<sup>289</sup>.

E é nesta função de controle exercida por *órgãos e agentes* externos aos três Poderes que Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica as “grandes conquistas do constitucionalismo moderno”<sup>290</sup>, sendo assim instrumento para assegurar o Estado Democrático de Direito. Nestes órgãos-agentes externos de controle aos *poderes* instituídos incluem-se não só aqueles vinculados ao Estado, como os Tribunais de Contas, mas também os que representam a socie-

<sup>287</sup> Na expressão de ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos*. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Op. cit. p. 146. Tradução livre da autora desta monografia: “o governo para o Direito, não para os homens” (homens, no sentido de limite a privilégios pessoais).

<sup>288</sup> De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as *funções de controle*, sob o critério objetivo, podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas: “1. *controle de cooperação*”, que se efetiva pela interpenetração das funções de um Poder no outro, como se examinou acima, nos itens 1, 2 e 3 deste Capítulo; “2. *controle de consentimento*”, que consiste nos mecanismos de co-participação dos *poderes* do Estado em atribuições constitucionais, como o caso do Congresso, que deve ratificar os tratados firmados pelo Executivo (inciso I, art. 49 CF), “3. *controle de fiscalização*”, legítima representação do sistema de freios e contrapesos, da mútua fiscalização entre poderes, atribuído, no caso do Brasil, ao Poder Legislativo, que deverá legislar e fiscalizar; e “4. *controle de correção*”, cujo nome já indica que se trata da competência atribuída a um *poder* do Estado para “sustar ou desfazer atos praticados por outro”, caso do Poder Judiciário, quando revisa os atos administrativos, quer do Executivo, quer do Legislativo, aí incluídos os emanados dos Tribunais de Contas, bem como a atuação destes quanto sustam atos administrativos ilegais (inciso X do art. 71/CF). Em “Interferências entre Poderes do Estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988) 2. in *BDA*. Doutrina, Pareceres e Atualidades, junho/90, 331- 344., p. 337- 340.

<sup>289</sup> Ver, para isto, TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 20-1.

<sup>290</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ética e funções essenciais à Justiça no presidencialismo moderno. Subsídios para a revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 120, out.-dez., 1993, 67-82, p. 69.



dade civil, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, os órgãos de defesa do consumidor etc., configurados por aquele autor como *institutos mistos*, “a meio caminho entre a sociedade civil e a sociedade política”<sup>291</sup>.

A presença desses *corpos intermediários* é entendida, também, por Valentin Thury Cornejo<sup>292</sup>, como necessária para enfrentar os desafios que hoje se apresentam ao Estado Democrático, razão pela qual assevera que ditos *corpos intermediários* à tripartição clássica de *funções/poderes* é imprescindível para enfrentar a crise de sentido estrutural que afeta a sociedade contemporânea, impondo-se que se desenvolvam forças dotadas de competências suficientes para conter a “diáspora”, apontando como importante instrumento para alcançar este objetivo o fortalecimento dessas assim denominadas “instituições intermediárias”, que devem atuar na mediação entre as grandes instituições e os indivíduos e, através delas, permitir a coexistência do pluralismo e da necessária homogeneidade social.

Com efeito, controlar o poder é fundamental às instituições democráticas, e um dos principais instrumentos para isso é o controle das finanças públicas, que significa a constante vigilância na forma e eficiência como é gasto o dinheiro público. Não por outra razão, a pró-

---

<sup>291</sup> *Institutos mistos*, segundo o autor, porque “não são propriamente da sociedade civil, porque pertencem ao aparelho de Estado, sendo, nesse sentido, *órgãos públicos*. Tampouco são propriamente da sociedade política, porque não se subordinam à orientação *política* do Estado, senão que respondem predominantemente a regras *técnicas* de ação”, sendo tais *institutos* resultantes do fenômeno contemporâneo da multiplicação das *funções de controle* no “Estado pluriclasse, caracterizado pela multiplicação dos interesses e, por isso, dos centros de poder da sociedade”, que “têm surgido e se desenvolvido aceleradamente neste século (...) como resultado de três vetores (...): o desenvolvimento do conceito de *sociedade civil*, como consequência de sua própria existência, o da necessidade de mover-se *autonomamente* e de influir permanentemente nas decisões da sociedade política e a expansão da consciência da necessidade de existência de funções de controle de fiscalização e, mais particularmente, de *funções de controle* de correção”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 70-1.

<sup>292</sup> O que só se obtém, segundo o autor, através da interiorização, da conscientização dos membros da sociedade quanto aos valores essenciais que devem regê-la e utilizando os mecanismos necessários para tanto. CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division de Poderes Hoy*. Op. cit., p. 231-2.

pria Magna Carta já previa uma inspeção anual de finanças, prestadas mutuamente pelos “homens livres do Reino”<sup>293</sup>.

Não surpreende, assim, que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* inscreva em seu rol o direito de cada cidadão de fiscalizar as contas públicas e de exigir *contas a qualquer agente público da sua administração*<sup>294</sup>, até porque, a partir do momento em que o Estado deixou de ser propriedade do rei, passando a ser “coisa do reino (*res publica*)”<sup>295</sup>, os orçamentos públicos passaram a ser item de constante e contínua preocupação, a fim de se evitarem transgressões ao legítimo interesse público, como aponta Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>296</sup>, aduzindo:

Não há democracia efetiva sem cidadania responsável e participante. Não há república sem repúblicas atuantes solidariamente, de modo que as instituições cumpram as suas tarefas segundo o legítimo interesse que é conferido aos órgãos e entidades estatais<sup>297</sup>.

Como se vê, ao nascer o Estado de Direito, com *poderes* separados mas mutuamente controlados, também nasce o *direito/garantia* do cidadão de controlar os gastos públicos e de exigir a

---

<sup>293</sup> BRASIL. *Constituição*. Brasília. Senado Federal, 1988. Art. 59. In: FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição Brasileira*. Op. cit. v. 3, p. 1353.

<sup>294</sup> Id. *Ibid.*, p. 1362- 63, arts. XIV e XV da *Declaração*.

<sup>295</sup> Conforme J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “A colectividade política, a *res publica*, ergue-se a partir de uma filosofia política das liberdades e contra formas autocráticas ou pessoais de governo. Neste sentido, a República articula-se com a idéia de *democracia*, ao pressupor o acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos e a soberania popular como elemento legitimador do regime, contra bonapartismos (poder pessoal) (...). Por outro lado, a República transporta também dimensões político-culturais, essencialmente reconduzíveis à democratização da formação cívica, da cultura e do ensino. Com esta última intenção, o princípio republicano aproxima-se do princípio da democracia social e cultural.”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 88).

<sup>296</sup> Na expressão de ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. In: SOLENIDADE DE COMEMORAÇÃO DOS 70 ANOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS, Minas Gerais. Palestra. Minas Gerais: *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 56, n.3, 01:276, jul.-set.2005, p. 250-261.

<sup>297</sup> Id. *Ibid.*, p. 256.

prestação de contas do administrador público. Nada mais evidente para caracterizar o *governo de todos, do povo e para o povo*, afirmativa do princípio republicano e da democracia<sup>298</sup>.

No Brasil, foi sua primeira Constituição republicana, de 24/02/1891, que preservou a instituição<sup>299</sup> criada um ano antes, apesar de apenas no plano jurídico-formal, dispondo em seu art. 89, nas Disposições Gerais, *in verbis*:

É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros do tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão seus lugares por sentença<sup>300</sup>.

Ruy Barbosa, ardoroso defensor da criação, entre nós, de um Tribunal de Contas, assim justificou:

Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providencia que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes.

<sup>298</sup> Anotam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao comentarem o “princípio democrático” na Constituição portuguesa, que ele se aprofunda na “*democracia participativa* (art. 2º)” e “implica esquemas de organização e de procedimento que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de participar nos processos de decisão e exercer o *controlo democrático do poder* (arts. 2º, 9º, 112º)” (grifou-se). (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Op. cit, p. 77).

<sup>299</sup> Como aponta Maria do Céu Couto Moreira, no Brasil “há registros de formas mais ou menos sistematizadas de controle das contas públicas desde o período colonial. Nas Ordenações Manuelinas (1516) e Filipinas (1591), já constam orientações para o controle de contas. (...) À época do sistema de capitânicas hereditárias”, funcionavam como servidores representantes do Poder Real na arrecadação dos dízimos os feitores, almoxarifes e escrivães. “Mais adiante, em meados do século XVIII, (...) o Marquês do Pombal fez com que se criassem o Tesouro Geral e Real Erário e os Conselhos da Fazenda, centralizando a administração fazendária para que houvesse uma fiscalização de contas mais eficiente”. MOREIRA, Maria do Céu Couto. Os 70 anos da Corte de Contas de Minas Gerais: um bosquejo histórico. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXIII, n. 3, 2005, 23-34, p. 25. A tentativa de implementação das Cortes de Contas no Brasil prossegue quando, no século XIX, o Visconde de Barbacena e José Inácio Borges apresentaram ao Senado, em 1826, um “projeto de criação do Tribunal de Revisão de Contas, que teria sido estimulado pela criação da *Cour de Comptes* francesa, em 1807. Mas a proposta não foi acolhida pelo Senado, onde tinha muitos opositores que o consideravam “desnecessário”. Prossegue a luta para sua implantação, tendo como defensores e expositores ardorosos da idéia Ruy Barbosa e Serzedello Corrêa. Fonte: TAVARES, Flávio Germano da Silva. *O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Op. cit., p. 26. Ver também, sobre o desenvolvimento do controle de contas no âmbito mundial e no Brasil: CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: SOUZA, Alfredo José; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *et al.* *O Novo Tribunal de Contas*. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003, 131-145; XAVIER Adroaldo (org.). *Histórias do TCE*. Discursos de Posse. 1947 a 1968. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Memorial TCE, 2005, v. I.

<sup>300</sup> CAMPANHOLE ; CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. Op. cit. p. 717.

Refiro-me á necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover as necessidades públicas mediante o menor sacrifício dos contribuintes, a necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um *systema sadio*, economicamente, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes, que ousem perturbar-lhe o curso normal. (...)

Cumpra á república mostrar, ainda neste assumpto, a sua força regeneradora, fazendo observar escrupulosamente, no regimen constitucional em que vamos entrar, o orçamento fiscal<sup>301</sup>.

Elevado pela República à categoria de órgão constitucional, o Tribunal de Contas veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 1.166/1892 e instalado em 16/01/1893, com a presença de Innocêncio Serzedello Corrêa, autor, como Ministro da Fazenda do Governo Provisório, e já no limiar da República, da exposição de motivos do Decreto nº 966-a, que em 7 de novembro de 1890 instituiu, no Brasil, o Tribunal de Contas.

Sua criação, de forma concomitante ao advento da República, de per se demonstra o estreito liame entre o novo órgão de controle externo de contas e a *res publica*, surgindo do gênio de Ruy Barbosa com o objetivo de ser o instrumento para a fiscalizar os objetivos republicanos recém-implantados no país e a democracia. Como asseverava Araújo Castro, o “Tribunal de Contas é uma instituição da República”<sup>302</sup>.

Aliás, a indisfarçável índole democrática do Tribunal de Contas se revela quando, ao voltar-se os olhos à história política do país, se constata que nos períodos de maior vigor da democracia brasileira sobressaíam nos respectivos textos constitucionais suas atribuições e perfil. *Contrario sensu*, nos períodos de autoritarismo, perdiam sua força.

Assim ocorreu na Constituição de 1937, que delegou a organização do Tribunal de Contas (no âmbito federal, porque à época já existia também no plano estadual) à lei ordiná-

<sup>301</sup> BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal de 1891*. Op. cit., p.422-3.

<sup>302</sup> CASTRO, Araújo. *Manual da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro:Leite Ribeiro & Maurílio. 1918, p. 311.

ria, com isso permitindo sua manipulação ao sabor das conveniências governamentais. As Constituições de 1967 e 1969 (“Emenda 1”) restringem o papel do Tribunal de Contas, e a de 1967 abole, no plano da União, o registro prévio dos contratos (aqueles que interessassem à receita e à despesa) exigido pela CF/46, no §1º do art. 77, para que se considerassem “perfeitos”, implicando a recusa de seu registro pelo Tribunal de Contas em suspensão da execução do contrato até que se pronunciasse o Congresso Nacional. Exigia também a CF/46 a sujeição a registro, no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme o estabelecesse a lei, de qualquer ato da administração pública que resultasse em pagamento de obrigação pelo Tesouro Nacional ou à sua conta (§ 2º do art. 77/CF 46).

José Afonso da Silva<sup>303</sup>, ao comentar a restrição das atribuições dos Tribunais de Contas efetuada pelas CF/67 e CF/69, em contraponto à ampliação de suas funções levada a efeito pela Constituição democrática de 1988, registra que os Tribunais de Contas acompanham a posição conferida ao Legislativo no texto constitucional, de modo que se este está contido, sufocado pela redução de suas competências no regime autoritário, também aqueles Tribunais sofrem com mais intensidade esta constrição. Não por outra razão Ricardo Lobo Torres<sup>304</sup> sustenta o caráter *auxiliar* do Tribunal de Contas, mas *em relação à própria comunidade*, uma vez que a CF/88 ampliou a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos interesses difusos, de modo que passam a ampliar seu papel na concretização da “democracia social e participativa”<sup>305</sup>.

Pode-se, portanto, afirmar, que controlar os gastos públicos e a eficiente aplicação dos recursos hauridos do sacrifício tributário do contribuinte configura, também e sem dúvida,

---

<sup>303</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 637.

<sup>304</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. V 5, p. 358-9.

<sup>305</sup> TEIXEIRA, Flavio Germano de Sena. *O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Op. cit., p. 25-30.

*direito fundamental* do cidadão, conquistado desde o momento em que o controle da atividade financeira do Estado deixa de ser privativo do Executivo e é atribuído ao Parlamento<sup>306</sup>, ao qual, como representante do povo<sup>307</sup>, é delegada a competência de fiscalizar o manejo da receita pública, propondo seu adequado planejamento e dando ao cidadão<sup>308</sup> o direito de investigar as opções viáveis e de participar “na decisão de *como* e o *que* deve entrar neste planejamento”<sup>309</sup>, com isso melhorando a distribuição das receitas, viabilizando ainda à sociedade a escolha das políticas públicas<sup>310</sup> que melhor atendam ao interesse coletivo e permitindo concretizar/implementar, com maior celeridade e eficiência, a democracia substantiva.

A relevância do controle da ação estatal para a configuração – e manutenção – do Estado Democrático de Direito tem ampliado, de forma intensa, a atuação dos órgãos que a realizam, em especial dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, no caso do Brasil, tanto

---

<sup>306</sup> Assinala Javier Indalecio Barraza que a atividade de controle da receita pública encontra origem na Grã-Bretanha, sendo atribuição do Lorde Chanceler levar, em um saco de couro, estudo sobre as necessidades e os recursos com que contava o governo, passando após a designar documentos, nele contidos, que registravam os planos sobre as finanças públicas, apresentados ao Parlamento para sua aprovação, o que era impensável, em um primeiro momento, porque a monarquia, em cujas mãos estava a administração, não aceitava, por óbvio, a fiscalização do erário por seus súditos, através do Parlamento. BARRAZA, Javier Indalecio. *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 206-12.

<sup>307</sup> “Povo”, que não significa somente uma referência quantitativa contabilizada no dia da eleição, dando “legitimidade democrática ao processo de decisão”, como assinala Peter Häberle, caracterizando o povo também como “um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como *cidadão*”. (grifou-se). HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Op. cit., p. 37.

<sup>308</sup> Anota Friedrich Müller que “*Quanto mais* o ‘povo’ for idêntico com a população no direito efetivamente realizado de uma sociedade constituída, *tanto mais* valor de realidade e conseqüentemente legitimidade terá o sistema democrático existente como *forma*. E essa correlação conjuntiva ‘quanto mais...tanto mais’ implica que a aproximação das duas figuras ocorre por meio de gradações e tipificações, em correlação com as diferentes esferas funcionais: povo ativo, povo como instância de atribuição, povo-destinatário em oposição ao povo-icone”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia*. 2.ed. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 111.

<sup>309</sup> Como aponta DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p.62.

<sup>310</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO registra que a Constituição da Itália assimilou em seu texto esta concepção pluralista do Estado, apontando “passagem do acatado RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di Diritto Pubblico*. Op. cit., p. 14: ‘A tendência (...) é de conferir aos cidadãos que compõem a coletividade do povo um relevo jurídico distinto daquele conferido à organização estatal’, o que permite a existência de mecanismos de integração e de participação das coletividades ou ‘formações sociais’ de todo o tipo, como *verdadeiros sujeitos do Direito Constitucional*.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 48, n. 3, jul.-set. 2003, 15/78. SOUZA, Alfredo José; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *et al.* *O Novo Tribunal de Contas*. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p.43.

que hoje a vinculação dos dois órgãos a um “poder” de Estado é meramente institucional e se revela inapropriada, porquanto tais Tribunais, assim como o Ministério Público (“vinculado” ao Executivo), por sua total autonomia dos *poderes* aos quais estão ligados no sentido orgânico tão-somente, já se classificam, hoje, como os antes apontados *corpos intermediários* na estrutura clássica tripartite da divisão de *poderes/funções*<sup>311</sup> do Estado, como bem aponta a doutrina referida no item 1 deste Capítulo, a que me reporto.

Neste sentido, Castro Nunes, já em seu tempo, afirmava que o Tribunal de Contas é um “instituto *sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles”<sup>312</sup>; portanto, instituição *intermediária* entre poderes/funções de Estado.

Na mesma orientação, Jorge Miranda localiza o Tribunal de Contas e o Ministério Público em *zonas de fronteira* da separação de poderes, correspondentes a *funções complementares*, não se situando nem na “administração (Executivo), apesar de possuírem autonomia, nem na jurisdição, mas com essa mantendo íntima conexidade”<sup>313</sup>, situação também assinalada por Odete Medauar, que anota a dificuldade destas instituições serem inseridas entre as tradicionais funções do Estado porque não se enquadram em nenhum dos três poderes<sup>314</sup>, fe-

<sup>311</sup> A própria história demonstra que a *estruturação do poder do Estado* é dinâmica, vai-se adaptando e inovando para impedir a formação de “monopólios” ou “oligopólios” do poder político, de modo que o processo de organização do poder prossegue, no moderno constitucionalismo, e vão sendo criadas/atribuídas novas “funções específicas que passam a ser desempenhadas por órgãos, mas que não mais se incluem nos três complexos orgânicos que são denominados, por metonímia tradicional, de *Poderes*, porque exercem o que eram antes as únicas, mas hoje restam apenas como as mais importantes segmentações do Poder do Estado (ou dos “Poderes da União”, como está no art. 2º, CF). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre Órgãos constitucionalmente autônomos. Op. cit., p. 1.

<sup>312</sup> NUNES, Castro. *Teoria e Prática*. O Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 25.

<sup>313</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Op. cit., t. V, p. 15. Incluem-se nesta multiplicação de funções autônomas do Estado as novas formas de gestão da coisa pública, como as agências reguladoras, organizações sociais etc.

<sup>314</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. De acordo com a EC 19/98. Op.cit., p. 26.

nômeno igualmente apontado por Peter Häberle<sup>315</sup>, ao chamar a atenção para a multiplicação de funções do Estado em razão do crescimento da demanda de serviços que lhe cabe prestar,<sup>316</sup> o que tem levado ao surgimento, em vários Estados constitucionais, de “*tribunales de cuentas*” que em muito se aproximam dos tribunais, em razão de sua independência com relação aos demais órgãos e poderes estatais. (grifou-se).

Destarte, considerando-se as inúmeras atribuições hoje cometidas ao Estado por exigências da própria sociedade atual, renovada, pluralista, democrática, não há como se dissociar, para atendê-la de forma proporcional às suas crescentes demandas, de uma instituição de controle financeiro externo da gestão pública porque este é requisito indispensável para alcançar os objetivos postos pela coletividade.

A peculiar característica destes órgãos intermédios, autônomos em relação ao *poder* ao qual estão vinculados somente em caráter institucional, associada às várias formas e regimes de governos democráticos hoje existentes, implica diversificada localização dos órgãos de controle externo na estrutura do poder do Estado e, com isso, em diferentes modos de realização desse controle da receita/despesa pública, de modo que, na atualidade, pode-se agrupar sua efetivação, sob o aspecto formal, por três distintas modalidades:

1. Sistema italiano de Corte de Contas, dotadas de competências e garantias jurisdicionais similares à dos Tribunais de Justiça. A Constituição da Itália inclui entre os órgãos do Governo e também da Magistratura o Conselho do Estado e a *Corte de Contas*, dispondo em seus arts. 100 e 103:

---

<sup>315</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Op. cit., p. 204-5.

<sup>316</sup> Em função das transformações sociais pelas quais passou e continua a passar o Estado. Para isto, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. Op. cit., p. 44-52.



100. (...) La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito<sup>317</sup>.

La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo. (...)

103. (...) La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge<sup>318</sup>.

No caso do Brasil, tem-se um subsistema, originado do modelo belga, com vinculação ao Poder Legislativo, porquanto o Tribunal de Contas, dele independente e autônomo e a ele vinculado, na atualidade, apenas para fins institucionais, não possui competências jurisdicionais típicas do Poder Judiciário, mas judicialiformes.

2) Sistema francês, de “Cour de Comptes”, criada por Napoleão em 16/09/1807, que integra a administração pública, como o Conselho de Estado, por muito tempo dependente do Poder Executivo e, hoje, dotado de poderes judicantes, considerando-se que na França vigora o sistema da dupla jurisdição (administrativa e jurisdicional).

3) Sistema anglo-saxão, exercido pelo Auditor-Geral, submetido às Casas Legislativas<sup>319</sup>.

<sup>317</sup> ITÁLIA. *Costituzione Della Repubblica Italiana*. In: MUSSO, Enrico Spagna de. *Diritto Costituzionale*. Op. cit., p 673-702, p. 690. Na tradução livre da autora desta monografia: “100. A Corte de Contas exerce o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo, e também o sucessivo sobre a gestão do balanço do Estado. Participa, nos casos e na forma estabelecida pela lei, do controle sobre a gestão financeira dos entes que recebem contribuição do Estado, na via ordinária. Reporta-se diretamente às Câmaras (Legislativo) sobre o resultado da execução das contas. A lei assegura a independência dos dois Institutos (Conselho de Estado e Corte de Contas) e de seus componentes em relação ao Governo”. “103. A Corte de Contas possui jurisdição em matérias de contabilidade pública e em outras especificadas na lei”.

Spagna Musso, ao comentar a disposição constitucional da Corte de Contas, consigna que, ao mesmo tempo que é órgão auxiliar, é órgão jurisdicional, sendo órgão essencial para garantir os princípios próprios do Estado de Direito no âmbito da administração pública, destacando que a expressão “órgão de auxílio” não deve ser compreendida como subordinação perante qualquer órgão. MUSSO, Spagna. Op. cit., p. 654-5

<sup>318</sup> Sobre as competências da Corte de Contas italiana, anota Francesco Teresi: “Si tratta di un controllo di legittimità che si esercita in via preventiva su pochissimi atti espressamente individuati, mentre per il resto il controllo è successivo (interviene, cioè, su atti già efficaci)”. TERESI, Francesco. *Le Istituzioni Repubblicane*. Manuale di diritto costituzionale. Torino: G. Giappichelli, 2000.

<sup>319</sup> Como anota BARRAZA, Javier Indalecio. *Manual de Derecho Político*. Op.cit., p. 243-4.

Pode-se ainda distribuir, de forma sintética, os órgãos de controle da gestão pública em sistemas de *Tribunais* e de *Controladorias*, vinculados os primeiros ao Legislativo (como Holanda, Alemanha<sup>320</sup>, Bélgica, Japão, Brasil, Uruguai etc.), ou ao Judiciário (Grécia e Portugal<sup>321</sup>) e, os segundos, por *Controladorias*, vinculadas ao Legislativo<sup>322</sup> (EUA, Canadá, Inglaterra, Suíça, Austrália, Nova Zelândia etc.), ou ao Executivo (Paraguai, Bolívia, Cuba, Namíbia etc.) ou, ainda, independentes, não se vinculando a *Poder* do Estado (Guatemala, Porto Rico, Peru, Colômbia, Chile etc.)<sup>323</sup>.

Todavia, seja qual a modalidade adotada para fiscalizar as contas públicas, quer por Controladorias, quer por Tribunais de Contas, escolha que deve ser adequada à realidade político-social do Estado em que atuará<sup>324</sup>, o certo é que a existência deste controle se revela, atualmente, de importância cada vez mais acentuada para os Estados democráticos, cuja legitimidade depende também da efetiva fiscalização de sua atividade financeira, para identificar se os órgãos estatais e seus dirigentes estão atuando, realmente, em favor dos cidadãos, e é isto

<sup>320</sup> A Lei Fundamental da Alemanha prevê, no nº 2 do art. 114º: “(2) O Tribunal Federal de Contas, cujos membros gozam de independência da magistratura, examina as contas bem como a eficiência econômica e a regularidade da gestão orçamental e econômica. O Tribunal Federal de Contas deve informar direta e anualmente, para além do Governo Federal, o Parlamento Federal e o Conselho Federal. Mais algumas competências do Tribunal Federal de Contas são reguladas por lei federal.”. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. No original: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck'sche, 1993, p. 86-7.

<sup>321</sup> O Tribunal de Contas de Portugal está inscrito, na Constituição Portuguesa, na relação de Tribunais do País, conforme o nº 1, c, de seu art. 211, dispondo ainda o art. 216, nº 1: “O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e do julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe (...)”. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (Orgs.). *Constituição da República Portuguesa*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 114 e 116.

<sup>322</sup> No sistema inglês, existe o *comptroller and auditor general* - Controlador e auditor-geral), alta autoridade independente do *Gabinete*, cabendo-lhe efetuar relatório, ao Parlamento, das contas públicas que verifica. Os Estados Unidos da América possuem um *General Accounting Office*, que verifica a correção das contas prestadas pelo governo e submete o relatório sobre elas realizado ao Congresso. Ver, para isso, ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 380-1.

<sup>323</sup> RIBEIRO, Jorge Brown. Apud FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*. Jurisdição e Competências. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 138.

<sup>324</sup> Ver, sobre isto, Cezar Saldanha Souza Jr., que afirma: “(a) uma organização institucional tecnicamente inadequada e incapaz de responder, satisfatoriamente, às demandas da Comunidade e de superar, pacificamente, os conflitos políticos: e (b) essa incapacidade anula as chances de um *consensus* na Comunidade que sustente a legitimidade democrática, facilitando, assim, o caminho das opções autoritárias. SOUZA JR, Cezar Saldanha. *Consenso e Democracia Constitucional*. Op. cit., p. 115-6.

que caracteriza a essência democrática do controle externo de contas e o torna “órgão inerente ao Estado Democrático de Direito”<sup>325</sup>.

Roberto Dromi, ao analisar o momento atual dos mecanismos de controle e do poder estatal de que dimanam, posiciona-se no sentido de que, hoje, a necessidade social de processos de fiscalização como instrumento de proteção dos direitos não provém do poder “omnímodo” do soberano sobre seus súditos, mas das próprias alterações havidas na sociedade, alertando para o fato de que, ante as grandes transformações sociais, culturais, econômicas que nela se produzem, é necessário que se pense em transformar os organismos de controle para melhorá-los o desempenho e, assim, manter-se a confiança da cidadania nos órgãos de fiscalização<sup>326</sup>.

Comunga desse entendimento Juarez Freitas, para quem o controle direto efetuado pela sociedade está a serviço do princípio da eficiência, não mais se destinando apenas ao objetivo de colocar limite às ações discricionárias dos agentes públicos<sup>327</sup>.

E assim é. Aqueles que recebem da Constituição competência para cuidar da *res publica*, seja por *atos de governo* – decisões políticas – seja por *atos de gestão* – administração da *res publica* – são responsáveis *personais* pela forma como exercem essa competência, que lhes foi delegada pelo povo na Carta da República, responsabilidade jurídica de não só cumprirem com os preceitos e princípios constitucionais e legais que são obrigados a observar no exercício de seus misteres mas, também, responsáveis por adotarem as melhores decisões políticas (atos de gover-

---

<sup>325</sup> MILESLKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: Natureza, Funções e Perspectivas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, v.22, n. 37, 1-sem. 2005, 309- 323, p. 316.

<sup>326</sup> DROMI, Roberto. *Modernización del Control Público*. Op. cit., p. 77-9.

<sup>327</sup> Juarez Freitas, que também afirma haver estreita relação entre o “princípio da democracia e o princípio da transparência, devendo a lei orçamentária ser tida como viciada se faltar uma participação popular mínima nas fases de discussão e de elaboração”. FREITAS, Juarez. O Princípio da Democracia e o Controle do Orçamento Público Brasileiro. *Revista Interesse Público*. Especial. Responsabilidade Fiscal, ano 4, v. especial. 1:24, p. 23.

no) na condução do interesse público e de executá-los (atos de gestão), da forma que lhes dê a maior eficácia possível, o que corresponde à *gestão eficiente* da coisa pública.

Este é seu dever, cujo cumprimento deve ser fiscalizado pelos órgãos de controle externo de contas, a quem deverão prestar ditas contas das respectivas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional (*caput* do art. 70 da CF). Aí reside a imbricação do *princípio republicano* com o controle externo das contas das *funções/poderes* do Estado, de responsabilidade do Poder Legislativo, através do órgão constitucionalmente designado para o executar: para o Brasil, os Tribunais de Contas.

Como afirma o Ministro Carlos Ayres Brito,

É essa responsabilidade jurídica pessoal (*verdadeiro elemento conceitual da República enquanto forma de governo*) que demanda ou exige, assim, todo um aparato orgânico – funcional de controle externo. E participando desse aparato como *peça-chave*, os Tribunais de Contas se assumem com órgãos impeditivos do desgoverno e da *desadministração*. (grifou-se).

O desiderato constitucional é esse. Se, na prática, os Tribunais de Contas ainda não corresponderam à confiança da gloriosa *Lex Legum* de 1988, trata-se de distinção ou defecção que urge corrigir. Tal como se deu no âmbito do Ministério Público, instituição que, zelosamente guardada pela Constituição, da Constituição cuida com um tipo de zelo que mais e mais desperta na consciência coletiva toda a admiração e todo o aplauso<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> BRITO, Carlos Ayres de. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos M.; NÓBREGA, Marcos (orgs.). *Administração Pública*. Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002, 97-109, p. 109.

### **CAPITULO III**

## **TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E CONTROLE MONISTA/DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

## INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO III

No Capítulo III, último desta tese, enfoca-se a atuação dos Tribunais de Contas no Brasil e suas implicações com o controle de constitucionalidade. Para tanto, especificam-se suas competências constitucionais e legais, explícitas e implícitas, que lhe são cometidas para realizar sua tarefa de fiscalização das *Funções/Poderes* do Estado, inclusive do próprio Legislativo, ao qual se vincula para fins meramente institucionais, sem qualquer subordinação. Examina-se, também, e este é o núcleo desta tese, a natureza das decisões que profere, no estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, referentes à análise de conformidade legal dos atos administrativos sob sua fiscalização, os quais, se apurada sua inconstitucionalidade, implicam em decisões dos Tribunais de Contas pela negativa de sua executoriedade, com a conseqüente negativa de executoriedade, também, das leis e atos normativos que os fundamentam, o que leva a exame quanto à natureza de tais decisões e se configuram, ou não, controle difuso repressivo de constitucionalidade, bem como os limites da ação das Cortes de Contas nesta matéria, nos termos da Constituição e da orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, examinam-se também os efeitos decorrentes dessas decisões dos Tribunais de Contas, circunscrevendo seu âmbito e analisando questões referentes à *validade e eficácia* das normas tidas por inconstitucionais e sua implicação com o exercício do controle de constitucionalidade monista/difuso de normas jurídicas, de competência do Poder Judiciário, o que leva à análise, final, do princípio constitucional da jurisdição una e suas in-

terligações com a atuação das Cortes de Contas, colacionando-se ainda julgados de nossos tribunais demonstrativos de seu entendimento sobre a matéria.

## 1 TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL: *CUSTODES IN NOMINE POPULI* (GUARDIÕES EM NOME DO POVO)

Neste item, examinam-se as atribuições/competências constitucionais dos Tribunais de Contas no Brasil, especificando-as, bem como as diferentes espécies de decisões que emite e seus efeitos, variáveis de acordo com o tipo de atribuição que exerce. Aponta-se, ainda, a ampliação dos encargos cominados às Cortes de Contas pela CF/88, a que se acresce a que recentemente lhes foi atribuída pela Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – incumbindo-lhes de fiscalizarem seu cumprimento pelos gestores da coisa pública, o que os transforma em seus legítimos guardiões e co-responsáveis da implantação, determinada na lei, de reformulação do agir da administração pública, para modernizá-la e adequá-la às exigências dos novos tempos, através do planejamento de sua ação, objetivando a legitimidade, eficiência e eficácia da gestão da *res publica*, reivindicação de há muito reclamada pela sociedade brasileira.

Por inspiração de Ruy Barbosa, o Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, criou o Tribunal de Contas, “destinado a fiscalizar os atos do Poder Executivo suscetíveis de estabelecer despesas ou interessar às finanças da República (art. 2º) e julgar as contas de todos os responsáveis por dinheiros públicos, qualquer que fosse o Ministério a que pertencesse”<sup>329</sup>. Nesta condição, era órgão de fiscalização do Poder Executivo, não *órgão do* Executivo, porque órgão de *auxílio* do Poder Legislativo.

É célebre a expressão cunhada por Ruy para designar a natureza do então recém-criado Tribunal de Contas:

---

<sup>329</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 1946*. Op. cit., p. 335.



(...) *corpo de magistratura intermediária* à administração e à legislatura, que, collocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaesquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato apparatuso e inútil. (grifou-se)

Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala entre nós, em vão, desde que neste paiz se inauguraram assembléas parlamentares.

(...) A Republica Presidencial, a este respeito, não nos dará condições mais favoráveis, não tem, no seu organismo, elementos superiores para a consecução desse resultado, que nenhuma fôrma de Governo se poderá jamais obter, no paiz que não souber dotar-se com essa instituição robusta e preservadora<sup>330</sup>.

Já a CF/1934 modificou-lhe a competência, elevando-o a *órgão de cooperação nas atividades governamentais* de modo que, como registra Pontes de Miranda, o antigo Tribunal de Contas, cuja formatação original era mantida, recebeu mais uma atribuição: “*julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos*” (*caput* do art. 99, CF/34)<sup>331</sup>. Com este acréscimo, ficou acentuado o “*elemento judiciário*” que ele já possuía, deixando de ser órgão cooperador do Executivo e restando um vácuo para definir, afinal, a qual poder pertencia, como assinala Pontes de Miranda ao indagar:

<sup>330</sup> Barbosa, RUY. *Commentários à Constituição Federal de 1946*. Op. cit., p 427. Ardoroso defensor do controle, por órgão próprio, das contas públicas e da execução orçamentária, como um todo, estabelece comparações entre os então já existentes Tribunal de Contas da Itália e a *Cour de Comptes* francesa, reportando-se, para isto, às palavras do Ministro das Finanças da Itália, proferidas no Senado italiano em março de 1862, *in verbis*: “Se ha cousa, que contenha os administradores no declive de actos arbitrários, (...) que nos iniba de ceder a postulantes importunos (...) e transbordar os recursos facultados pelo orlamento, é o spectro do Tribunal de Contas”. Ainda, indignado com a atuação do Governo Provisório de 1890, ataca o Executivo porque este tenta diminuir as funções do Tribunal, afirmando que no Brasil o Executivo nunca se acostumara ao freio que naqueles países era-lhe imposto, tanto que, se pudesse, o teria extinguido, afirmando com sua conhecida combatividade: “Mais de uma vez a firmeza dessa magistratura salvadora foi energeticamente argüida pelos Ministros de anarchica, rebelde, conspiradora, inspirada em sentimentos suspeitos à ordem actual, incompatível com as necessidades da administração. Se bastasse uma ponta-pé legislativo, para acabar com esse trambolho, a pobre entidade constitucional muito ha que teria, talvez, caído a uma bem applicada gambéria do Governo omnipotente (...) As necessidades intimas do Estado, os seus apuros domésticos, os eus negócios de alta reserva não podiam ficar sujeitos, num país onde o ideal republicano oscilla entre Rosas e Porfírio Dias, ao contraste inquisitório dessa *invenção metediça e arrogante*. Dizem que Deus dá a lã conforme o frio. Contra as intempéries daquela *curiosidade odiosa* era preciso um resguardo efficaz. Não tardou em se descobrir. Contra o Tribunal de Contas se deparou, afinal, o Banco da Republica.” (grifou-se) Op. cit., p.436-447. Ver, também, CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Comentada. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, [s.d.], ao comentar quanto à má-vontade política e administrativa contra os Tribunais de Contas: “Mas a função, de si mesma austera, correctoria e meticulosa, do tribunal de contas é de natureza a gerar contra elle malquerenças, antipathias e desforços.” (p. 361).

<sup>331</sup> CAMPANHOLE & CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. “CF/1934”. Op. cit., p. 655.

A que poder pertencia o Tribunal de Contas de 1934? Era órgão coordenador? Podia ter sido concebido como tal, porém não o foi. (...) Era órgão do Poder Executivo? Não. Fiscalizava o Poder Executivo.(...) Era órgão do Poder Judiciário? A composição dele era, não havia dúvida, a de órgão do Poder Judiciário (art. 100, parágrafo único). Não estava, porém, compreendido na expressão ‘tribunais federais’ dos arts. 70, § 1º (...) Era órgão do Poder Legislativo? Em parte: as suas atribuições de 1891, que conservava, eram de órgão auxiliar do Poder Legislativo (...) mas a que se lhe acrescentou em 1934 o fez órgão auxiliar do Poder Judiciário: julgava contas dos funcionários (...). Era órgão do Poder Judiciário, *sui generis*, órgão, também, *sui generis* do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação de poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da tripartição<sup>332</sup>.

Mas a indagação quanto à real natureza do Tribunal de Contas prosseguiu a cada Constituição editada: assim, ainda que a CF/37 o tivesse deslocado para um plano secundário, manteve-lhe a função de *judgar*, já reconhecida na CF/34, função ratificada na CF/46, reafirmando Pontes de Miranda que a *função judiciária* do Tribunal de Contas, que já se lhe reconhecia nas CFs 34 e 37, era “*elemento de classificação*” que ratificava e, mesmo que a CF/46 o designasse como órgão (auxiliar)<sup>333</sup> do Poder Legislativo, assevera que a *função de julgar* permaneceu, de modo que o classifica, no plano material, como “*corpo judiciário*”, no formal, como “*corpo auxiliar do Congresso Nacional*”<sup>334</sup>.

Com relação à CF/67, apesar da restrição de competências do Tribunal de Contas por ela levada a efeito, ainda assim manteve Pontes de Miranda a afirmativa de que sua *função judicialiforme* diminuíra, porém não intensamente, tanto que continuaria *julgando*<sup>335</sup> da regularidade de contas dos administradores e demais responsáveis (art. 71, §§ 4º e 5º)<sup>336</sup>, passando a vinculá-lo ao Poder Legislativo. A mesma posição se mantém na redação da CF/69, asseverando o insigne jurista que tanto são atos de *julgamento* os referentes ao exame da legalidade

<sup>332</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 1946*. Op. cit., p. 338.

<sup>333</sup> Ver, sobre isto, MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. *R. Inf. Legisl*, ano 30, n. 119, jul.-set. 1993, 255-269, p. 260.

<sup>334</sup> Id. *Ibid*.

<sup>335</sup> Id. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. Op. cit., t. I, p. 252-3.

<sup>336</sup> Id. *Comentários à Constituição Federal de 1967*, com a Emenda 1/69. Op. cit., p. 261.

de aposentadorias, reformas e pensões (art. 72, § 7º), quanto o “julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis (...)”. (art. 70, § 4º, CF/69)

Por sua vez, Seabra Fagundes não vê nos Tribunais de Contas o exercício de função judicante, ainda que o texto constitucional (CF/69) empregue a expressão *julgar*, limitando-o ao exercício de atribuição *administrativa*, mesmo quando *julgasse* atos de concessão de aposentadoria e reforma, o que o faz porque a CF então vigente concedia ao Presidente da República o poder de “fazer executar ato suspensivo por determinação da corte, devolvendo a solução da matéria ao Congresso Nacional” (art. 72, §§ 8º e 9º), arrematando, contudo:

Ao Tribunal de Contas se delega a apreciação jurisdicional de certas situações individuais (as dos responsáveis por valores patrimoniais da União) , mas tão-somente no concerne ao aspecto contábil, *embora com reflexos nas órbitas penal e civil*<sup>337</sup>. (grifou-se)

Castro Nunes, ao exame da natureza da atividade do Tribunal de Contas, a ele se refere como *jurisdição contenciosa* na tomada de contas dos responsáveis “para com a Fazenda Pública” e, ao comentar as diversas posições sustentadas sobre a questão, que ora lhe atribuíam a condição de “tribunal judiciário”<sup>338</sup>, ora situando-o fora do Judiciário, atribui-lhe a condição de

---

<sup>337</sup> SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 139-141. Ver também Odete Medauar, ao asseverar que a letra da CF, quando consigna os “vocábulos *tribunal* e *julgar as contas*, usados ao se tratar desse agente controlador, não implicam a natureza jurisdicional de suas funções”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Op. cit. p. 438. Ver também, a classificação de Marcello Caetano sobre os Tribunais, definindo o Tribunal de Contas de Portugal como Tribunal Administrativo. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Op. cit., t. II, p. 669.

<sup>338</sup> Refere Castro Nunes que o definiam como “tribunal judiciário” João Mendes, sob a Constituição de 1891, e o Ministro Rubem Rosa, do STF, que o considera como “instituição mista, ainda que predominantemente judiciária”. Contra, o Ministro Pedro Lessa, no STF, que negou, inclusive, qualquer “caráter decisório às sentenças do Tribunal de Contas na Tomada de Contas”, com o que, afirma Castro, “desconheceu-lhe uma função que lhe é inerente e por isso mesmo implícita no dispositivo constitucional”. NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Op.cit., p.21-3.

*instituto sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles. (...)grifou-se.

Não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias administrativas que funcionam como órgãos subordinados ao Poder Executivo. Por isso mesmo a Constituição o institue com o caráter de uma verdadeira *magistratura*, equiparando os seus membros, para o efeito das garantias da função, aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Mas não basta isto para situá-lo no Judiciário. Se o instituto está entre os poderes, é que a nenhum deles pertence propriamente, nem ao Judiciário, nem à administração como jurisdição subordinada, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém maiores afinidades.

As câortes de contas não são delegações do Parlamento, são *órgãos autônomos e independentes*. Mas existem em função da atribuição *política* dos parlamentos no exame das contas de cada exercício financeiro. É esse, na teoria do instituto, o traço fundamental<sup>339</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assenta que a *função geral* do Tribunal de Contas é auxiliar o Congresso Nacional no controle externo sobre a atividade financeira e orçamentária da União, na forma do disposto no art. 71, *caput* e inciso I. Quanto ao *status* da Corte de Contas, entende-o “assimilado aos tribunais judiciários no tocante às garantias de sua independência”, registrando, contudo, seu vínculo com o Legislativo. Em função deste *status*, exerce também as competências atribuídas ao Poder Judiciário, no art. 96 da CF, de modo que lhe cabe organizar seus serviços, com autonomia, além de seus ministros gozarem das mesmas prerrogativas da magistratura<sup>340</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto é contundente ao afastar do Tribunal de Contas a condição de órgão de segundo plano, secundário na estrutura estatal, negando a “falácia, que equivocadamente se tem apregoadado, sustentada numa pobre exegese filosófica, a de que o Tribunal de Contas seria um *órgão auxiliar* do Poder Legislativo”, o que o tornaria dele inte-

<sup>339</sup> NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Op. cit. p. 25-6. Do mesmo autor, ver também *Da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

<sup>340</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 139.

grante, porque a expressão *auxílio* não tem qualquer sentido de *subordinação*, mas de *cooperação entre entes independentes*<sup>341</sup>.

A polêmica, contudo, continua e, com a promulgação da CF/88, que ampliou as atribuições cominadas aos Tribunais de Contas, permanece imutável sua situação entre os poderes do Estado já traçada, de início, por seu mais ardoroso defensor, Ruy Barbosa, que o define como “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura”<sup>342</sup>, já então ante-endo o que hoje se tem como certo: que existem órgãos intermediários entre aqueles que integram a tripartição clássica de *funções* do Estado, que se vinculam a um deles apenas em caráter institucional, mas a eles não se subordinando (caso dos Tribunais de Contas), como já se examinou no Capítulo II, anterior, nos itens 1 e 4, a que me reporto.

Todavia, a Constituição Federal de 1988, de índole democrática, não só restaura competências atribuídas às Cortes de Contas que lhes haviam sido suprimidas em Cartas autoritárias, como as 1967 e 1967, o que bem demonstra a simbiose entre democracia/desenvolvimento do controle de contas públicas, já analisada no item 4 do Capítulo II, antes referido, como fortalece a instituição Tribunal de Contas, ampliando sua esfera de competência, como o reconhece inclusive o Supremo Tribunal Federal ao acolher, por unanimidade, o

<sup>341</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionais autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas do Brasil. Op. cit., p. 21. O autor reafirma sua posição ao assinalar que os Tribunais de Contas no Brasil são órgãos constitucionalmente autônomos, sendo um “nítido exemplo de órgãos dotados de autonomia constitucional”. Do mesmo autor: Os Tribunais de Contas e a Sociedade. *Revista TCMRJ*, n. 25, dez. 2003, 61-67. Do mesmo autor, igualmente ver: Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século - o Caso Brasileiro: Op. cit.. Do mesmo autor, ainda, In: ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. Palestra. *ATRICON, A Real Interpretação da Instituição Tribunal de Contas*, p. 11-29. Ver, ainda, BRITO Carlos Ayres. In: ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. Palestra. *ATRICON, A Real Interpretação da Instituição Tribunal de Contas*, p. 29-54. Ver, ainda, FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Limites do Poder Fiscalizador do Tribunal de Contas e do Estado. *RTCE-RS*. 17(30) 115- 169, 1º sem. 1990, 143- 161, p. 143; A Ação do Controle. *RTCERS*. 15(26) 107- 134, 1º sem. 1997, 127-131; A Validade dos Tribunais de Contas como Instrumento de Controle. *Interesse Público*, 8-2000, Controle Externo, 183-187; *Tribunais de Contas do Brasil*. Jurisdição e Competência. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

<sup>342</sup> BARBOSA, Ruy. *Commentários (...)*. Op. cit. p. 427. Ver, também, LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres*. Direito Público. Porto Alegre: Sulina, 1963.

Voto do Ministro Celso de Mello, Relator da ADIn nº 215-PB, julgado pelo Plenário em 07/06/90, cuja Ementa (Medida Liminar) consigna:

Ação Direta de inconstitucionalidade (...) Divergência com o modelo federal.(...)

Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa Instituição surgida nos albores da República.

A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância<sup>343</sup>.

De fato, a CF/88 ampliou, com intensidade, os *deveres/poderes* dos Tribunais de Contas, localizando-o, na *Organização dos Poderes* (Título IV), no Capítulo I – Do Poder Legislativo – regulando-o na *Seção IX*, que trata da *Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*, consignando o *caput* do art. 70 que o *controle externo de legalidade, legitimidade* (que inclui a *moralidade*<sup>344</sup> do ato) e *economicidade* será efetuado pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, na forma disposta nos arts. 70 a 75, de cujo teor se constata a ampliação de sua esfera de atuação, inclusive mediante inserção de um par. único ao art. 70, efetuada pela EC /19, de 1998, segundo o qual devem as Cortes de Contas proceder à fiscalização não só dos entes da administração direta e indireta, mas também de *qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada*, que utilize dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o ente estatal (no caso da CF, a União), deva responder<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 215-PB, STF. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 132, jun. 1990, p. 1034-1037.

<sup>344</sup> Ver, sobre Moralidade e Tribunais de Contas: FERRAZ, Sergio: O Tribunal de Contas e a Moralidade Administrativa. *RTCERJ*, ano 19, n. 40, 1-328, abr.-jun. 1998, 265-271.

<sup>345</sup> Ver, sobre as competências conferidas pela CF/88 aos Tribunais de Contas, o exame individualizado das atribuições cominadas às Cortes de Contas brasileiras efetuado por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. Op. cit., p. 56-61.

Como bem aponta Helio Saul Mileski, a ampliação das competências dos TCs efetuada pela CF/88 filiou-o a um “modelo mesclado entre o italiano e o francês”, segundo alguns, e, para outros, a forma de que mais se aproxima é a da “Corte de Contas francesa”<sup>346</sup>, sem que haja uniformidade nesta classificação.

De destacar, também, ter a CF/88 deixado claro que, junto aos Tribunais de Contas, atua um Ministério Público dito *Especial* ou Ministério Público de *Contas*, especializado nas matérias-objeto da atuação dos Tribunais de Contas, na dicção constitucional *Ministério Público junto ao Tribunal de Contas*, como previsto no art. 130 da CF, que é ao mesmo tempo independente do Ministério Público comum e da própria instituição Tribunal de Contas, embora atue nela e esteja previsto em sua estrutura, o que lhe garante a máxima independência funcional.

Como atribuições principais dos Tribunais de Contas, às quais correspondem competências explícitas e implícitas<sup>347</sup> necessárias para que possa executá-las, destacam-se: efetuar a fiscalização *contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à *legalidade, legitimidade, economicidade*<sup>348</sup>, aplicação das subvenções e renúncia de receitas; auditar contas de *qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos* ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária, sendo esta última incumbência acrescida pela EC 19, de 4/6/98,

---

<sup>346</sup> MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 196.

<sup>347</sup> Ensina Jorge Miranda que a competência vem da norma e não se presume, mas pode ser explícita ou implícita, não havendo diferença de “natureza entre poderes explícitos e implícitos; há somente diferença de grau de leitura”, não podendo, contudo, “poderes implícitos de um órgão brigar com os poderes – explícitos e implícitos de quaisquer outros. E também aqui a interpretação tem de ser sistemática, levando a conjugar a interpretação de qualquer preceito definidor de competências com, pelo menos, os restantes preceitos que prevêm competências dos demais órgãos”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Op. cit., p. 3.

<sup>348</sup> Sobre estes três princípios, ver TORRES, Ricardo Lobo: O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 121, jan.-mar, 1994, 265-271.

de extrema relevância, visto que ampliou a confiança/prestígio depositados pelo constituinte originário nos TCs de modo a permitir-lhes fiscalizar qualquer entidade que utilize patrimônio público, de qualquer natureza, o que viabiliza às Cortes de Contas realizarem fiscalização, também, em entidades “de fachada”, ou seja, aquelas que se acobertam sob o rótulo de entidades privadas, para não serem fiscalizadas, mas tratam-se, em verdade, de entes públicos utilizados de forma indevida para desvio de recursos públicos, o que ocorre freqüentemente com fundações ligadas à área da saúde e educação, com consórcios públicos, com os contratos de parcerias com as Oscips (Organizações da Sociedade Civil), recentemente regulados em lei etc.

Incumbe-lhes, também, *apreciar* as contas prestadas anualmente pelo *Presidente da República, mediante parecer prévio*, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; 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; *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; 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; (...); *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado*, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, detalhando o § 1º do art. 71 que, nos casos de contrato irregulares, sua sustação será procedida diretamente pelo Congresso. Este requererá ao Executivo a adoção das medidas cabíveis e, se nem um nem outro nada efetivar no prazo de noventa dias, caberá aos Tribunais



de Contas decidir, sobre a questão. Nesta competência “devolvida” aos TCs, Diogo de Figueiredo Moreira Neto vê o exercício de atividade de natureza política, típica de exercício de “poderes de soberania, em face dos Poderes Legislativo e Executivo”<sup>349</sup>. A CF/88 conferiu, ainda, eficácia executiva às decisões dos TCs que impliquem imputação de débito ou multa (matérias disciplinadas pelos arts. 70 e 71 da CF).

Quanto aos membros que compõem os TCs, a CF estatui no art. 73 que o TCU, com jurisdição nacional, será integrado por nove Ministros que terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e que os auditores, que os substituem, terão as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Os Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e os Conselhos de Contas municipais devem regular-se, de acordo com o disposto na CF, na conformidade das normas postas nos arts. 70 a 75, inclusive, da CF, cabendo às Constituições Estaduais disporem sobre a organização de seus Tribunais de Contas, que deverão ser integrados por sete *conselheiros*<sup>350</sup>.

Em síntese, nos termos da CF/88 em vigor, compete aos Tribunais de Contas o dever de: *apreciar as contas* prestadas anualmente pelo Presidente da República, emitindo o respectivo Parecer, cujo julgamento é político, porquanto é da competência do Congresso Nacional, nos termos do inciso IX do art. 49 da CF; para os Governadores, o julgamento é feito pelas

---

<sup>349</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. Op. cit., p. 61.

<sup>350</sup> Texto da Constituição Federal extraído do site: <<http://www.tcu.gov.br/portal/Normas>>; acesso em 26 abr. 2006.

Assembléias Legislativas dos Estados, nos termos de suas respectivas Constituições (na CE/RS, inciso III do art. 53) e para os Prefeitos, é efetuado por suas Câmaras de Vereadores, § 2º do art. 31 da CF, segundo o qual o Parecer Prévio emitido pelo Tribunal de Contas respectivo só deixa de prevalecer por decisão de dois terços dos membros daquela Casa legislativa); *julgar as contas* dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; *apreciar a legalidade dos atos* de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares (excetuados os cargos em comissão, de livre nomeação); *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado*, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (no âmbito dos Estados, a comunicação é feita às respectivas Assembléias Legislativas); *apurar denúncias* apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais.; *aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos*.

Ainda, e em conformidade com as normas constitucionais que regem sua organização, o Tribunal de Contas da União, os dos Estados e do Distrito Federal, e os dos Municípios, ainda existentes (eis que vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais a partir da CF/88), têm sua estrutura, competências/atribuições reguladas em suas respectivas Constituições, Leis Orgânicas e Regimentos Internos, estipulando ainda o par. único do dispositivo que os Conselheiros, nos Estados, serão em número de sete.

O TCU tem, assim, sua atuação regulamentada em sua Lei Orgânica e Regimento Interno, respectivamente Lei nº 8.443, de 16/07/92<sup>351</sup>, e Resolução nº 155, de 04/12/02<sup>352</sup>.

<sup>351</sup> Transcrevem-se, a seguir, alguns dispositivos da *Lei Orgânica do TCU*, para melhor compreensão de suas atribuições: Natureza, competência e Jurisdição: CAPÍTULO I: Natureza e Competência: 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 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, (...);*

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; (...).*

§ 1º *No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.*

§ 2º *A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejudicamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.*

Jurisdição (...) Art. 5º *A jurisdição do Tribunal abrange:*

I - *qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária;*

II - *aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; (...)* (grifou-se)

Ainda, no âmbito do Tribunal de Contas da União, incumbe-lhe fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais; emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas realizadas sem autorização; prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas; fixar os coeficientes dos fundos de participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras municipais. Disponível em: <[http://www2.tcu.gov.br/portal/Normas e jurisprudência](http://www2.tcu.gov.br/portal/Normas_e_jurisprudencia)>. Legislação básica. Acesso em 26 abr. 2006.

<sup>352</sup> A atuação do TCU é também regulada por seu Regimento Interno, a Resolução nº 155, de 4/12/02<sup>352</sup>, da qual destacamos os dispositivos a seguir elencados, que demonstram as atividades que exerce para o cumprimento das atribuições/deveres que lhe foram cominados pela CF/88: NATUREZA E COMPETÊNCIA:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:

I - *julgar as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, de acordo com os arts. 188 a 220; (...)*

VI - *apreciar as Contas do Governo da República, nos termos dos arts. 221 a 229;*

No Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Contas tem sua atuação regulada na CF, no art. 70 e segs. da CE/RS<sup>353</sup>, bem como em sua Lei Orgânica, Lei estadual nº 11.424, de 06/10/00 e seu Regimento Interno, Resolução nº 544/2000, de 21/07/00.

---

VIII – *apreciar, para fins de registro*, na forma estabelecida nos arts. 259 a 263, 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 a servidores públicos civis e militares federais ou a seus beneficiários*, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (...).

Art. 28. Compete ao Presidente: (...)

II – representar o Tribunal perante os Poderes da União, dos estados e municípios, e demais autoridades;

X – *votar quando se apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público*; (...).

Art. 264. *O Plenário decidirá sobre consultas* quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: (...)

§ 3º *A resposta à consulta* a que se refere este artigo tem caráter normativo e *constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto*.

Art. 265. O relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos do artigo anterior ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente. (grifou-se) Disponível em: <[http://www.2.tcu.gov.br/portal/Normas e Jurisprudência/Legislação](http://www.2.tcu.gov.br/portal/Normas%20e%20Jurisprud%C3%ancia/Legisla%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em 26 abr. 2006.

<sup>353</sup> Dispõe a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, nos arts. 70 e seguintes, *in verbis*:

#### DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

Art. 70 -A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas ou mantidas pelo Estado, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física, jurídica ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71 - O *controle externo*, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido *com o auxílio do Tribunal de Contas*, ao qual *compete*, além das atribuições previstas nos arts. 71 e 96 da Constituição Federal, adaptados ao Estado, *emitir parecer prévio sobre as contas que os Prefeitos Municipais* devem prestar anualmente. (...).

§ 1º - Os Conselheiros do Tribunal de Contas *terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado* e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos. § 2º - Os auditores substitutos de Conselheiros, em número de sete, nomeados pelo Governador após aprovação em concurso público de provas e de títulos realizado pelo Tribunal de Contas, na forma de sua Lei Orgânica, terão, quando em substituição a Conselheiro, as mesmas garantias, impedimentos, vencimentos e vantagens do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, os dos Juizes do Tribunal de Alçada. (dispositivo revogado por ADIN, estando a matéria regulada na Lei Orgânica do TCE/RS, art. 71, *verbis*: Aplicam-se aos Conselheiros do Tribunal de Contas e aos Auditores Substitutos de Conselheiro, bem como, no que diz respeito a pensões, a seus familiares, as disposições do Estatuto da Magistratura, conforme o disposto no artigo 73, §§ 3º e 4º da Constituição Federal e artigo 74, §§ 1º e 2º da Constituição do Estado. Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br>> Acesso em 26 abr. 2006.

Também é da competência dos Tribunais de Contas apreciar *consultas*, formuladas por jurisdicionados, na forma regulada por suas Leis Orgânicas e Regimentos Internos, que são levadas a julgamento perante seus respectivos órgãos plenários, e sua resposta consistirá em prejulgamento *apenas em tese* da matéria de que versa, não do fato ou caso concreto, como, aliás, não o poderia ser, sob pena de tolher a independência funcional ínsita à atividade de julgar, que deflui do contido no inciso XXXV do art. 5º da CF, aspectos devidamente ressaltados no § 2º do art. 1º da Lei Orgânica do TCU e no *caput* e § 3º do art. 264 de seu Regimento Interno, antes transcritos.

Seguindo o modelo federal, o TCE/RS também aprecia *Consultas* formuladas por seus jurisdicionados, na forma admitida por sua Lei Orgânica (art. 33, inciso XIV) e disciplinada em seu Regimento Interno, em seu art. 138 e que, da mesma forma regulada pelo TCU, prescrevem que a resposta à consulta se faz em *tese* sobre a matéria-objeto, não constituindo prejulgamento de fato ou caso concreto pela mesma razão que rege a orientação traçada pelo TCU: a necessária preservação da autonomia e independência funcional do magistrado que examinará o processo respectivo.

Isto significa que a resposta dada a Consultas pelo Plenário do Tribunal de Contas, tanto da União, quanto do citado TCE/RS, sem dúvida significa a orientação, em *tese*, e neste sentido *vinculante*, que doravante será seguida pelo órgão sobre a questão que lhe é trazida a exame. Em matéria de Consulta, portanto, se examina dúvida suscitada por um seu jurisdicionado, que solicita ao Tribunal de Contas qual seu entendimento sobre a matéria, de forma a não incorrer em irregularidade que, posteriormente, será apontada pela fiscalização/auditoria levada a efeito pela Corte de Contas, podendo inclusive implicar em julgamento por irregularidade de gestão, ou apontes, sobre os quais incidirão as respectivas sanções. Esta atuação das Cortes de Contas tem nítida conotação pedagógica, sendo também expressão do controle *pre-*

*ventivo de legalidade* dos atos de gestão pública e, por isso mesmo, relevante, porque tem a finalidade de orientar o administrador público, evitando que pratique atos ilegais, ilegítimos.

Neste sentido, dispõe o art. 138 do Regimento Interno do TCE/RS:

Art. 138. Consulta é o procedimento através do qual são suscitadas dúvidas na aplicação dos dispositivos legais e regulamentares, concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas. (...)§ 2º. *A resposta à consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto.* - grifou-se.

§3º. O Presidente, de plano, não conhecerá da consulta formulada que não atender aos requisitos enunciados por este artigo ou pelo artigo 139 ou, ainda, que versar sobre matéria que constitua objeto de procedimento de auditoria/inspeção, relativo ao mesmo órgão ou entidade auditada, comunicando, em qualquer hipótese, o seu arquivamento<sup>354</sup>.

Como se pode constatar, a CF/88 atribuiu longo rol de competências aos Tribunais de Contas, todas voltadas para a fiscalização dos recursos públicos, que se inicia com a verificação, preliminar, de sua aplicação legítima, porque legal, de onde a verificação da constitucionalidade da atuação do administrador é premissa à regularidade dos atos que pratica. Devem ainda os gestores públicos demonstrar ser eficientes e eficazes na consecução dos objetivos pretendidos, o que significa aplicação dos recursos públicos de forma a melhor atender os interesses da sociedade.

De resto, este controle deve efetivar-se, nos termos constitucionais, sobre os aspectos: financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional. Este último, é de extrema importância para a fiscalização efetuada pelos TCs, porque é justamente o aspecto operacional – *auditoria operacional* – que nada mais é do que a concretização de procedimento de fiscalização de legitimidade<sup>355</sup>/ economicidade /eficácia da gestão pública (*caput* do art. 70, CF), e viabiliza

<sup>354</sup> Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/index.php>>. Acesso em 26 abr. 2006.

<sup>355</sup> Sobre o princípio da *legitimidade*, ver FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. Op. cit., p. 34-5.

às Cortes de Contas avançarem, no sentido de sua modernização e otimização das atividades que executam e dos resultados daí alcançados, ampliando o espectro de elementos de fiscalização/auditagem e, com isto, melhor correspondendo às novas exigências postas pela sociedade atual, no sentido de consecução dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos no texto constitucional, razão pela qual consistem, também de Tribunais de Garantia dos Direitos Fundamentais.

Neste sentido, traz-se como exemplo as auditorias operacionais que vêm sendo realizadas pelo TCU<sup>356</sup>, na área da saúde<sup>357</sup>, que têm detectado irregularidades na gestão do Sistema Único de Saúde e, mais grave ainda, nos programas de transplantes, decorrentes não só de estruturas deficientes para seu bom funcionamento, como também fraudes nas listas de prioridades para transplantes. São exemplos, também, da atualidade e eficiência dos procedimentos fiscalizatórios atualmente em execução pelos TCs, as auditorias de obras públicas, que efetuam levantamento daquelas em estado de abandono, quantificando os danos aos cofres públicos daí resultantes, as auditorias de gestão ambiental, de há muito já realizadas pelo TCU e por vários Tribunais Estaduais, já em execução também pelo TCE do Rio Grande do Sul<sup>358</sup>, que em muito têm auxiliado os órgãos de gestão do meio ambiente no aponte de irregularidades extremamente danosas ao *environment*, com isto auxiliando na concretização deste direito/garantia/dever individual e coletivo ao meio ambiente.

Mas além das atribuições constitucionais atribuídas pela CF/88 aos Tribunais de Contas, outras lhes foram (podem ser) conferidas por leis infraconstitucionais, caso da Lei de

---

<sup>356</sup> Maior detalhamento pode ser obtido diretamente no *site* do TCU: <<http://tcu.gov.br>> Ver também notícia divulgada na página da web, Disponível em: <<http://www.1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95ul120700>> Acesso em 23 abr. 2006.

<sup>357</sup> Ver, sobre isto, FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A Validade dos Tribunais de Contas como Instrumento de Controle. Op. cit., p. 186.

<sup>358</sup> Sobre as auditorias operacionais em execução pelo TCE/RS, consultar o *site*: <http://www.tce.rs.gov.br>.

Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 101/2000 (editada para regulamentar o disposto no art. 169 da CF)<sup>359</sup>, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal, encarregando as Cortes de Contas da fiscalização de seu fiel cumprimento pelos entes federados e respectivos órgãos na lei elencados, sendo vetores da gestão pública, a serem fiscalizados pelos Tribunais de Contas<sup>360</sup>, *a ação planejada e transparente das contas públicas*, para prevenção dos desvios que venham a afetar seu equilíbrio, através do cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, observância de limites de despesas e endividamento, como disposto em seu art. 1º<sup>361</sup>.

<sup>359</sup> Sobre a interpretação da LC 101/00. Lei de Responsabilidade Fiscal e deveres dos Tribunais de Contas de fiscalização de seu fiel cumprimento, ver: MILESKI, Helio Saul. *Transparência do Poder Público e sua Fiscalização*. *Revista Interesse Público*. Especial. Responsabilidade Fiscal, 24-36; do mesmo autor, também, *O Controle da Gestão Pública*. Op. cit. e SCHMITT, Rosane Heineck. *Despesas com Pessoal nos Cento e Oitenta Dias Anteriores ao Final do Mandato e Lei de Responsabilidade Fiscal*. *Revista Interesse Público*, Especial. Responsabilidade Fiscal, 2002, 56-67.

<sup>360</sup> “Da *Fiscalização da Gestão Fiscal*: (...):Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a: I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar; III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

§ 1º *Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:*

I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

§ 2º *Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20.*

§ 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 39”. (grifou-se). Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/index/php>> Acesso em 26 abr. 2006.

<sup>361</sup> “Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.



Diga-se, aliás, que a LRF, ao exigir a transparência<sup>362</sup> das contas públicas como *princípio* de administração a ser observado pelo gestor da *res publica*, nada mais faz do que exigir a observância de traço característico da democracia, que é “o domínio, na vida pública, do princípio da publicidade”, como assinala Luis Fernando Barzotto<sup>363</sup>.

Não por outro razão Ricardo Lobo Torres<sup>364</sup> eleva a transparência<sup>365</sup> a *princípio*, de ordem formal, que exerce um papel legitimador dos princípios materiais, atuando também na positivação de normas jurídicas que sejam claras, sem dubiedades (que permitem interpretações ilegítimas) e devidamente publicizadas. Percebe-se, assim, que a transparência exigida pela LRF constitui-se, afinal, de um *princípio de transparência fiscal* não explícito na Constituição, mas implícito por seu próprio conteúdo e condicionante da interpretação de outros princípios constitucionais e da própria elaboração das normas infraconstitucionais.

Para melhor sistematização das atribuições constitucionais e legais de competência dos TCs, agrupam-se tais atribuições de acordo com a natureza das competências que exerce, sendo elas classificadas por Hely Lopes Meirelles, como aponta Helio Saul Mileski, em: funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas, assim

---

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/index.php>>. Acesso em 26 abr. 2006.

<sup>362</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto consigna que a “gestão fiscal pública vai se tornando cada vez mais (...) necessária, obrigatória e *transparente* expressão financeira de *políticas públicas legítimas* (...) e no desempenho das quais, os agentes políticos e administrativos devem atuar com qualidades de *prudência, responsabilidade e responsividade*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos (Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). Op. cit. p. 17.

<sup>363</sup> Luis Fernando Barzotto, ao deixar claro que a “tendência a revelar os fatos, a torná-los presentes ao conhecimento público, é constitutivo da democracia. A publicidade democrática opõe-se aos segredos da democracia. (...) Daí ser falsa a asserção de senso comum que afirma ser a corrupção difundida em governos democráticos. O que ocorre é justamente o oposto (...) a democracia tende a revelá-la criando a falsa impressão de que governos democráticos são mais corruptos do que governos autocráticos.”. BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 153.

<sup>364</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Op. cit., p. 244.

<sup>365</sup> Ver, sobre TCs e transparência: CARVALHO, Lucas Borges de. Os Tribunais de Contas e a construção de uma cultura da transparência: reflexões a partir de um estudo de caso. *Revista de Direito Administrativo*, 231: 193-216, jan.-mar, 2003, 193-215.

definidas: *opinativas*: referem-se à emissão de Parecer Prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, nos três planos federados (posteriormente julgadas em foro político: os respectivos Parlamentos); *verificadoras*: são atividades/procedimentos de auditoria para constatação e avaliação dos atos praticados pelos administradores públicos; *assessoradoras*: são as atividades de consultoria e orientação dos jurisdicionados, como é o caso da resposta às *consultas* formuladas pelos jurisdicionados, de cunho pedagógico, essencialmente; *jurisdicionais administrativas*, que envolvem a “função de julgamento das contas dos responsáveis por bens e valores públicos”, aqui se situando a atividade de jurisdição administrativa das Cortes de Contas, prevista no inciso II do art. 70 da CF, de cunho *judicialiforme*, na expressão de Pontes de Miranda, de forma que as decisões prolatadas, sob esta modalidade, pelas Cortes de Contas, são de cumprimento obrigatório pelos gestores públicos, “sob pena de negação do próprio sistema de controle”, como adverte Mileski<sup>366</sup>.

Deve-se salientar, a final, que as atribuições cominadas aos Tribunais de Contas têm-se ampliado intensamente não só em função do acréscimo de competências que lhes foi conferido pela CF/88 mas, em especial, em razão das profundas modificações que vêm sendo produzidas na forma de prestação da atividade administrativa, que busca sua maior eficiência através de estruturas de execução de serviços mais leves e ágeis, o que implica profundas alterações no regramento legal da ação administrativa, hoje focada em uma *administração pública gerencial*, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>367</sup>, impondo assim desafios aos órgãos de controle da gestão da coisa pública para se adequarem, de forma célere, às demandas exigidas pela modernidade, o que é igualmente seu dever, como bem aponta Roberto

---

<sup>366</sup> MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. Op. cit., p 264 e 284.

<sup>367</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública Gerencial*. *DCAP*, n. 11, nov. 1998, 19-29.

Dromi<sup>368</sup>, e necessário para que se mantenham como *guardiões*, em nome do povo, da *res publica*, os efetivos *Custodes in nomine populi*.

Demonstraram-se, assim, quais as atribuições/deveres atribuídos pela Constituição e pelas leis aos Tribunais de Contas, bem como as modalidades de fiscalização que têm o dever de efetuar, o que permite, agora, que se examinem aspectos peculiares decorrente do exercício de suas competências, destacando-se que sua primeira atribuição é a referente ao controle de legalidade, porque este é o ponto de partida da atuação das Cortes de Contas, pois somente o ato administrativo conforme à lei e –, portanto, em preliminar – conforme à Constituição –, têm condições de submeter-se aos demais tipos de análises atribuídos às Cortes de Contas. Assim, um ato inconstitucional não só bloqueia os demais exames a serem efetuados, como os torna secundários, porque é necessário verificar, preliminarmente, a conformidade do ato com a Constituição: caso o seja, então se poderá passar aos demais controles<sup>369</sup>, como de legitimidade, de eficiência, de eficácia, etc.

Em face da relevância da questão – que é o objeto nuclear desta tese - será ela examinada, em suas peculiaridades, nos itens a seguir, em especial nos de nº 2 e 3.

---

<sup>368</sup> DROMI, Roberto. La Relación entre el Sector Público y el Sector Privado y las Reformas Administrativas en la América Latina - Desafíos, Tendencias y Perspectivas. *RTCMG*, v. 56, n. 3, jul.-set. 2005, 153-170. Ver, do mesmo autor, também, *Modernización del Control Público*. op. cit. p. 21 e ss. Ver também BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Agências Reguladoras e Democracia..* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59- 88.

<sup>369</sup> Ver, sobre a classificação dos tipos de controle sob vários enfoques, BARRAZA, Javier Indalecio. *Manual de Derecho Político*. Op. cit., p. 207-59, que efetua também análise sobre os controles de contas na Argentina.

## 2 A SÚMULA Nº 347 DO STF E OS TRIBUNAIS DE CONTAS: *DEVER/PODER DE EXAME DE CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DOS GASTOS PÚBLICOS*

Neste item, examina-se a Súmula nº 347 do STF, que permite aos Tribunais de Contas, no e para o exercício de suas atribuições constitucionais e legais, apreciarem a constitucionalidade dos atos da administração pública.

Este aspecto revela-se fundamental no que diz com o exercício, pelas Cortes de Contas, de sua assim denominada *jurisdição administrativa plena*, como ocorre quando do exame de atos de admissão de pessoal e de inativação, porque decidirão sobre sua legalidade e conseqüente possibilidade de serem registrados, de modo que, se em tais atos, é verificada ilegalidade fulminante – como sua inconstitucionalidade – terão eles seu registro negado e, se não desconstituídos pela competente autoridade administrativa no prazo legal concedido, terão negada sua executoriedade, com conseqüente prolação, pelo Tribunal de Contas, de decisão que comina a *suspensão de eficácia*<sup>370</sup> da norma jurídica que o fundamentou, em decorrência da *interpretação/juízo* de inconstitucionalidade sobre ela firmado pela Corte de Contas. E é este juízo de conformidade constitucional efetuado pelos Tribunais de Contas, objeto desta tese, que ora se examina. Para tanto, analisaram-se também os precedentes que levaram à edição da referida Súmula, expondo os fundamentos do *poder*, que também é *dever* das Cortes de Contas, para verificar a compatibilidade constitucional dos atos da administração pública que implicam despesas para o erário.

Nos capítulos anteriores – I e II –, examinou-se de que forma se processa o controle de constitucionalidade das normas jurídicas no Brasil, a cargo do Poder Judiciário (com as devidas exceções quanto ao Executivo e Legislativo – Cap.II), ficando assentado que nosso siste-

---

<sup>370</sup> Ver, quanto à distinção entre *eficácia e inexistência*, BARROS, Sérgio Resende de Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?. *Revista de Informação Legislativa*. Op. Cit. p. 234 e 236.

ma é misto, compreendendo o controle *monista/difuso*, que incide sobre o caso concreto e com eficácia *inter partes*, salvo exceções analisadas nos itens I.4 e II.3, e o controle *dualista/concentrado*, que se exerce em tese, *in abstracto*, com efeitos *erga omnes*.

Analisou-se, também, de que forma os demais *poderes/funções* do Estado participam do controle de constitucionalidade das normas jurídicas, como consta dos itens II. 2 e II.3 supra, concluindo-se, quanto ao Poder Executivo em especial, que ele não só está autorizado a deixar de cumprir norma inconstitucional, como é seu dever, obrigação intensificada, atualmente, pelo fato de que o Executivo, a partir da CF/88, nos termos dos incisos I e V do art. 103 da CF, tornou-se legitimado ativo para propor a ADIn.

De lembrar que no referido item II.2., lançaram-se premissas, a que me reporto, sobre a forma como esta atividade da administração pública se realizaria, deixando ainda assente de que não se trata, *in casu*, de *controle de constitucionalidade*, propriamente, efetuado pelo Executivo, mas de deixar de cumprir, de negar efetividade, a lei ou ato normativo inconstitucional, o que não se confunde com a retirada de *validade* da norma, com a declaração de que não subsiste porque, em verdade, nem sequer teria chegado a existir, se se adotar a orientação traçada por Francisco Campos e Alfredo Buzaid<sup>371</sup>, entre outros, fundada no direito constitucional norte-americano, em sua expressão ortodoxa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – a norma inconstitucional é *null and void* – mas que hoje, assim como em vários outros países, conforme bem aponta Mauro Cappelletti<sup>372</sup>, também foi abrandada, por força mesmo da atuação dos fatos sociais sobre as regras jurídicas, por questões pragmáticas que impedem se desconheça a circunstância de que, tendo a lei incidido sobre relações jurídicas,

---

<sup>371</sup> CAMPOS, Francisco. Op. cit. e BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.

<sup>372</sup> Neste caso, o juiz não anula a lei: apenas declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional. CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Op. cit., p. 117-23.

produziu efeitos, não se podendo assim simplesmente dizer que *não existiu*, com graves repercussões daí resultantes sobre a paz social, objeto do direito, além de atentar contra o princípio constitucional da *segurança jurídica*, que garante um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas<sup>373</sup>.

Reproduzem-se, a seguir, exemplos desta situação, adequados à questão ora em exame, referidos por Mauro Cappelletti, *in verbis*:

Pode acontecer, porém, que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e sujeitos privados: por exemplo, pode acontecer que *um funcionário, eleito ou nomeado com base em uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, tenha longamente atuado em sua função; ou que (...) uma pessoa tenha recebido uma pensão* ou celebrado determinados contratos, *sempre com base em uma lei posteriormente declara inconstitucional, e assim por diante. Quid*, então, se, em certo momento, uma lei, por muitos anos pacificamente aplicada, vem a ser, depois, considerada e declarada inconstitucional, com pronunciamento que tenha, segundo a doutrina aqui pressuposta, efeitos retroativos? Poderão ser destruídos, também, todos os efeitos que foram produzidos, sem uma válida base legal, por aqueles atos públicos ou privados que se fundaram na referida lei? A resposta a esta pergunta tem sido, especialmente na recente jurisprudência das Cortes norte-americanas – também eficaz estímulo crítico do realismo jurídico que demonstrou que a Constituição é um *living document*, sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo que em certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ou sê-lo mais tarde em uma fase diversa da própria evolução<sup>374</sup>. (grifou-se)

Por isso mesmo que também nosso direito constitucional abranda este entendimento sobre a eficácia *ex tunc* das decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade, permitindo a fixação de efeitos *ex nunc* (ver, sobre isto, o Capítulo I, n°s 2 e 3), do que fazem prova as Leis n° 9.868/99 e n° 9.882/99<sup>375</sup>, que regulam o processo e julgamento dessas

<sup>373</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Op. cit., p. 123.

<sup>374</sup> Id. Ibid., p. 123-4.

<sup>375</sup> De acordo com Mauro Cappelletti, com inspiração na Constituição austríaca porque sua Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa (aufhebt)* uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional, referindo ainda que a mesma Corte – Áustria – “tem o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* à publicação (*Kundmachung*) de seu pronunciamento, conquanto que este diferimento de eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano”. CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 116. Como se vê, aí esta a origem do disposto nos arts. 27 e 11, respectivamente, das Leis n°s 9.868/99 e

ações perante o Poder Judiciário e consolidam o que a jurisprudência brasileira de há muito já se apercebera: de que efetivamente a *lei inconstitucional* é uma *não-lei*, mas que não se pode simplesmente afirmar que nunca existiu, que não incidiu sobre relações jurídicas individuais e gerou efeitos.

*Quid* com relação aos Tribunais de Contas, ao se depararem com atos administrativos de gestão pública inconstitucionais? Vale lembrar que os TCs sequer possuem legitimidade ativa constitucional para propor ADIn, mas têm o dever primário de apreciar, como primeiro dever constitucional, a conformidade dos atos de administração pública, que devem examinar, com a Constituição, nos termos antes já abordados no item 1 deste Capítulo. Devem os TCs se manter inertes? Aceitam atos fundados em normas inconstitucionais, que se consolidarão no tempo e gerando direitos, como acima se demonstrou, ou se lhes exige o dever, como órgãos de controle de *legalidade* dos atos administrativos de gestão, de negarem executoriedade a tais atos e, com isto, negando a possibilidade de incidência destas normas – negativa de sua eficácia – que as fundamentaram, porque inconstitucionais? Podem, devem fazê-lo? Estão usurpando competência do Poder Judiciário?

Não, em meu entender. Não só os Tribunais de Contas, ao efetuarem esta análise de conformidade constitucional dos atos administrativos, não usurpam competência do Poder Judiciário como são, literalmente, obrigados a assim proceder. Caso contrário, além de permitirem o ingresso no mundo jurídico de atos inconstitucionais, que produzirão prejuízos aos cofres públicos, seus membros julgadores e servidores estarão sujeitos à ação do Ministério Público, inclusive, por não cumprirem seus deveres funcionais, podendo ser processados por prevaricação, por improbidade administrativa, pela prática de crime de responsabilidade etc.,

---

9.882/99, sem que tenhamos adotado a parte final do dispositivo legal austríaco: não superior a um ano. Está aí uma boa sugestão.

e/ou, ainda, para indenizarem as despesas públicas decorrentes de sua aceitação dos atos de gestão pública inconstitucionais, entre tantas responsabilizações cíveis e penais possíveis aplicáveis aos seus agentes, exatamente porque não cumprem as atribuições – deveres que lhe são cominados pela CF nos arts. 70 e segs., arrolados no item 1 deste Capítulo.

Ou, ainda e mais drástico: os Tribunais de Contas serão compelidos à sua extinção, porque não se lhes dá – nem se lhes reconhece - os instrumentos para exercerem seus deveres. Calem-se os *Custodes in nomine populi*. Mas não é isto que nosso Estado Democrático de Direito quer e espera das instituições republicanas. Então, é preciso demonstrar que as Cortes de Contas estão agindo não só nos exatos limites de suas atribuições/competências como, em função disto, estão devidamente autorizadas para assim proceder. Passo a demonstrá-lo.

Em primeiro lugar, ao voltar-se os olhos à CF quando, no *caput* e par. único do art. 70, regula a *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* dos entes públicos ali arrolados, que deve ser exercida, quanto ao *controle externo*, pelo Tribunal de Contas em nome do Congresso Nacional, nos termos já demonstrados no item anterior – III. 1. –, vê-se que esta fiscalização deve verificar a subsunção dos atos de gestão pública praticados por aqueles agentes sob os aspectos de *legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*.

Qual o primeiro requisito a examinar posto na CF? A *legalidade*, como só o poderia ser, porque este é princípio vetor não só do agir da administração pública, mas de todo Estado Democrático de Direito, que é aquele regido pela lei, cujo primeiro espécime na escala hierárquica é a Constituição, a lei fundamental, apontando Clèmerson Merlin Clève que

(...) a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a e-



xistência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma ‘ordem fundamental’ eis que reside em posição de supremacia. (...) E, finalmente, expressa a Constituição uma ordem aberta, porque mantém uma interação com a realidade<sup>376</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello assenta que o *princípio da legalidade* é ínsito ao Estado de Direito, sendo aquele que o qualifica e lhe dá identidade específica, por isso mesmo sendo o princípio-base do regime jurídico-administrativo<sup>377</sup>.

Na mesma orientação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao qualificar o *princípio da legalidade* como *postulado* do direito positivo brasileiro, contido no art. 5º, inciso II, da CF, sendo tal “preceito constitucional” garantido por outros direitos assegurados também no texto constitucional, como a proteção judiciária, os “remédios” constitucionais, destacando, expressamente: “*tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle da própria Administração*<sup>378</sup>” – controle interno. (grifou-se)

Indiscutível, portanto, que é dever da administração pública só agir de acordo com a lei<sup>379</sup>, sendo este um imperativo a observar já no âmbito do controle interno da administração. Isto significa que o administrador/gestor da coisa pública, porque jungido a acatar o princípio

<sup>376</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 25-6.

<sup>377</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56.

<sup>378</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed. Op. cit., p. 68.

<sup>379</sup> Adverte Carlos Ayres Brito que, se é verdade a definição do Ministro Seabra Fagundes de que “administrar é aplicar a lei de ofício”, não pode ele, contudo, ficar “*no puro conteúdo da lei*”. É preciso, ainda, que o administrador aplique a lei por um modo impessoal, moral, público e eficiente, o que termina por fazer da atividade administrativa um atividade de aplicação *ex officio* do Direito. Ou, por outro lado, há toda uma corrente de juridicidade a reger o atual administrador, do qual o primeiro elo é a lei. A lei como um dos conteúdos desse novo continente que é a juridicidade, e não como todo o continente”. Adverte BRITO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos M.; NÓBREGA, Marcos (orgs.). *Administração Pública. Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. Op. cit., p. 107-8.

da legalidade, tem o “*dever de reconhecer quando um ato está em contrariedade com a lei, a fim de promover o seu ajustamento à norma ou mesmo para retirá-lo do mundo jurídico*”<sup>380</sup>.

Se não o faz, incumbe ao *controle externo* da administração apontar e sustar a dupla ilegalidade: execução de ato ilegal e não tomada de providências para que não fosse executado, como o determina o *caput* do art. 70 CF.

Mas estaria o Tribunal de Contas legitimado a não dar executoriedade a ato administrativo ilegal, porque fundado em norma inconstitucional, a qual nega também executoriedade?

A resposta positiva se encontra no próprio Hans Kelsen, quando afirma:

A ordem jurídica somente pode conferir a um determinado órgão poder para anular uma norma criada por outro órgão, mas pode atribuir poder a quem quer que seja para decidir se algo que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica tem objetivamente esta significação, quer dizer: se a norma foi produzida da forma determinada pela ordem jurídica e com o conteúdo por esta mesma ordem jurídica fixado e, portanto, se é vinculante para ele (...).

Prossegue o mestre austríaco:

A Constituição, porém, pode conferir a certos órgãos competência para aplicar a lei e ao mesmo tempo excluir expressamente desta competência a fiscalização da constitucionalidade das leis a aplicar. As constituições contêm por vezes um preceito segundo o qual os tribunais e as autoridades administrativas não têm de verificar a constitucionalidade das leis a aplicar. Esta limitação, no entanto, só é possível em certa medida. *Os órgãos chamados a aplicar o Direito não podem razoavelmente receber competência para aplicar como lei tudo o que subjetivamente se apresente como tal. Um mínimo de poder de controle tem de lhes ser deixado*<sup>381</sup>. (grifou-se)

<sup>380</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil*. Jurisdição e Competência. Op. cit., p. 56.

<sup>381</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit. p. 288-90.

Seguindo o raciocínio de Kelsen, não é o Tribunal de Contas um “órgão chamado a aplicar o Direito”, considerando que a CF lhe determina verificar a *legalidade* da gestão pública, dos atos dela resultantes? É, sem dúvida.

Não se diga, em contrariedade ao que ora se sustenta, que das competências cometidas pela CF aos TCs não se encontra a de interpretar as leis e atos normativos que fundamentam atos de gestores da *res publica* para verificar de sua conformidade com o texto Constitucional. Se isso fosse verdadeiro, como poderiam os TCs executar os deveres a eles atribuídos pelo texto constitucional? Por óbvio que não, até porque a toda atribuição, corresponde uma competência, explícita ou implícita. Como ensina Canotilho,

É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) *competências implícitas complementares* enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências, *mas de aprofundar competências* (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão: (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais<sup>382</sup>.

De acordo com esta definição, os TCs, que recebem da CF competência para efetuar o exame de conformidade constitucional dos atos administrativos, possuem também esta *competência aprofundada*, de que fala Canotilho, porque como detêm competência para *julgar e apreciar* atos/gestão administrativos, na letra da Constituição, ou seja, competência para tomar uma decisão, devem também ter competência para “preparar e formar” esta decisão. Não se trata, assim, de poderes implícitos, propriamente, dos *implied powers* construídos pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, mas de uma *competência original aprofundada*, como refere o mestre lusitano.

<sup>382</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 493-4.

Todavia, para aqueles que ainda assim não vêem nesta competência uma complementação à competência expressa, um aprofundamento para sua realização, então sim estaremos falando de *poderes implícitos*, que são aqueles “não expressamente mencionados na Constituição, mas adequados à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania”<sup>383</sup>.

De uma ou de outra forma, portanto, os TCs possuem competência, sim, para negarem executoriedade a atos administrativos e de gestão inconstitucionais e, em consequência, suspenderem a eficácia da norma jurídica que os fundamentou, incompatível com a CF.

Dispõe o Enunciado da Súmula nº 347, *in verbis*:

347. O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO. (grifou-se)

O precedente da Súmula é o RMS nº 8372–CE<sup>384</sup>, publicado no Diário da Justiça de 26/04/62, Relator o Ministro Pedro Chaves, julgado pelo Plenário em 11 de dezembro de 1961, que acolheu, à unanimidade, o Voto do Relator, estando assim ementado: “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”.

Considerando a extrema relevância da Súmula nº 347/STF para a matéria em exame, é indispensável ao desenvolvimento do tema que se declinem os fundamentos do *leading case*

<sup>383</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit. p. 493.

<sup>384</sup> Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal. Anexo ao Regimento Interno. In: *Imprensa Nacional*, 1964, p. 151. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em 26 abr. 2006.

de que se originou referida Súmula, trazendo-se, assim, à colação, o Voto do Ministro-Relator Pedro Chaves, que consigna:

Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentadoria do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidi a espécie, mas não posso deixar de lhe opor um reparo, de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não 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.**

Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso. (grifou-se)

Segue-se a ATA da DECISÃO: À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO. Presidência: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro.

Tomaram parte no Julgamento os Exmos. Srs. Ministros PEDRO CHAVES, VICTOR NUNES LEAL, GONÇALVES DE OLIVEIRA, VILLAS BÔAS, ARY FRANCO, HANNEMANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA<sup>385</sup>.

Ao comentar a Súmula, Roberto Rosas<sup>386</sup> reporta-se ao art. “72 da Constituição”, no que deve estar a se referir à Constituição Federal de 1969, cujo art. 72 e §§ 5º e 7º, citados pelo autor, dispõem sobre a matéria por ele consignada, como se vê do texto constitucional de 1969, *in verbis*

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

(.....)

§ 5º. O Tribunal, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contrato, deverá:

a) assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

b) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, exceto em relação a contrato:

<sup>385</sup> Cópia da Decisão original obtida da Seção de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decisões do Tribunal Pleno, folhas 133 a 136, registros n°s 00496010, 04270080, 03721000 e 00000100. Audiência de publicação: 25/4/62.

<sup>386</sup> ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. Comentários às Súmulas do STF e do STJ. 6.ed. São Paulo: RT, 1991, p. 145-6.

c) solicitar ao Congresso Nacional, em caso de contrato, que determine a medida prevista na alínea anterior ou outras necessárias ao resguardo dos objetivos legais;

§ 6º. O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea c do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a impugnação.

§ 7º. O Tribunal de Contas apreciará, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores<sup>387</sup>.

Por sua vez, a CF/46, que estava em vigor à época em que foi proferido o *leading case* que originou a Súmula nº 347, dispunha, em seu art. 77, *in verbis*:

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<sup>388</sup>.

§ 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.

Quanto à CF/88 em vigor, dispõe em seu art. 71, inciso III, já transcrito, em parte, no item 1 deste Capítulo III, a que me reporto, que compete ao Tribunal de Contas:

apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título (...), excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores (...).

Com relação a contratos, a CF/88 estabelece, no referido art. 71, §§ 1º e 2º:

<sup>387</sup> CAMPANHOLE & CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. Op. cit., p. 228-9.

<sup>388</sup> Id. *Ibid.*, p. 434.

§ 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<sup>389</sup>.

Na comparação dos textos das referidas Constituições, em especial a de 1946 e a vigente, não há diferença entre as atribuições para apreciar/”julgar”, para fins de registro, a legalidade de atos admissionais e de aposentadorias e pensões, de modo que não se pode alegar divergência entre textos constitucionais para pretender que referida Súmula não mais se aplique, até porque não foi revogada pelo STF, revogação que deve ser expressa, como exigem o § 1º do art. 102 do Regimento Interno do STF e o § 2º do art. 103- A da CF, na redação da EC 45/ 04.

A única diferença verificada ocorre quanto a contratos, uma vez que a CF/46 determinava que os contratos, com vinculação a receita ou despesa, só se perfectibilizariam após registrados pelos TCs, mesmo procedimento desde sempre exigido para atos admissionais, de aposentadorias e pensões, acrescentando que a recusa de registro suspenderia a execução do contrato até o pronunciamento do Congresso.

A CF/1969, de cunho autoritário, mantém o exame de legalidade pelos TCs quanto a atos admissionais etc., mas quanto a contratos, torna sua sustação dependente do Congresso com prazo a termo – 30 dias – findos os quais a impugnação se entenderia elidida.

Já na CF/88, mantém-se a competência do Congresso para sustá-lo, acrescentando-lhe o dever de solicitar ao Executivo as medidas cabíveis, mas amplia - se a competência dos Tribunais de Contas nesta matéria, pois como consigna o § 2º do art. 71, se nem o Congresso nem o Executivo adotarem as medidas cabíveis referentes aos contratos impugnados, no prazo

---

<sup>389</sup> Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br>> Acesso em 26 abr. 2006.

de noventa dias, então será o próprio Tribunal de Contas que terá a competência para decidir sobre a questão, o que representa significativo avanço nas competências conferidas pela CF/88 às Cortes de Contas, em relação à própria CF/46, que deixava a decisão final dos contratos a cargo do Congresso.

Esta comparação foi aqui efetuada para demonstrar que a Súmula nº 347 do STF continua em pleno vigor, tanto na questão de atos de pessoal quanto de contratos, confronto efetuado em razão de recente decisão, em sede de liminar, deferida à Petrobrás, que impetrou o Mandado de Segurança nº 25888<sup>390</sup>, no STF, contra o Tribunal de Contas da União, porque este havia determinado, em janeiro deste ano, que a empresa e seus gestores se abstivessem de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, sob o argumento de ser inconstitucional. Por sua vez, a Petrobrás alegou que o TCU não tinha competência para *declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo*, e que a Súmula nº 347 do STF já estaria ultrapassada. O Relator do MS é o Ministro Gilmar Mendes, que concedeu liminar à empresa para “suspender os efeitos da decisão preferida pelo” TCU “(acórdão nº 39/2006), no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria)”.

O MM. Relator, na Decisão Liminar, consigna, entre suas razões de decidir, que parece justificada a possibilidade da submissão legal da Petrobrás a um “regime diferenciado de licitação”, e que “existe plausibilidade jurídica no pedido”.

Consigna naquela decisão, ainda, e este aspecto é relevante para a presente pesquisa, que o texto da Constituição de 1988 “introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade”, e que

---

<sup>390</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos>>. Acesso em 27 mar. 2006.



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 de 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.<sup>391</sup>”

Como se vê, pelo menos em sede de decisão liminar, uma vez que o mérito ainda não foi julgado, o MM. Relator, em sua decisão monocrática, suscitou três questões relevantes a considerar, referentes ao objeto desta tese, quais sejam; 1) ao não acolher a alegação da Petrobrás de que a *Súmula n° 347* está superada, reconhece ( e ratifica) o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que ela *está em pleno vigor*, tanto que entende deva ser “reavaliada sua subsistência”. Portanto, como antes se sustentou, os TCs continuam devidamente autorizados, não só pela CF, mas também pela indigitada Súmula, a procederem o exame de conformidade constitucional dos atos administrativos e de gestão, e respectivas normas fundamentadoras, negando-lhes executoriedade sempre que se revelarem contrários à Constituição; 2) a decisão reconhece (em nossa compreensão), de forma implícita, que a aplicação da Súmula n° 347 configura controle difuso de constitucionalidade, o que o faz ao consignar que o constituinte de 1988 restringiu, “de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”; 3) ainda, em nosso entender, e com a máxima vênia do brilhante constitucionalista Ministro Gilmar Mendes, sua menção à ampliação, pela CF/88, dos legitimados para provocarem o STF, “no processo de controle abstrato de normas”, não tem como se aplicar ao TCU nem às demais Cortes de Contas do país porquanto não lhes foi atribuída a respectiva legitimação ativa pela Constituição, como se vê do consignado, como *numerus clausus*, no art. 103 da CF.

---

<sup>391</sup> A decisão liminar foi proferida em 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos>> Acesso em 27 abr. 2006.

Logo, a não legitimação dos TCs para a ADIn é mais um elemento a corroborar que a competência que lhes foi atribuída pela Súmula nº 347 deve permanecer mantida, como se manteve – e se mantém - aplicável após a edição da EC 16/ 65 (e, isto, o ilustre Relator o confirma, tanto que suscita a reavaliação de sua “subsistência”), porque a admissão do sistema de controle de constitucionalidade abstrato de normas, a partir dela, ficava condicionada à Representação do Procurador-Geral da República, sistema restritivo, tanto que foi alterado pelo CF/88 para incluir vários outros legitimados ativos às ADIns, de modo que a não-vigência da Súmula, desde então, faria dos TCs órgãos dependentes e subordinados à livre discricionariedade do Procurador-Geral para a proposição de ação de controle concentrado, em cada processo de fiscalização em que devessem atuar, de onde nossa Suprema Corte percebeu a necessidade de reconhecer/conferir aos TCs esta competência, aplicando a Súmula nº 347. Ocorre, contudo, que a mesma situação se mantém na CF/88: como se disse, os TCs não possuem legitimação ativa para a ADIn, de modo que negar subsistência à Súmula, é negar a competência constitucional ampliada conferida aos TCs pela CF/88 e significa submetê-los a uma *capitis diminutio* que jamais se lhes impôs, porquanto ficarão dependentes da exclusiva discricionariedade dos atuais legitimados no art. 103/CF para a propositura da ação de controle concentrado, o que sequer até o advento da CF/88 foi aceito, porquanto, como se disse, o STF sempre acolheu a Súmula nº 347, que permanece em vigor, como demonstrado.

Cabe, aqui, suscitar mais um argumento e, este, “ad terrorem”: fazer depender a atuação dos TCs de formulação de representação a um dos legitimados para a ADIn, além de também subordiná-los àqueles, e lhes retirar instrumento para o exercício de seus deveres constitucionais, caso tenham atendido seu pleito e ditas ações sejam ajuizadas, se considerar-se o elevado número de atos administrativos e de gestão inconstitucionais, porque fundados em normas igualmente constitucionais, fiscalizados constantemente pelos Tribunais de Contas de todo o país, tanto o STF quanto os Tribunais de Justiça estaduais se verão assoberbados de novas A-

DINs, cujo célere processamento se impõe, considerando razões tais como *segurança jurídica* e *boa-fé*, alegáveis – e sempre alegados- pelos que se submetem à jurisdição dos TCs, para não cumprimento de suas decisões, após o decurso de prazo “razoável” da emissão dos atos objeto de sua fiscalização. O prejuízo para o interesse público daí resultante parece-nos evidente.

Com isso, buscou-se demonstrar que, não só permanece hígida referida Súmula e a competência/dever dos TCs de *apreciarem* a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, como esta é medida indispensável para o exercício de suas funções.

Nos comentários à Súmula nº 347/STF, consigna Roberto Rosas, em obra editada em 1991<sup>392</sup>, atualizada de acordo com CF/88, que

Cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, *não procedendo o argumento de privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário*. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bittencourt não foge deste ponto quando afirma caber a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF (...) encontrando a adesão de Carlos Maximiliano (...).

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 116, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 112 (...). Segue citação de fonte.

Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação (...)<sup>393</sup>.

O mesmo autor aponta que também Lúcio Bittencourt<sup>394</sup> assim entende, na medida em que afirma a qualquer tribunal, comum ou especial, proceder este exame, com a ressalva de que a última palavra pertence ao STF, o que é a realidade, posição já externada por Carlos

---

<sup>392</sup> ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. Comentários às Súmulas do STF e do STJ. Op. cit., p. 145-6

<sup>393</sup> Id. *Ibid*.

<sup>394</sup> BITTENCOUR, Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 34.

Maximiliano. Comungam deste entendimento Hahnemann Guimarães e Adroaldo Mesquita da Costa<sup>395</sup>.

Em memorável Voto proferido na Representação nº 980–SP, julgada pelo Pleno do STF em 21/11/79, o Relator, Ministro Moreira Alves, analisa a questão do não-cumprimento de lei inconstitucional pelo Poder Executivo (ver item 2, Capítulo II), devendo aqui se destacar que sua posição, lançada no Voto, é dada mesmo após a promulgação da EC 16/65, que implementou no direito brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade, por ação direta, deixando assim claro que não vê mudanças em seu entendimento em função disto, como se vê no Voto, *in verbis*:

Não tenho dúvida em filiar-me á corrente que sustenta que pode o Chefe do Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigura inconstitucional. A opção entre cumprir a lei inconstitucional ou desrespeitá-la é concedida ao particular para a defesa de seu interesse privado. Não o será o Chefe do Executivo de um dos Poderes do Estado, para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação – que, em largos traços, expus – dos que têm entendimento igual. (...)

De qualquer sorte, é certo que ao Poder Judiciário continua reservado dizer a última palavra sobre a existência, ou não, da inconstitucionalidade (...) <sup>396</sup>.

José Luiz Anhaia de Mello deixa claro que não pode o Tribunal de Contas cumprir lei inconstitucional, deixando assentado que compete ao Tribunal de Contas, assim como ao Poder Executivo, a “prerrogativa de não cumprir lei que contrarie a Constituição”<sup>397</sup>, deixando claro que em determinadas situações não seria possível representar ao Procurador-Geral da República para que ingressasse com ação de controle concentrado quanto à inconstitucionalidade.

<sup>395</sup> GUIMARÃES, Hahnemann. Parecer. *Arquivo do Ministério da Justiça e Negócios do Interior*, 2/101. COSTA, Adroaldo Mesquita da. Parecer. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores* Op. cit.

<sup>396</sup> Representação nº 980, Tribunal Pleno, 21,11,79. Serviço de Jurisprudência do STF. DJ de 17.09.80, Ementário nº 1.184-1.fl.s. 125-6.

<sup>397</sup> MELLO, José Luiz de Anhaia. Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição. Op. cit., p. 113-5.

dade da lei detectada pelo Tribunal de Contas, mas isto não lhe retira o poder/dever de não cumprir lei viciada, aduzindo que *a guarda da Constituição incumbe a todos os poderes. Não é privilégio do poder Judiciário*”<sup>398</sup>.

Também comunga da posição quanto à possibilidade de que o controle de constitucionalidade possa ser exercido de forma “extrajudicial” por órgãos que possuam jurisdição, mas não integrantes do Poder Judiciário, que possuam “competência específica e exclusiva para o exercício do controle”, caso dos Tribunais de Contas, que para tanto estão autorizados, inclusive, pela Súmula nº 347 do STF<sup>399</sup>.

Conhecida a posição de Pontes de Miranda quanto ao *dever*, não só *poder* dos Tribunais de Contas para examinarem e interpretarem a lei, sindicando sua constitucionalidade, como afirma, *in verbis*:

(c) Pode o Tribunal de Contas, no julgamento de contas de responsáveis por dinheiros ou bens públicos, *interpretar* a Constituição, definitivamente, e julgar da *constitucionalidade* das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo? O Tribunal de Contas tem duas funções – uma, que é antiga, ligada à *execução orçamentária* e, outra, de julgamento das contas. Tanto numa quanto noutra é possível que ocorra a necessidade de se responder à pergunta. – *é, ou não, inconstitucional?* Como tribunal, tem de julgá-lo. (...) Se o Presidente da República expede decreto sem observância de preceitos constitucionais e dos limites das dotações orçamentárias, fica o Tribunal de Contas inibido de manifestar-se? Ora, o que se pretendeu com a inação constitucional do Tribunal de Contas, destoava do sistema que adotamos desde 1891, a respeito dos órgãos judiciários e dos próprios funcionários públicos. *Qualquer funcionário público poderia invocar preceito constitucional, só os membros do Tribunal de Contas, não. Seria absurdo!* (grifou-se)<sup>400</sup>

A compreensão do tema perpassa pela definição do que se entende pela competência constitucional atribuída aos TCs, quando lhe cometem atribuições, no art. 71, de *apreciar*

<sup>398</sup> I MELLO, José Luiz de Anhaia. Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição. Op. cit., p. 113.

<sup>399</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 143.

<sup>400</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários a Constituição* (...), 1934, 1946, 1967, 1967 com Emenda 1/69 (CF 69). Op. Cit., p. 784, 338, 248, 249, respectivamente.

contas dos Chefes do Poder Executivo em cada plano federado (inciso I); *apreciar* legalidade de atos de pessoal (inciso III) *julgar* contas dos administradores (inciso II). Já se examinou, tanto neste item quanto no anterior (III.1), que a expressão *julgar* não tem a conotação de atividade jurisdicional similar à conferida ao Poder Judiciário. Assim, também, quando a CF usa o termo *apreciar*, está a se referir a verificar, conferir, examinar a legalidade de atos administrativos e a gestão da coisa pública, ou ainda analisar, interpretar<sup>401</sup>, a conformidade legal – constitucional, em primeiro lugar, daqueles atos de pessoal e de gestão. A partir desta conceitualização, tem-se que é *dever*, não apenas um *poder* dos Tribunais de Contas de *apreciarem* a constitucionalidade, de interpretarem as regras infraconstitucionais que fundamentam os atos sob sua jurisdição fiscalizadora. Neste sentido, firmou posição Carlos Maxiliano:

Qualquer aplicador da norma positiva, judiciário ou administrativo, toda e qualquer autoridade, tem o dever precípua de a descumprir, desde que a determinação ordinária esteja em flagrante dissídio com a fundamental<sup>402</sup>.

Na mesma orientação, Ivan Lins:

Se a hermenêutica, de modo claro, nos conduz a esta conclusão, a ela nos leva também um texto expresso de lei que, taxativamente, determina, a qualquer Juiz ou Tribunal, recusar a *aplicação de leis manifestamente inconstitucionais*<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Francisco Campos reconhece aos Poderes Executivo e Legislativo a “faculdade de interpretar a Constituição e de *decidir*, de acordo com a sua interpretação, as questões relativas à esfera de competência de sua autoridade, porque esta faculdade é necessária e indispensável ao exercício das suas atribuições”, não precisando estar expressa, sendo suficiente que tenha caráter de necessidade, da natureza, funções e deveres daqueles Poderes, de modo que não só estão “autorizados, mas necessariamente necessitados e compelidos a julgar por si mesmos e com inteira independência da constitucionalidade de seus atos”. CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 443.

<sup>402</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, v. III, p. 263-4.

<sup>403</sup> LINS, Ivan. Podem e devem os tribunais de contas apreciar a constitucionalidade das leis. *Revista dos Tribunais*, ano 52, v. 337, nov. 1963, 38-45, p. 43. Em sentido contrário, negando esta possibilidade: VASCONCELOS, Wilson Accioli de. O Tribunal de Contas e o problema da apreciação da constitucionalidade das leis e atos. *Revista de Informação Legislativa*. Abr.-jun. 1968. 73/84, p. 84.

Lúcia Valle de Figueiredo, ao comentar a atuação dos Conselhos de Contribuintes, não lhes reconhece o direito de declarar a constitucionalidade, ou não, de lei. Todavia, também se vê forçada a concluir que se não fosse permitido a estes Conselhos, que são tribunais administrativos assim concebíveis nos termos de nossa CF – e neste sentido os Tribunais de Contas, apesar de não serem apenas Cortes administrativas, também não o deixam de ser, em parte – “seriam de total inutilidade, ou quase sem utilidade, se determinada lei, que primasse pela inconstitucionalidade – e, infelizmente para nós, o país vem primando pela inconstitucionalidade - não pudesse ser tida *para aquele caso concreto*, e somente para ele *como inaplicável*”<sup>404</sup>.

Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira sustenta que, julgando o Tribunal de Contas ilegal o ato, no exercício de suas competências, deve sustá-lo, possuindo ainda o poder-dever de “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público no caso concreto”, de modo que a lei continua eficaz, para todas as demais situações sobre as quais incide, a exemplo do que ocorre com o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, até que venha a ser retirado do ordenamento jurídico pelo STF, “a quem cabe a última palavra sobre a inconstitucionalidade” apontada<sup>405</sup>.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes situa muito bem o problema, quando afirma:

Aos Tribunais de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, competência essa restrita aos órgãos do Poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, na efetivação do primado da Constituição Federal no controle das contas públicas é a inaplicabilidade da lei que afronta a Constituição, pois ‘há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado’<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competência dos Tribunais Administrativos para Controle de Constitucionalidade. *Interesse Público*, 24, 2004, 25-28, p. 27.

<sup>405</sup> PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. *Gênese (I)*, abril, 1994, 27-39, p. 38.

<sup>406</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Tribunais de Contas e o exame de Constitucionalidade de Lei. *RTCDF*. 26:33-53, 2000, p. 37.

Helio Saul Mileski define, com clareza, a atuação dos TCs nas questões que envolvem exame de constitucionalidade, afirmando que a apreciação dessa constitucionalidade efetuada pelas Cortes de Contas não retira a norma do mundo jurídico, de modo que só “opera o efeito de negar executoriedade aos textos examinados, obstando a continuidade de sua utilização, ao sentido de evitar os decorrentes prejuízos de natureza jurídica, econômica e financeira”<sup>407</sup>.

Como se demonstrou, os Tribunais de Contas não só detêm competência, *poder*, como *dever*, para, ao se depararem com atos administrativos sujeitos à sua fiscalização, examinarem sua compatibilidade com o texto constitucional, o que devem fazê-lo, de plano, considerando que a Constituição é o vetor de legitimação destes atos. Essa análise de *compatibilidade constitucional* inclui-se no *poder/dever* de todos os poderes/funções do Estado de *interpretarem* as leis infraconstitucionais em face da Carta da República, como já de há muito assente no direito brasileiro em memoráveis manifestações de juristas tais como Pontes de Miranda, Castro Nunes, Francisco Campos, Moreira Alves, Victor Nunes Leal, Carlos Maximiliano, Hahnemann Guimarães, Adroaldo Mesquita da Costa e tantos outros aqui enumerados, que percebem que, sem o reconhecimento desta faculdade aos órgãos componentes quer do Executivo, quer do Legislativo, estar-se-á procedendo a *capitis diminutio* de suas atribuições/competências constitucionais, o que também configura inconstitucionalidade.

Tenha-se presente, como já apontado, que a solução aqui examinada encontra paralelo na atuação do Poder Executivo em matéria de controle de constitucionalidade, nas formas não explícitas no texto constitucional, antes examinadas no item II. 2, a que me reporto.

A similaridade de situações deve ser também traçada com relação ao exame incidental de constitucionalidade efetuado nas Ações Coletivas, supra-analisado no item I.4, ao qual

---

<sup>407</sup> MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. Op. cit., p. 248.



também me reporto, e onde se concluiu pela indispensabilidade deste tipo de controle sob pena de esvaziamento dos objetivos postos na CF e na lei para tais ações de cidadania, que envolvem interesses de grupos expressivos da sociedade, e que se faz nos termos circunscritos pela doutrina e pela jurisprudência, como ali se demonstrou.

Assim também ocorre com a atuação dos TCs em matéria de controle de constitucionalidade: é indispensável que se lhes reconheça a competência, própria às suas atribuições, para efetuar o exame de conformidade constitucional de atos administrativos e normas jurídicas, tanto que para isto estão autorizados pela Súmula nº 347 do STF e que se exerce em seus termos: *apreciar constitucionalidade*, não *declará-la*, condição indispensável para que possam bem cumprir os deveres que lhe foram postos pela Constituição.

De lembrar que o decidido nas Ações Coletivas se submete ao exame do STF, em sede recursal, onde se processará o devido exame da questão constitucional suscitada de forma incidental, o mesmo se aplicando às decisões proferidas pelos TCs, no âmbito de sua atuação, que também se submetem ao crivo do Poder Judiciário, em especial quanto ao aspecto de *legalidade* de agir, em que a *constitucionalidade* é o item primeiro – e fundamental – que por ele será examinado.

Deve ainda ficar claro que se está tratando, para o caso dos Tribunais de Contas, de negativa de exequibilidade de atos administrativos irregulares, sem condições de produção de efeitos porque fundados em leis ou atos normativos inconstitucionais os quais, por essa razão, também têm sua eficácia negada pelas Cortes de Contas – exame de conformidade constitucional – que fica *restrito ao caso concreto* objeto do procedimento de fiscalização levado a efeito, nos termos dos arts. 70 e 71 da CF.

Isto não significa a retirada da norma do mundo jurídico, de sua validade, porquanto esta é matéria de competência privativa do Poder Judiciário, a quem cabe *declarar* a inconstitucionalidade de normas jurídicas, fixando os efeitos de sua decisão, nos termos constitucionais. E este aspecto, definição dos efeitos da decisão dos TCs nesta matéria e suas imbricações com o controle de constitucionalidade é examinado no item a seguir.

### 3 TRIBUNAIS DE CONTAS, NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS/NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste item se examina a natureza e os efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas do Brasil pela *negativa de executoriedade* a atos administrativos inconstitucionais e, via de consequência, pela *negativa de executoriedade/eficácia* das leis e atos normativos que os fundamentam porque contrários às disposições constitucionais, e se o exercício dessa atribuição/competência constitui espécie de controle *monista/difuso*, repressivo, de constitucionalidade, ou mero exercício de um *poder/dever* decorrente dos encargos a eles atribuídos nos arts. 70 a 72 da CF.

Analisar a natureza e efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade é tema tormentoso, o que decorre não só das modificações porque passou a matéria desde a implementação deste controle - tanto que, sobre ele, inclusive, hoje incidem alterações de natureza legal<sup>408</sup> - como da não-unanimidade do tratamento doutrinário e jurisprudencial dado à questão. Em razão disso, como análise parcial do tema já foi efetuada nos itens 2 e 3, do Capítulo I, e também porque este não é o foco essencial do objeto desta tese, o exame da matéria aqui realizado será limitado ao âmbito do presente estudo.

Ato contrário à Constituição é ato inconstitucional. O que é contra a Constituição não pode valer. Se não vale, não pode subsistir, não pode ser executado, não pode produzir efeitos. Ato inconstitucional equivale a não-ato, na célebre lição de Marshall (já referida no item

---

<sup>408</sup> BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999.

Id. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 3 dez. 1999.

I, do Capítulo I, a que me reporto), manifestação clássica do direito constitucional que entre nós encontra, como seus mais ferrenhos defensores, Francisco Campos e Alfredo Buzaid<sup>409</sup>.

Neste diapasão, são nulos, quando inconstitucionais, tantos os atos estatais legislativos, quanto os atos estatais administrativos, praticados não só pelo Executivo como por qualquer uma das *funções/ poderes do Estado*, pois como já se demonstrou (Capítulo II) todos eles, não só o Executivo, mas também o Legislativo e o Judiciário, exercem funções atípicas, secundárias, correlatas às principais de cada *poder*.

Não por outra razão as contas, não só do Chefe do Executivo, mas também dos demais administradores e responsáveis por *dinheiros, bens e valores públicos* e de todo aquele que *der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público* (inciso II do art. 71 da CF) se submetem ao *controle externo*, a cargo do Poder Legislativo, mas exercido, em caráter de auxílio, pelo Tribunal de Contas. E é no exercício deste *controle externo* de contas, nos procedimentos de fiscalização *contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* que efetua sobre seus jurisdicionados, que os Tribunais de Contas se deparam, inúmeras vezes, com leis e atos normativos inconstitucionais que contaminam, com a pecha da inconstitucionalidade, os atos administrativos naqueles fundamentados.

Ao se depararem com tão intensa ilegalidade – a maior delas, porque se trata de atos contrários ao texto constitucional<sup>410</sup> – não podem ficar inertes, aferrando-se à doutrina clássica, restringindo-se à *declaração* jurisdicional de inconstitucionalidade (cujo efeito é a expulsão da norma do ordenamento jurídico), de competência do Poder Judiciário e, em função

---

<sup>409</sup> Ver: CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Op. cit. BUZUID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit.

<sup>410</sup> Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1993, p. 209.

disso, permanecerem aguardando uma possível atuação dos órgãos jurisdicionais para que fosse declarasse a inexistência daquelas normas jurídicas, nas quais tais atos administrativos estão fundados, *omissão* que levaria à manutenção destes atos ilegais, com os conseqüentes efeitos danosos ao interesse público daí resultantes.

Por óbvio que não. É seu dever que façam algo para evitar que sejam gerados prejuízos aos cofres públicos, pois na eterna lição de Ruy Barbosa,

(...) se, porém, os atos do legislativo, atentatórios do direito constitucional, são nulos, não menos nulos, por idêntico motivo, são os atos do executivo, que incorrerem na mesma taxa. A Constituição é a última base, onde se há de apoiar a validade de todos os atos do Governo nacional. Quaisquer atos de funcionários federais, que a Constituição não autorize, são legalmente nenhuns (...).

(...) não pode aproveitar nunca aos funcionários, para lhe legalizar os atos, ou isentá-los de responsabilidade legal, o alegar, em defesa de seu procedimento, a autoridade de leis inconstitucionais (...) toda medida, legislativa, ou executiva, que desprezitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula; (...) <sup>411</sup>.

Na esteira de Ruy, repisadas por tantos outros eméritos publicistas (como Pontes de Miranda Castro Nunes, Francisco Campos, Moreira Alves, Victor Nunes Leal, Carlos Maximiliano, etc.), cujas precisas manifestações já foram devidamente analisadas no decorrer desta monografia, não é dado aos TCs se omitirem ao detectarem atos normativos inconstitucionais em que se baseiam os atos administrativos- objeto da fiscalização que lhes incumbe realizar.

Assinala Carmen Lúcia Antunes Rocha que

(...) os poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário) constituem-se pela Constituição e atuam segundo as competências que lhes são por ela outorgadas e das quais não podem eles desbordar, tem-se como certo e inarredável que toda e qualquer afronta à Constituição não dispõe de fundamento para existir validamente

---

<sup>411</sup> Ruy BARBOSA. *Comentários à Constituição Federal*. Op. cit., v. 1, p. 11.

no Direito, menos ainda para produzir efeitos legítimos e sustentáveis na ordem jurídica constituída <sup>412</sup>.

Todavia, considerando que nos termos do inciso XXXV do art. 5º da CF vigora entre nós o princípio da *jurisdição una*, mesmo que se admita que as Cortes de Contas, no Brasil, configurem espécie de *tribunais administrativos* (porque sua natureza é híbrida), só o poderiam ser em caráter *formal*, como decorrência das *funções* que lhes incumbe realizar, na medida em que, por força daquela disposição constitucional, a jurisdição só se exerce, material e formalmente, através do Poder Judiciário.

Mas, então, o que farão os TCS quando confrontados com situação desta natureza, se não possuem competência para exercerem o *controle de constitucionalidade monista/difuso/incidental*, que se efetiva sobre o caso concreto, cientes de que também não lhes foi atribuída legitimidade ativa para a propositura da competente ação de controle concentrado de constitucionalidade, eis que não integram a relação discriminada, em *numerus clausus*, no art. 103 da CF<sup>413</sup> ? Deixam de operar porque não se lhes reconhece instrumental<sup>414</sup> essencial, sem o que suas atividades fiscalizadoras correm o risco de se tornarem vãs?

Não, por óbvio, porque tem deveres constitucionais a cumprir. Sendo assim, só lhes resta uma solução, pelo menos na atual feição constitucional dos TCs e da própria CF: *apreciarem* a inconstitucionalidade apurada, com fundamento na Súmula nº 347 do STF e, tam-

---

<sup>412</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. *Constituição e Segurança Jurídica*. Op. cit., 180.

<sup>413</sup> No caso da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, os legitimados ativos para a ADIn estão relacionados nos §§ 1º e 2º do art. 95 ( para norma estadual e municipal, respectivamente).

<sup>414</sup> FERRAZ, Sergio. A Execução das decisões dos Tribunais de Contas – algumas observações. *Revista TCMJ*. n. 24, jun. 2003, p. 37-40, p. 37.

bém, nas competências *explícitas e implícitas*<sup>415</sup>, decorrentes dos deveres que lhes foram atribuídos pela CF.

Em conseqüência, devem efetuar o exame de *conformidade constitucional* do ato normativo em que se baseia (m) o (s) ato(s) de administração e/ou de gestão pública examinado (s), procedendo à *interpretação*<sup>416</sup> da norma infraconstitucional em face da Constituição e, ao se depararem com flagrante inconstitucionalidade, formal e/ou material, decidirem pela *não - executoriedade* da lei ou ato normativo inconstitucional, negar-lhe aplicabilidade ao caso concreto em exame, suspenderem sua eficácia de forma incidental.

Esta *negativa de eficácia, suspensão de eficácia, negativa de aplicabilidade* ao caso concreto em exame, *não - executoriedade*<sup>417</sup> da lei ou ato normativo inconstitucional, decidida pelo Tribunal de Contas em caráter incidental à questão em exame, corresponderia à nulidade, à não-geração de efeitos decorrente da nulidade? Se assim entendido, então estaríamos perante um problema de incompetência a resolver pois a declaração de nulidade, com conseqüente retirada da norma do ordenamento jurídico, é de competência privativa do Poder Judiciário, como já referido.

Todavia, não é sob este viés que se deve examinar a questão, até porque, como bem aponta Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a teoria civilista das nulidades não é exatamente apropriada às questões de inconstitucionalidade lembrando que, nesta matéria, a teoria jusprivatista apenas nos empresta as denominações que adota e, só

---

<sup>415</sup> Ver, sobre as competências *explícitas e implícitas* dos TCs, o item 2, deste Capítulo, a que me reporto.

<sup>416</sup> Como ensina Carlos MAXIMILIANO, “São intérpretes da Constituição os três poderes em que se divide o Governo Federal. Presume-se que todos eles a observem com respeito e carinho, por isso os atos emanados de cada um auxiliam a exegese, guiam o investigador do verdadeiro sentido do texto fundamental.”- MAXIMILIANO. Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Op. cit. p. 150. – grifou-se.

<sup>417</sup> As diversas formas empregadas nas decisões desta natureza proferidas pelos TCs, que à frente se irá demonstrar.

por uma questão de analogia, por falta de uma teoria própria do direito público, é que se utiliza a expressão nula e anulável, emprestada do direito privado, em relação à inconstitucionalidade. Portanto,, quando se diz que a norma infraconstitucional é anulável, é porque se reconhece que ela pode ter produzido efeitos que, por razão de proteção da confiança e da boa-fé, não devem ser desconhecidos, ou seja, não seria lógico determinar que o nulo produziu efeitos.

(...) No campo do direito público, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade, não deve caber tal diferenciação, mesmo porque, ainda que a inconstitucionalidade seja a forma mais séria de invalidade, a lei ou o ato do Poder Público que viola a Constituição não deve ser tido como nulo ou anulável, mas apenas como **inconstitucional**<sup>418</sup>.- grifou-se.

Por isto mesmo, porque estamos tratando de matéria de direito público, é preciso não só cautela ao conceituar este agir dos TCs como, também, traçar paralelo nas similaridades existentes, com relação ao agir de outros órgãos estatais, pertencentes ou não ao mesmo *poder legislativo* a que se vinculam formalmente as Cortes de Contas, em situações próximas à sua própria atuação.

Refiro-me ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, quando efetuam o controle político de constitucionalidade, questões já examinadas no Capítulo II, nºs 2 e 3, a cujos lineamentos me reporto.

A análise da questão ora enfrentada, contudo, torna necessário que aqui se revisitem alguns dos mais destacados posicionamentos doutrinários sobre a matéria, já anteriormente referidos, porque deles se traçará o paralelo aplicável à decisão adotada pelos Tribunais de Contas em questões de inconstitucionalidade.

---

<sup>418</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade. *Constituição e Segurança Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004., 209-260, p. 233-4. Ver, também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 4 e 833.; MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001. LEITE, Carlos Henrique Bezerra; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; PELÁ, Carlos. *A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas*. Barueri: Manole, 2005, p. 27-31. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de Direito Administrativo*. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991, p. 239. MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 57, p. 73-87. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Cconstitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 53. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. De acordo com a EC 19/98. Op. cit., p. 187.



Reporto-me, assim a afirmativas como as de Miguel Reale (exposta no item 2, do capítulo II), quando assevera que o Executivo não detém competência para *declarar* inconstitucionalidade e retirar a vigência, definitivamente, da lei que verifica ser inconstitucional, porque esta é tarefa do Judiciário, que sempre terá a palavra final (jurisdição una). Todavia, esta *incompetência* em um sentido, não significa que não possua *competência em outro*: de ter o *dever* de iniciativa de não agir com fundamento em dispositivos ilegais, porque apresentam vício de inconstitucionalidade, não havendo “nada mais legítimo que desde logo o Executivo *suspenda a eficácia* das normas manifestamente inconstitucionais, sob pena de tornar-se partícipe da ilicitude de vício de inconstitucionalidade por ele mesmo argüida”<sup>419</sup>.

Outra não é a posição de Temístocles Brandão Cavalcanti, ao lembrar que o princípio da *separação de poderes/funções* não implica que nenhum deles, e seus órgãos componentes, exerçam suas funções como autômatos (nos dias atuais, se diria “robotizados”) nada fazendo quando se deparem com dispositivo inconstitucional de modo que, apesar de tão grave irregularidade, simplesmente o aplicassem, porque sua invalidade ainda não foi declarada pelo Judi-

---

<sup>419</sup> O ilustre jurista assinala, no *Parecer* que lavrou sobre caso que se tornou *leading case* sobre a matéria, que “Em verdade, podemos considerar superada a corrente que entre nós teve, talvez, em Leônicio Bittencourt, o seu máximo representante (O Controle de Constitucionalidade das Leis), e que afirma que, uma vez promulgada, a lei a todos obriga, inclusive ao Executivo, que assim não poderia se furtar ao cumprimento de suas determinações. A outra, partindo do pressuposto de que lei inconstitucional não é lei- e portanto nenhum efeito jurídico lhe pode ser, por isso mesmo, reconhecido – acentua que nem o Executivo, nem os particulares estão vinculados a tal observância. A nosso ver, a razão está com a segunda orientação que, diga-se desde logo, é a que conta com o sufrágio não só de mais abundante e autorizada corrente de doutrinadores, como também têm logrado a acolhida reiterada de nossos Tribunais em várias oportunidades, inclusive na Corte Suprema. (...) Diante de tais ponderações, de juridicidade inconcussa, forçoso é reconhecer, com a Egrégia 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rec, dos Tribunais, v. 323, pág. 344), que *quando ‘a autoridade administrativa entende que a lei que lhe incumbe executar é inconstitucional, o remédio imediato está em não executá-la por esse motivo, declarando-o expressamente: o Executivo é o órgão de execução, incumbido de movimentar a máquina administrativa do Estado; cabe-lhe o direito de administrar com os olhos voltados para a Constituição e para as leis que não tenham o vício da inconstitucionalidade; assim como o magistrado deixa de votar as proposições do Executivo que entenda serem ofensivas ao texto constitucional, também o Executivo tem o direito e a obrigação de não dar cumprimento a leis que entenda estarem viciadas de inconstitucionalidade’*”. grifou-. se. REALE, Miguel. Parecer. Op. cit., p. 8. Este parecer está publicado também em *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Ano XXIII, setembro-1965, n. 95, p. 43-7.

ciário. Ao contrário, adverte que se o Executivo optar por tal atitude, torna-se responsável solidário pelo erro de dar execução a ato administrativo cujo suporte legal é inconstitucional<sup>420</sup>.

Francisco Campos, sempre enfático em afirmar que lei inconstitucional não obriga ninguém a seu cumprimento porque, na realidade, de fato, não é lei, assinala da impossibilidade de recusar ao Legislativo e ao Executivo o *poder* de *interpretar a Constituição* e, em razão das conclusões obtidas desse processo hermenêutico qualquer um dos dois Poderes<sup>421</sup> deve adotar as decisões necessárias para o exercício de sua própria competência, porquanto impedir isto seria permitir a instalação nestes “dois motores da vida política do país e do Estado, do princípio da **inércia** e da **irresponsabilidade**, paralisando o seu funcionamento” (grifou-se), ou o obstruindo, de forma permanente, deixando-os livres para que não mais cumprissem seus deveres constitucionais. Por isto, afirma ser

*axioma fundamental ao nosso regime* o de que a cada um dos Poderes, de que se compõe o Governo do país, cabe a faculdade de interpretar a Constituição e de, consoante a inteligência que dá, ajuizar e decidir de sua própria competência e, portanto, dos seus próprios atos<sup>422</sup>. – grifou-se.

Por sua vez, Ruy Barros Monteiro, ao afirmar que a tese de Lúcio Bittencourt<sup>423</sup>, segundo a qual a lei permanece válida e deve ser cumprida enquanto não declarada formalmente

---

<sup>420</sup> CAVALCANTI, Temístocles Brandão. Parecer. Op. cit., p. 47.

<sup>421</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 430-3.

<sup>422</sup> Id. Ibid., p. 442.

<sup>423</sup> Lúcio Bittencourt vê diferença nos efeitos das decisões proferidas no controle difuso e no concentrado, afirmando que nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito revogatório. O tribunal *não anula, rescinde, cassa, destrói ou revoga a lei*, senão, apenas, *lhe recusa força formal*, o caráter obrigatório e “*irrefragável*” que lhe é inerente, *negando-lhe aplicação ao caso*. BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit. p. 135.

sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário<sup>424</sup>, é entendida como superada, com fundamento nas manifestações majoritárias da doutrina e do Judiciário, de modo que considera “irrecusável a conclusão de que o Chefe do Poder Executivo não está obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional”<sup>425</sup>.

Marcello Caetano, ao comentar os *efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, afirma que uma lei pode ser declarada *inexistente, nula*, ou simplesmente *ineficaz*, e esclarece a distinção, *in verbis*:

A *inexistência* é uma sanção (...) para fulminar vícios muito graves. A lei é considerada (...) destituída, desde a origem, de força obrigatória. *Ninguém, autoridade do Estado ou cidadão, lhe deve obediência. Qualquer pessoa pode opor-se à sua aplicação independentemente de declaração de inconstitucionalidade por um órgão para tal efeito competente.*

Quando a inconstitucionalidade da lei é verificada por via de acção judicial ou declarada por um órgão político, produz-se a *anulação*: a lei será revogada, determinando a Constituição ou a lei reguladora da competência do órgão julgador quais os efeitos dessa anulação(...)

Mas se o poder de julgar a inconstitucionalidade é dado aos juizes ordinários com a faculdade de levantar o incidente por iniciativa própria ou o dever de apreciar a excepção suscitada pelas partes em determinado processo, então em geral o juiz *tem de limitar-se a não aplicar a lei declarada inconstitucional àquele caso concreto submetido à sua decisão. A sanção será, pois, a mera ineficácia*, isto é, a lei não produzirá efeitos, visto os órgãos de aplicação não a aplicarem<sup>426</sup>. – grifou-se.

Riccardo Guastini, ao tratar da “ilegitimidade constitucional”, consigna:

<sup>424</sup> Este é o entendimento também de MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *RDA*. 191: 40-66, jan.-mar- 1993, ps. 40-65.

<sup>425</sup> MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. Op. cit., p. 102. Sobre a questão ver também a posição de AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. Op. cit., p. 78, nota 68, ao consignar estar equivocada jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, segundo a qual o exame efetuado pelo Judiciário no controle difuso de constitucionalidade não implica em declarar “o órgão judicial a inconstitucionalidade da lei. Simplesmente deixa de aplicá-la, em face do caso concreto, por considerá-la inconstitucional. Há diferença entre declarar-se que a lei é inconstitucional (controle direto com efeito *erga omnes*) e deixar-se de aplicar a lei por se a considerar inconstitucional (controle difuso, com efeito apenas no caso julgado)” – (TJDFT, ARC 508/96, 1ª Câmara Cível, relator para o acórdão: Des. Mário Machado, *DJ* de 14.10.1998.”

<sup>426</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* Op. cit., Tomo I, p. 348-9. Sobre isto, ver também MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Op. cit., p.483.

3) *Legittimità costituzionale*. (...) Si dice ‘costituzionalmente legittima’ una norma, disposizione, o fonte, che sia conforme alle norme costituzionali. (...) *Efficacia*. Nel linguaggio dottrinale, il vocabolo ‘efficacia’ – in quanto predicato di norme o di atti giuridici – significa *capacità di produrre effetti giuridici* (...) <sup>427</sup>. – grifou-se.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também destaca o sólido entendimento de maciça doutrina e da jurisprudência quanto à faculdade reconhecida ao Executivo para recusar aplicação à lei inconstitucional porque se trata, aqui, do dever de observância à hierarquia entre as normas, a que resume a questão da inconstitucionalidade no moderno direito constitucional e através do qual se resolve este conflito <sup>428</sup>.

José Luiz de Anhaia Mello, por sua vez, afirma que o zelo pela Constituição é dever de todos os poderes, não sendo um privilégio do Judiciário, não podendo o Chefe do “Executivo cumprir lei inconstitucional, uma vez que essa inexistente, é um fantasma legislativo”, trazendo ainda como exemplo, também, desse dever de não-aplicação de leis inconstitucionais, que ele se aplica igualmente aos *Tribunais de Contas*, pois “*não pode o Tribunal de Contas cumprir lei inconstitucional*” <sup>429</sup>. (grifou-se).

Mesmo posicionamento é adotado por Roberto Dromi, admitindo a possibilidade da efetivação de controle de constitucionalidade pela Administração, o que deve ser feito mediante interpretação da norma jurídica, de modo que o Executivo poderá examinar a validade das normas perante o texto constitucional quando essa inconstitucionalidade se apresente de-

<sup>427</sup> GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge*. Torino: g. Giappichelli editore, 2005, p. 130-1. Tradução livre da autora desta monografia: 3) *Legitimidade constitucional* (...) Se diz ‘constitucionalmente legítima’ uma norma, disposição, fonte normativa, que seja conforme as normas constitucionais. (...) *Eficácia*. Na linguagem doutrina, o vocábulo ‘eficácia’ – enquanto predicado de norma ou de atos jurídicos – significa *capacidade de produzir efeitos jurídicos* (...).

<sup>428</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo. Op. cit. Ver, também, MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Op. cit. p. 281-445. - )

<sup>429</sup> MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. Op. cit., p. 113-4. Esclarece o autor que se coloca em corrente diversa à daqueles, como Lúcio Bittencourt, que “entendem que ao Executivo falece tal cometimento, pois a ele incumbe cumprir a lei”. BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 115.

monstrada, de forma razoável, ou se revele evidente, também de forma razoável, ou quando ocorra caso de inconstitucionalidade grave e manifesta<sup>430</sup>.

Não restam dúvidas, portanto: o Executivo não pode cumprir ato administrativo fundado em lei inconstitucional. Como assim é, de que forma se poderia aceitar que o Tribunal de Contas, ao qual incumbe o dever de controlar a legalidade do agir de todos os gestores públicos, não só não possa efetuar o exame de conformidade – compatibilidade – constitucional dos atos praticados pela administração pública como, se detectada sua inconstitucionalidade, deva ficar inerte ante esta irregularidade porque não possui “competência” para “declarar inconstitucionalidade”?

Inquestionável que assim não pode proceder, cabendo-lhe, no entanto, como *dever*, mas sem adentrar em competência alheia (do Judiciário), agir dentro dos limites de suas atribuições, de modo que não *declara* (no sentido técnico da palavra, não meramente semântico) inconstitucionalidade, mas *nega executoriedade* ao ato de administração inconstitucional, negando também, para o caso que examina – de forma incidental – executoriedade, eficácia, aos dispositivos normativos inconstitucionais que os fundamentaram.

Esta singularidade de decidir, necessária, nos termos da CF, é muito bem aclarada por Ronaldo Poletti, ao traçar distinção fundamental para o tratamento da questão: não se deve confundir o poder-dever do Executivo de *não cumprir lei* que entenda *inconstitucional com a declaração de inconstitucionalidade da lei*, porque essa última é faculdade privativa do Judi-

---

<sup>430</sup> DROMI, Roberto. *Sistema y Valores Administrativos*. Op. cit., p. 144-5.

ciário, de modo que deve ficar claro que o Executivo não decreta esta inconstitucionalidade, mas simplesmente não cumpre a lei inconstitucional, negando sua execução<sup>431</sup>.

Assim também ocorre com os Tribunais de Contas: não “decretam inconstitucionalidade”, pois não lhes é dada esta competência mas, se não a possuem, têm a competência –dever de agir ante a agressão ao texto constitucional, o que o fazem por decisão de seus membros, equiparados a magistrados pela CF (Ministros, no TCU, Conselheiros, nos Estados), negando a execução de atos administrativos inconstitucionais, porque este é vício insanável impeditivo de sua produção de efeitos – *negativa de eficácia* -, com a conseqüente negativa de exequoriedade da lei ou ato normativo em que se fundamenta, porque contrário à Constituição.

Não há, em atuação desta natureza, exercício de controle *jurisdicional* de constitucionalidade; aliás, nem o poderia haver, por incompetência para tanto. *O que há é exame incidental de compatibilidade constitucional de atos administrativos e das normas jurídicas que os fundamentam* por um órgão de natureza híbrida (como já se demonstrou no item 4 do Capítulo II e no item 1, deste Capítulo III, a que me reporto), porquanto se é verdadeiro que os Tribunais de Contas são vinculados ao Poder Legislativo, para fins institucionais, o que os qualificaria como órgãos políticos, também é verdade que sua autonomia, que encontra similar no Ministério Público, os reveste de características de *tribunais administrativos*, com a devida ressalva ao princípio constitucional da jurisdição una vigente no Brasil.

Desta forma, do que aqui se trata não é de controle *monista/difuso* de constitucionalidade, mas de *exame de conformidade constitucional de natureza político-administrativa*,

---

<sup>431</sup> POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit. p. 148. Acrescenta o autor que a “Constituição não atribui privativamente ao Poder Judiciário o dever de zelar pela execução da Constituição, mas a distribui a todos os Poderes do Estado.” Isto é da tradição republicana. A competência é concorrente, não privativa.

realizado por um órgão da República, dentro dos limites que lhe foram traçados pela Constituição, da mesma forma como por ela autorizado aos Poderes Executivo e Legislativo.

No máximo se poderia admitir, apenas como forma de expressão dessa modalidade de atuação dos TCs, que consistiria em uma “espécie de controle difuso/incidental de constitucionalidade”, sem o ser, efetivamente.

Reforço meu posicionamento sobre a matéria com as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre ela lançadas, como a seguir demonstrado e, para tanto, também me reporto ao já consignado no item 4 do Capítulo I, no qual se examinou possibilidade de ser efetuado *controle jurisdicional de constitucionalidade monista/difuso* nas Ações Coletivas, tendo-se concluído que, apesar da peculiaridade apresentada por este tipo de controle, decorrente da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nestas ações, isto não constitui impedimento à sua efetivação. Não só isto: que este controle não poderia ser impedido, sob pena de inconstitucionalidade, por vedar concretização de direitos fundamentais, direitos de cidadania, por ela protegidos. Traçando-se paralelo com esta situação, também os TCs têm necessidade de efetuar o exame de conformidade constitucional de atos administrativos e normativos, de forma incidental aos casos concretos sob sua fiscalização, negando-lhes executoriedade, sob pena de inconstitucionalidade, porque não só se estaria a lhes impedir o exercício pleno de suas competências, como porque também aqui direitos fundamentais de cidadania serão obstados em seu exercício, porquanto as receitas públicas serão reduzidas, em razão de seu uso ilegal.

Dentre as abalizadas manifestações doutrinárias favoráveis a este tipo controle, fundamentadas, inclusive, em decisões do Poder Judiciário, ali elencadas e a que me reporto,

destaco a manifestação da sempre festejada Ada Pellegrini Grinover<sup>432</sup>, para quem não só é possível este tipo de controle, como nele nada há de especial em razão da natureza singular das decisões neles proferidas, porque se trata de exame de constitucionalidade em caráter *prejudicial* àquelas ações, de modo que não se constitui de seu objeto principal e, por isso, não projeta efeitos fora do processo, “não fazendo coisa julgada e ficando esta restrita, com efeitos *erga omnes*, ao dispositivo da sentença coletiva<sup>433</sup>”.

A Prof<sup>a</sup>. Ada Grinover, tece, também, comentários sobre as características do *controle difuso de constitucionalidade*, deixando claro que nele se opera a *suspensão de eficácia erga omnes*, se expedida a resolução respectiva pelo Senado (art. 52, X, CF), *não invalidação da lei ou ato normativo*, de competência do Poder Judiciário e com efeitos típicos *erga omnes*, destacando que

É esta a pedra de toque do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no Brasil, A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada *incidenter tantum*, não tem o condão de fazer coisa julgada material.

A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz e inclusive o Supremo Tribunal Federal, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.

A partir deste momento, a manifestação do Senado – que não revoga nem anula a lei - simplesmente lhe retira a eficácia erga omnes, mas, por isso mesmo, *ex nunc*, consoante a que parece ser a melhor doutrina.

E isto porque a decisão incidental sobre a questão constitucional não faz coisa julgada,, não tendo o condão de declarar a nulidade ou anular a lei inconstitucional. E a resolução do Senado não revoga nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia.

Como afirma a ilustre mestra, o Senado, ao atuar no controle político de constitucionalidade, *não revoga nem anula a lei*, apenas lhe retira a *eficácia*, *suspende sua eficácia*.

<sup>432</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Op. cit., p. 29-37 e 395.

<sup>433</sup> Id. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julga *Erga Omnes* das Ações Coletivas. Op. cit., p.11.



Lembro que a questão da atuação do Poder Legislativo, através do Senado, no controle de constitucionalidade, também já foi antes examinada no item 3, do Capítulo II, ao qual também me reporto, destacando que ali também se fez referência ao posicionamento de vários doutrinadores, dentre eles Ronaldo Poletti, para quem a compreensão desta atuação do Senado exige que se tenha presente que o próprio dispositivo constitucional (inciso X, art. 52, CF), consigna a expressão “*suspender a execução*”, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional, e que ela não significa o mesmo do que *revogar* ou *suspender a vigência* da lei, razão pela qual, quando o Senado editar a respectiva Resolução, a lei não estará revogada e continuará em vigor: o que ela não mais poderá é produzir *efeitos*, estará desprovida de *eficácia*<sup>434</sup>, terá retirada *sua aptidão para produzir efeitos jurídicos*”, *perde sua executoriedade*<sup>435</sup>, como registra Regina Maria Nery Ferrari, até porque não é da competência do Senado revogar ou suspender a vigência da lei, o que também é assinalado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que a suspensão efetuada pelo ato do Senado *não revoga a lei*, pois seu efeito é apenas de retirar-lhe a *eficácia*, de modo que o ato perde “a aptidão para produzir efeitos de direito”<sup>436</sup>.

Sergio Resende de Barros define, com precisão, a distinção entre *eficácia* e *existência*, configurando seus limites, ao afirmar, taxativamente:

– é bom esclarecer desde logo – *execução* significa *eficácia* e não *existência*. **O Senado suspende** para todos a *eficácia* que o Supremo já suspendera entre partes. Mas nenhum dos dois toca na existência da lei.(...) Pelo que, após as intervenções do Supremo e do Senado no controle difuso, a lei continua existindo, ainda que ineficaz. (...) Esse é o conceito segundo o qual agiu o Constituinte de 1891, valendo-se do termo *execução* para atender à distinção entre existência e eficácia da lei

<sup>434</sup> POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit. p. 150.

<sup>435</sup> FERRARI, Regina. *Efeitos da Declaração de Constitucionalidade*. Op. cit. p. 88 e 205.

<sup>436</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Op. cit. p. 41-2.

(...) *Não continue, pois, esse termo a causar a espécie que tem causado, pois ele foi bem engendrado pelos constituintes brasileiros*<sup>437</sup>. - grifou-se .

De acordo com todas as manifestações acima referidas, com destaque para a definição precisa efetuada por Sergio Resende de Barros, fica claro que o Senado Federal, ao cumprir o disposto no inciso X do art. 52 da CF<sup>438</sup>, apenas *suspende a eficácia* da norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF e, com isso, veda o prosseguimento de sua *execução*, o que não significa que possa atingir ou tenha atingido a *existência* da norma, que permanece no sistema, “ainda que ineficaz”<sup>439</sup>. Portanto, esta atuação do Senado não tem o condão de revogar, de anular a lei: não a *revoga, nem anula*: ela simplesmente não poderá mais ser *executada*.

Se assim é para o Senado, órgão do Legislativo e que recebe esta competência constitucional como legítima expressão do sistema de *check and balances*, da mesma forma também outro órgão vinculado ao Legislativo, mas de natureza política (formalmente)- administrativa - jurídica e técnica - os Tribunais de Contas - não exerce controle de constitucionalidade de normas jurídicas nos moldes inerentes ao Poder Judiciário, razão pela qual não se pode imputar efeito revogador ou anulatório, de leis e atos normativos, às decisões que profere quando, ao exame de conformidade constitucional de normas jurídicas que embasam atos de administração sujeitos ao controle externo de despesas públicas, constata sua inconstitu-

---

<sup>437</sup> Ao prosseguir na análise do tema, Sérgio Resende de Barros afirma: “A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviverem em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtrai exequibilidade à lei, porém não a revoga”, e como a lei continua existindo, entende possível a restauração de exequibilidade da lei após editada a Resolução do Senado, mas isto só será possível se o STF rever sua decisão, porque não cabe ao Senado fazê-lo, com o que concordamos, inteiramente. BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?. Op. cit., p. 234 e 236. Do mesmo autor ver também: O Senado e o Controle de Constitucionalidade. Op. cit.

<sup>438</sup> Para isto, ver também BRITTO, Carlos Ayres. *Separação de Poderes na Constituição Brasileira*. Op. cit., p. 115-27.

<sup>439</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*. Op. cit. p. 236.

cionalidade<sup>440</sup>, porque estas decisões se limitam a *negar executoriedade, negar eficácia* a tais normas e atos de gestão. Repisa-se: *não as revogam, não as anulam*: elas simplesmente não mais poderão ser *executadas*, mas permanecem no sistema até a intervenção do Judiciário, que decidirá a respeito.

Ricardo Lobo Torres deixa clara a forma de agir dos TCs em questões de inconstitucionalidade que, para ele, implica no controle de superlegalidade, o que já se havia apontado, de início, o que significa exame de “constitucionalidade das leis e atos administrativos”, sobre isso afirmando:

*A inconstitucionalidade das leis in abstracto não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, posto que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade dos atos administrativos pode ser reconhecida in casu pelos órgãos encarregados do controle, que se negarão a aprová-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se com a lei e a Constituição(...). A declaração incidental da inconstitucionalidade tornou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle da legitimidade<sup>441</sup>. – grifou-se.*

Na sempre lembrada manifestação de José Luiz de Anhaia Mello, ao Tribunal de Contas compete “*negar aplicação e não julgar da constitucionalidade*”, pois em verdade “não há julgamento de inconstitucionalidade, há apenas ato inaplicado e nesse particular **não pode o Tribunal** deixar de assim atuar” (grifei), até porque , como afirma,

<sup>440</sup> Sobre o tema ver também: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 84-5.

<sup>441</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o Controle de Legalidade, Economicidade e Legitimidade*. Op. cit., p. 266-7.

entre declarar e não cumprir vai grande distância. (...) Por enquanto, resta a prerrogativa parca e pequena de não cumprir, e isso é nada para um Tribunal que tem a seu cargo o papel preponderante na Democracia, razão mesma de sua aceitação, ou seja, o controle imparcial dos dinheiros públicos<sup>442</sup>.

A ratificação de que a atuação dos TCs, nestes casos, não configura controle de constitucionalidade, mas proteção do interesse coletivo e do erário, está consagrada, também, em Pareceres do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, como se vê das manifestações por ele firmadas, nos *Pareceres*<sup>443</sup> a seguir:

Parecer MPE/TCE nº 0030/2003. Processo nº 2405-02.00/01-9. Tomada de Contas exercício 2000.

(...) 2.1. C) Subitem 2.2 da Auditoria. Utilização de servidores detentores de cargos em comissão para o exercício de atividades de caráter permanente, colidindo com o disposto no artigo 37, incisos II e IX, da Carta da República. A propósito, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial (inclusive da Suprema Corte) e mesmo neste Colegiado, tem-se entendido pela inconstitucionalidade de tal proceder.

(...) Isto posto, opina este Ministério Público Especial nos seguintes termos: (...). 3º) *Negativa de executoriedade* às Resoluções nºs 005/1998 e 001/2000, em face de sua inconstitucionalidade, no tocante à parte que versa sobre a criação dos cargos em comissão de Assessor Administrativo, Auxiliar de Serviços Gerais, Oficial Administrativo, Técnico Contábil e Tesoureiro, fixando-se prazo para que o atual Presidente da Câmara Municipal de Imbé proceda à desconstituição dos atos admissionais. GERALDO COSTA DA CAMINO, Adjunto de Procurador.- grifou-se

Parecer MPE/TCE nº 0831/2004

Tomada de Contas. Legislativo Municipal de (...). Exercício de 2001. (...) Contratação de serviços de terceiros para a execução de atividades jurídicas inerentes aos servidores públicos. Exercício de cargo comissionado em atividades típicas e cargos de provimento efetivo (proposição de negativa de executoriedade de legislação criadora dos cargos e de desconstituição dos atos admissionais). Multa. Baixa de responsabilidade, com ressalvas. Recomendação ao atual Administrador. (...) Seguindo o mesmo entendimento, este Ministério Público Especial opina no sentido de que *seja negada executoriedade* dos artigos 2º e 21 (parte) das Leis Municipais nºs 3.740/2001 e 3.533/200, respectivamente, frente à sua inconstitucionalidade no que tange a criação dos cargos de Assessor Administrativo, Assessor Legislativo, Chefe do Serviço de Tesouraria, Chefe dos Serviços Contábeis, Chefe de Conservação e Limpeza e Assistente Administrativo, os quais deveriam ter sido instituídos sob a forma de provimento efetivo.- grifou-se. (...). MPE, em 30 de abril de 2004. – grifou-se.

GERALDO COSTA DA CAMINO, Adjunto de Procurador.

PARECER MPE/TCE nº 1982/2001. Processo nº 4845.02.00/00-5.

RECURSO DE EMBARGOS. Município de Canguçu. Atos de admissão. Contratos por prazo determinado. Negativa de executoriedade a leis municipais e

<sup>442</sup> MELLO, José Luiz de. *Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação a Leis Inconstitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 12-5.

<sup>443</sup> Disponíveis, na íntegra, no site: <<http://www.tce.rs.gov.br/MPE/Index.pp>>. Acesso em 5 abr. 2006.

aos atos admissionais delas decorrentes. **Súmula 347 do STF**. Reiteração de procedimento. Afronta aos incisos II e IX do artigo 37 da CR/88 (...).

Destarte, por restar configurada uma situação de não-transitoriedade e emergência, visto que o Município vem, reiteradamente, admitindo servidores por meio de contratos a termo, para as mesmas funções, flagrante o desvirtuamento do permissivo constitucional expresso no inciso IX do artigo 37 da Constituição da República, desvelando burla à admissão através de concurso público, nos termos do inciso II do mesmo artigo. (...)

**Nesse aspecto, cabe a qualquer juiz ou tribunal, aqui se incluindo os Tribunais de Contas, a teor do que consta na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, negar aplicação a uma lei incompatível com a Constituição.**

**É certo que não se cogita, propriamente, no sentido técnico-processual, de uma declaração de inconstitucionalidade de lei municipal pelo Tribunal de Contas, função esta afeta aos órgãos do Poder Judiciário, mas, sim, do dever-poder próprio de examinar a regularidade do ato administrativo à luz da CR, apreciando a constitucionalidade e negando executoriedade, quando detectado que a regra infraconstitucional afronta a Lei Fundamental, sob pena de o controle se tornar ineficiente e ineficaz. - grifou-se.**

MPE, em 27 de setembro de 2001. CEZAR MIOLA, Procurador.

PARECER MPE/TCE nº 0664/2001- Processo nº 6195-02.00/98-2

RECURSO DE EMBARGOS. Município de Camaquã. Atos de admissão. Contratos por prazo determinado. **Lei Municipal: inconstitucionalidade reconhecida pelo Tribunal de Contas. Súmula 347 do STF**. Inobservância do artigo 37, inciso IX, da Carta Magna. Conhecimento. Não-provimento.- *grifou-se*.

Na mesma linha de entendimento, quando do exame do Processo nº 1651-02.00/97-0 (auditoria de admissões), (...)manifestou-se este Órgão Ministerial através do Parecer MPE/TCE nº 0747/2000, nos seguintes termos:

**Assim, investido desse poder-dever (...) Que até pode ser melhor colocado como “dever-poder” haja vista a ausência de qualquer “disponibilidade na verificação da regularidade dos atos, quando do exercício, pela Casa de Contas, dos seus misteres assentados na Lei Fundamental) esta Corte, no exame da Lei Municipal nº 02/97, entendeu por negar-lhe executoriedade, visto o desvirtuamento do mandamento constitucional insculpido no inciso IX do artigo 37 da Carta Magna (...) por não se constatar a situação excepcional ali preconizada, pois como bem anota a equipe técnica (item 2.2 – fl. nº 100), a Auditada vem realizando sucessivas contratações de professores por prazo determinado, o que demonstra que tais cargos constituem-se numa necessidade permanente do Município e portanto devem ser providos por servidores concursados, ..., salientando que a grande maioria inclui recontrações de servidores.” (...) Ante o exposto, a manifestação deste Órgão Ministerial é pelo conhecimento do Recurso de Embargos e, quanto ao mérito, por seu não-provimento. É o Parecer. PROCURADORIA, 02 de abril de 2001.- (grifou-se).**

CESAR MIOLA. Procurador-Geral.

Como se pode verificar do teor dos Pareceres supra, o Ministério Público Especial de Contas do RS neles propôs a negativa de executoriedade de atos administrativos e das leis que os fundamentaram em razão de sua manifesta inconstitucionalidade, deixando claro que assim

deve o TC decidir, no estrito cumprimento de seu dever de zelar pelo interesse público, negando execução a despesas ilegais.

Traz-se também à colação (em síntese) alguns julgados de Tribunais de Contas do País em que foram proferidas decisões pela *negativa de exequoriedade* de atos administrativos e de suas leis embasadoras, porque inconstitucionais, com fundamento na Súmula nº 347<sup>444</sup>, relacionados abaixo<sup>445 446</sup>, destacando-se que tais decisões são usualmente proferidas pelas Cortes de Contas do País, quer pelo TCU, quer pelos demais Tribunais de Contas.

TCE/RS: (...) PRESTAÇÃO DE CONTAS. Data: 0/07/2001 Publicação: 27/07/2001 Órgão Julg. 1ª Câmara. Relator CONS. ALGIR LORENZON

EMENTA

ATOS DE GESTÃO CONTRÁRIOS ÀS NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA. (...)

Irregularidade em três atos de admissão. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA.

**Verificada a inconstitucionalidade de dispositivo de Lei Municipal, cabe a suspensão de sua eficácia, nos termos da Súmula nº 347 do STF.** Glosa. Multa. Alerta. Parecer Favorável à aprovação das contas.” – grifou-se. (...).

(...)TOMADA DE CONTAS 001130-02.00/96-5. 17/08/1999 .Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO. Relator: AUD.SUBST.CONS. Rosane Heineck Schmitt:

EMENTA

Aplicação de multa. Advertência para corrigir falhas. *Percepção cumulativa de funções gratificadas, infringindo o art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal. Afastada a glosa face a existência de lei municipal. Negada a exequoriedade desse dispositivo legal, com fundamento na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.* – grifou-se. Glosa de valores pagos referentes a incorporação de representação à remuneração de servidor detentor de cargo em comissão. Glosa da incorporação de diferença do valor de cargo em comissão. Glosa relativa ao pagamento de função gratificada ilegalmente incorporada. Glosa de valores relativos a incidência cumulativa da vantagens temporais - efeito cascata.

REF. LEG. (...) CF/88, art. 37, incs. II, XIV, XVI e XIX; ADCT, art. 17; (...)Súmula 347-STF; (...).”.

Recurso de Embargos. Número0074682.00/00. Data: 04/04/2001 Publicação 08/05/2001.Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO. Relator:CONS. VICTOR JOSÉ FACCIONI .

<sup>444</sup> Disponíveis, na íntegra, no site: <<http://www.tce.rs.gov.br>> Acesso em 27 mar. 2006.

<sup>445</sup> Id. Ibid.

<sup>446</sup> Decisões do TCE- Pernambuco: Disponível, na íntegra, no site: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2006. Ver, também, o site do TCU: <<http://www.tcu.gov.br>>., para acesso a decisões de similar teor.

## EMENTA

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS PROPORCIONAIS.

**Lei Municipal com critérios distintos dos estabelecidos na Carta Federal para fixação de proventos proporcionais. Impossibilidade. Aplicação da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal.**”grifou-se.

Tomada de Contas. Nº 002843-02.00/00-5. Exercício 1999

Orgão Julg. TRIBUNAL PLENO Relator: CONS. HELIO SAUL MILESKI

## EMENTA

CRIAÇÃO E NOMEAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO INCONSTITUCIONAIS. MULTA. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES INDEVIDAMENTE NOMEADOS. REVOGAÇÃO DA LEI MUNICIPAL INCONSTITUCIONAL A criação e nomeação de cargos em comissão para o desempenho de atividades de caráter técnico e permanente, de acordo com o Parecer nº 109/93 da Auditoria deste Tribunal, é inconstitucional, **ensejando a evocação da Súmula 347 do STF.2** – grifou-se. (...)

Prestação de Contas. Nº 002952-02.00/03-7 Exercício 2002 Data 24/08/2004 Publicação 06/09/2004 1ª Câmara. Relator CONS. SANDRO DORIVAL MARQUES PIRES.

EMENTA (...) NOMEAÇÃO DE DETENTORES DE CARGOS EM COMISSÃO PARA O DESEMPENHO DE FUNÇÕES QUE NÃO POSSUEM QUALQUER CARACTERÍSTICA DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE À LEI MUNICIPAL.”(...)..

DECIDO (...) 2.1.1 - *Inconstitucionalidade do inciso II do art. 78 da Lei Municipal nº 537/95.* Pagamento de horas extras em percentual menor que o determinado no art. 7º, inciso XVI da Constituição Federal (fls. 205 a 207). Em que pese o Parecer da Procuradoria Geral no Município (fls. 252 e 262), não há provas de providências concretas no sentido de cessar os pagamentos irregulares, nem de revogação do dispositivo legal flagrantemente inconstitucional. Pelo exposto, opinamos pela manutenção do apontado e **a negativa de executoriedade do art. 78 da Lei Municipal nº 537/95.**”- grifou-se.

Decisão nº 1C-4317/2004 A Primeira Câmara, à unanimidade, acolhendo o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, decide: a) negar executoriedade ao artigo 78 da Lei Municipal nº 537/95, o que deverá ser verificado em futura auditoria; (...).”

PROCESSO T.C. Nº 9402098-0. CONSIDERANDO que a aplicabilidade da Resolução TC nº 07/95 decorre da competência do Tribunal de Contas de negar aplicabilidade, em caso concreto, de lei ou ato normativo quando inconstitucional, conforme enunciou o Supremo Tribunal Federal na Súmula 347; - grifou-se.

*TCE de Pernambuco*>: DECISÃO T.C. Nº 1085/01 PROCESSO TC Nº 9604612-0 – APRECIÇÃO DE ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL. RELATOR: AUDITOR CARLOS MAURÍCIO CABRAL FIGUEIRÊDO, CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO. Segunda Câmara.; 02 de agosto de 2001, CONSIDERANDO que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público, salvo as exceções expressamente previstas (artigo 37, II, Constituição Federal); (...); CONSIDERANDO a inconstitucionalidade do artigo 73 da Lei Estadual nº 6.123/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 016/96, que admite a reversão por interesse da Administração, uma vez que viola os princípios do concurso público e da impessoalidade;

CONSIDERANDO, ainda, a impossibilidade de registro dos atos de reversão (artigo 71, III, da Constituição Federal e Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal), em face da inconstitucionalidade da lei embasadora,- grifou-se.

Pela ILEGALIDADE das nomeações objeto destes autos, negando, consequentemente, o registro aos servidores descritos no Anexo I. (...).

PRESTAÇÃO DE CONTAS DA MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL DE BOM JARDIM (EXERCÍCIO DE 1995). RELATORA: AUDITORA ALDA MAGALHÃES, CONSELHEIRA EM EXERCÍCIO.

CONSIDERANDO que as despesas realizadas com publicidade estão desacompanhadas de elementos que nos permitam examinar o conteúdo publicitário ou de propaganda (Resolução TC nº 05/91, artigo 5º), bem como a inexistência do devido processo licitatório para publicidade (artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal); (...);

CONSIDERANDO que o **Tribunal de Contas não declarou a inconstitucionalidade da Resolução Municipal, e, sim, negou a aplicação de ato normativo que entendeu inconstitucional, com base na Súmula nº 347, do Supremo Tribunal Federal**; - grifou-se. Acórdão, para fins de apreciação quanto à legalidade das Leis Municipais nºs 001 e 003/97.

*TCE Santa Catarina*: Processo nº CON- 95296/01-93. TRIBUNAL PLENO. Sessão: 28/06/2000. Consulta. Relator Conselheiro Antero Nercolini.(...)

Não tendo o Estado ajuizado Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem-se como de eficácia plena a Lei Complementar nº 171/ 98.

*Ressalva-se a competência do Tribunal de Contas para apreciar, incidentalmente, no exame do caso concreto, a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (Súmula 347, do STF). (...)*<sup>447</sup> grifou-se.

*TCE Paraná*. Processo nº 10638/95-TC. Relator Conselheiro Nestor Baptista. (...). Julgado em 16.11.95. (...)

O Tribunal de Contas, nos termos do voto de desempate proferido pelo Presidente, nega registro à aposentadoria do interessado, acima nominado, diante dos fundamentos constantes do voto (...), *avaliando a inconstitucionalidade da Lei nº 355/89 do Município de Capanema, especificamente o parágrafo único do artigo 2º, com autorização da Súmula 347, do Supremo Tribunal Federal, que faculta ao Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, a apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.*<sup>448</sup> (...) - grifou-se.

Destaca-se que a transcrição ora feita destas decisões dos TCs objetiva demonstrar não só a instrumentalidade, indispensável, para a ação fiscalizadora empreendida pelas Cortes de Contas no combate à gastos públicos irregulares, das decisões que profere pela *negativa de executoriedade de atos normativos e das respectivas normas jurídicas que os fundamentam, porque se revelaram inconstitucionais*, quando submetidas ao exame de conformidade/interpretação perante a Constituição, bem como evidenciam que as decisões desta natureza, proferidas pelas Cortes de Contas, não configuram *controle de constitucionalidade*, pois ditas

<sup>447</sup> Disponível em <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em 20 mar. 2006.

<sup>448</sup> Id. Ibid.



leis e atos normativos deixam de ser aplicados, executados, o que não significa, nem o poderi-a, declaração de sua invalidade e, por consequência, sua retirada do ordenamento jurídico, porque esta é competência do Poder Judiciário.

Em conclusão, e reportando-me ao afirmado pelo órgão ministerial do TCE-RS, o exame de conformidade constitucional dos atos de administração praticados pelos jurisdicionados dos Tribunais de Contas do Brasil, consiste não só de um *poder*, mas de um *dever* de apontar referida inconstitucionalidade e negar-se a dar cumprimento àqueles que se revelarem contrários à Constituição e, isto, como já se demonstrou nos itens anteriores deste capítulo, é dever que incumbe a todos os órgãos do Estado, para o devido resguardo dos interesses públicos.

Esta atuação dos TCs, contudo, sempre será revisável pelo Poder Judiciário, porque assim o determina o princípio constitucional da jurisdição una, examinando-se no item a seguir a forma como essa revisão judicial se efetiva.

#### 4 TRIBUNAIS DE CONTAS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA JURISDIÇÃO UNA

Neste item, que é conseqüente às premissas postas nos itens anteriores deste Capítulo, se analisa a atuação dos Tribunais de Contas também sob o prisma da natureza de suas decisões mas, aqui, com enfoque na observância do princípio constitucional da *jurisdição una* e seus desdobramentos, buscando assim verificar se este princípio é determinante para impedir que qualquer outro órgão integrante das *Funções* do Estado, caso dos TCS, institucionalmente vinculados ao Legislativo, se recuse a cumprir normas contrárias à Constituição, nem permita sua execução, porque ao assim proceder está a exercer “um” *controle de constitucionalidade difuso/incidental*, ilegal, em razão de que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é *monista* (concentrado no Judiciário, conforme Cap. I, 2 e 3). Examina-se, ainda, se as decisões do Tribunal de Contas são suscetíveis de revisão integral pelo Poder Judiciário ou se têm caráter de prejudicial a essa revisão e em quais termos.

O exame dessas questões é fundamental, para o âmbito da presente tese, porque permitirá que se coloque um ponto final na definição de sua matéria-objeto: os Tribunais de Contas exercem, ou não, o controle *difuso/incidental* de constitucionalidade de leis e atos normativos ou, ao contrário, porque suas decisões são sempre reexamináveis (com temperamentos ) pelo Poder Judiciário em função do princípio constitucional da *jurisdição una*, se limitam a, como *prejudicial* ao exercício do controle externo dos atos exarados pela administração pública e da gestão da *res publica*, efetuarem a *interpretação* das normas infraconstitucionais perante a Constituição, verificando de sua *conformidade* ao texto constitucional, daí propugnando pela *não executoriedade* dos atos administrativos e de gestão pública revestidos de flagrante inconstitucionalidade, bem como das leis e atos normativos, incompatíveis com o texto constitucional, que os fundamentam.

Oswaldo Luiz Palu distingue, com precisão, a diferença entre controle de constitucionalidade e controle de conformidade, in verbis:

O controle de conformidade constitucional ou de supralegalidade ou de legitimidade diz com a exação do Governo e a discricionariedade do administrador”, tratando-se de “controle da conformidade dos atos governamentais e administrativos”, que “permite, com efeito, garantir o respeito pela administração da hierarquia das normas e da intensidade do controle exercido dependerá o grau de submissão do administrador ao Direito (...) o controle de conformidade tem como conseqüências as *injunctio*ns, ou seja, determinações de obrigação de fazer e não fazer ao agente estatal, além de nulidade dos atos desconforme<sup>449</sup>.” – (grifos do autor).

Como se vê, nada mais apropriado às atribuições das Cortes de Contas: verificar o respeito pelo administrador à hierarquia das normas – a Constituição no topo, sempre - controle que, quanto mais intenso, maior grau de submissão ao Direito será imposta ao administrador. E é isto exatamente que fazem as Cortes de Contas: *exame de conformidade constitucional* dos atos do administrador público e dos atos administrativos em geral afetos à sua fiscalização.

Isto é fiscalizar o cumprimento da CF pelo administrador, e consiste em *apreciar*, não *julgar* a constitucionalidade; isto significa, como bem distingue Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, apenas “conduzir a interpretação de lei a parâmetros centrados na Constituição Federal, sem, de fato, implicar em efeito objetivo sobre a norma<sup>450</sup>”, o que não se confunde com a atuação do Judiciário, do STF (para o caso do controle abstrato, que cumula com o difuso), pois a competência do Supremo abrange a própria lei, “emprestando-lhe validade, ou suprimindo a sua existência no campo da realidade jurídica”, de modo que a atuação do TC em matéria de

<sup>449</sup> Oswaldo Luiz Paul, que inclui o “controle de conformidade” no “controle político”, que se manifesta pelo controle de constitucionalidade – “seu grau máximo e característico- mas também característica, em algum grau, do controle de conformidade dos atos governamentais e administrativos. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. Op. cit., p. 159.

<sup>450</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil*. Op. cit. p. 328.

constitucionalidade não implica em *julgar a constitucionalidade*, nem tem ele o mesmo objetivo do Supremo, até porque suas competências são inconfundíveis.

Todavia, e como tudo que diz respeito a Tribunais de Contas no Brasil, também a definição dos limites da revisão judicial da atuação das Cortes de Contas, apresenta posicionamentos divergentes. A propósito, é bom que se esclareça que toda discussão que se estabelece sobre os limites da atuação das Cortes de Contas deriva da não definição, pelo constituinte, de uma vez por todas, de qual sua posição institucional. Se isto decorre de atecnia legislativa, ou de desconhecimento de sua estrutura e da relevância de suas funções para proteção do erário e, por conseqüência, da sociedade, não se sabe, e também não cabe analisar, no âmbito desta tese (aliás, isto ensejaria nova tese no âmbito da sociologia do direito).

O fato é que ficam as Cortes de Contas jungidas às inúmeras interpretações propostas sobre sua posição institucional. Sequer lhes é dado, como a instituição que lhe é congênere, o Ministério Público (nos termos do art. 127 da CF definido como “essencial à função jurisdicional do Estado, o que não o torna um subordinado, um apêndice, um “auxiliar” do Poder Judiciário), o direito de ter positivada na Constituição sua independência institucional, que titulam, de direito e de fato, como regulado em suas leis orgânicas. Disto resultam infundáveis elocubrações sobre sua real natureza institucional, inclusive as desavisadas, que o classificam como “órgão auxiliar” do Legislativo, não de “auxílio<sup>451</sup>” no exercício do sistema de freios e contrapesos, o que é, em realidade. Como pode ser “auxiliar” ao Legislativo se cabe aos Tribunais de Contas, com total autonomia, fiscalizarem as contas e os atos administrativos emanados do Legislativo? Óbvio: não pode, não o é.

---

<sup>451</sup> A mesma preocupação com o errôneo enquadramento da instituição Tribunal de Contas é expressada por FERRAZ, Sérgio. A Execução das decisões dos Tribunais de Contas. Op. cit. p. 37-40

Porquê se teceu estas considerações? Para demonstrar que, apesar de tudo que já se demonstrou e analisou nesta tese referente à definição da natureza das Cortes de Contas no Brasil, com respaldo nas posições doutrinárias e jurisprudenciais colacionadas sobre a matéria, a verdade é que remanesce um vazio: afinal, qual a verdadeira posição institucional dos Tribunais de Contas?

Disto depende, fundamentalmente, a classificação da natureza de suas decisões e quais os limites de sua revisão pelo Poder Judiciário, dentro do contexto do princípio constitucional da *jurisdição una*, posto no inciso XXXV, do art. 5º, da CF, como direito/garantia constitucional, com exceção de não atuação do Judiciário nas ações referentes à disciplina e às competições desportivas antes do esgotamento prévio das instâncias da justiça desportiva (§1º do art. 217, CF).

Mais do que isto: é essencial para a definição do objeto desta tese, ou seja, definir se no exercício de suas atribuições os TCs exercem, efetivamente, um *controle difuso de constitucionalidade*, porque suas decisões são blindadas pela *coisa julgada*, ou, *contrario sensu*, esclarecer que as Cortes de Contas não efetuam, nem podem efetuar dito controle difuso, aos moldes do Judiciário, limitando-se apenas a proceder exame de conformidade constitucional de atos administrativos e da gestão pública, como preliminar ao exercício de suas funções, que obrigatoriamente deve iniciar pela “conferência” – *conformidade*, de sua *legalidade* e, nesta, da *legalidade constitucional* daqueles atos, submetendo-se à revisão de suas decisões, se levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Quanto a esta questão também não há uniformidade de posições, de modo que se transita entre posições extremadas, que vão da vedação total à revisibilidade de suas decisões pelo Judiciário, em razão de que os Tribunais de Contas exercem o *juízo constitucional de*

*contas*, de forma privativa, como assinalou Castro Nunes, não reconhecendo, assim, ao Judiciário, qualquer função no exame dessas contas porque não possuiria “ autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar”<sup>452</sup> e, do outro lado, o que se tem é a corrente que sustenta a total não-vinculação do Judiciário às decisões do Tribunal de Contas, como sustentava Pedro Lessa<sup>453</sup> no STF, atribuindo aos dados apurados pela fiscalização por eles exercida “valor jurídico de informações, posto que muito valiosas”.

O entendimento de Pontes de Miranda foi, sempre, de conferir às decisões dos TCs o caráter de *prius vinculante*, não de meras *questões prévias*, mas *prejudiciais* à possível revisão posterior efetuada pelo Judiciário, afirmando:

As questões decididas pelos Tribunais de Contas, no julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros ou bens públicos, não são simples *questões prévias*; são *questões prejudiciais*, constituem o *prius* lógico –jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse. É elemento indispensável à repressão do crime de peculato, por parte do juiz comum, o julgamento das contas dos responsáveis, e esse julgamento *somente* pode ser feito pelo Tribunal de Contas. Quando o juiz comum despreza o julgado do Tribunal de Contas, infringindo-o, ou modificando-o, ou tendo-o por desnecessário, **usurpa** funções do Tribunal de Contas, em proveito dos acusados, ou contra eles. (...).

Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está, claríssima, no texto constitucional.

**Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue, e outro juiz as re-julgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de contas julga, ou não julga.**

Por isto mesmo, o que decida sobre elas obriga o juiz criminal. Este, na caracterização do delito de peculato, terá de aceitar o pronunciamento sobre as contas do réu, como apuração preestabelecida de requisito de fato necessário à integração do delito.– grifou-se<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> CASTRO NUNES. *Teoria e Prática*. Op. cit. p. 30

<sup>453</sup> LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 146. Apud NUNES, Castro. *Teoria e Prática*. Op. cit., p. 27.

<sup>454</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Op. cit. p. 340-4. Com relação ao princípio da unidade jurisdicional e sua relação com os TCs, consigna ainda: “Desde 1896 que a regulamentação do Tribunal de Contas, conforme dissemos, lhe conferiu o julgamento das tomadas de contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Não estava isso, todavia, na Constituição, e o Supremo Tribunal Federal, que, a princípio, dava inteiro valor às regras da legislação ordinária, passou a criar óbices à aceitação do Tribunal de Contas como corpo julgador. Um tanto, como teremos, várias vezes, ensejo de mostrar, a luta entre o *pensamento civilístico* dos membros componentes da alta Corte e os *princípios de direito público*. Muito se falou, então, da unidade jurisdicional: não poderia haver duas Justiças; *una lex, una jurisdictio*. A voz dos publicistas, como Nuno Pinheiro e Dídimo da Veiga, pouco adiantava, no esclarecimento da missão do Tribunal de Contas, pela impenetrabilidade da mentalidade de alguns juízes, forrada de princípios de direito civil e de direito processual comum”. Op. cit. p. 339. De mesmo teor / sentido nos “Comentários” à CF de 1967, p. 250-1.

Castro Nunes, antes já referido, expressou seu entendimento no sentido da irrevisibilidade das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, que denomina de “jurisdição constitucional de contas”, com incumbência privativa deste exame, de modo que suas decisões são condicionantes à ação penal e “*não podem ser revistas, quer no juízo penal, quer no juízo cível da execução*”, porquanto” a iliquidez da dívida, ainda não argüida, não pode ensejar a reabertura do processo de tomada de contas”. Deixa claro, contudo, que a Corte julga “contas”, não o responsável, pois lhe cabe decidir apenas sobre a existência material da infração administrativa, essa sim não sujeita a modificação pelo juiz comum, de modo que este poderia absolver o responsável apontado pelo TC (o gestor), desde que não efetuasse a revisão do julgado quanto às contas, em si, nem negasse a “existência material da infração financeira <sup>455</sup>”.

Certo é que não temos previsão constitucional para uma “jurisdição administrativa”, aos moldes da França, que adota o sistema de *dualidade* de jurisdição, em que Tribunais administrativos ou Contenciosos administrativos exercem jurisdição sobre causas em que a administração pública esteja interessada, emitindo decisões com caráter definitivo, de modo que sobre elas não se pronuncia o Judiciário. Isto faz com que, no Brasil, caiba ao Poder Judiciário a palavra final nos processos, o de proferir decisões que terão força de *coisa julgada*, independente de pronunciamento ou questionamento perante instâncias administrativas.

Assim, mesmo que se atribua aos TCs a competência para julgar atos de gestão de administradores de qualquer espécie de patrimônio público, emitir Parecer sobre as contas dos Chefes de Poder Executivo, bem como apreciar a legalidade de atos de pessoal quanto admissões, aposentadorias e pensões e, nisto, se veja função *judicialiforme*, decorrente de seu dever de exercer a fiscalização jurídico-financeira determinada na Constituição, de modo que

---

<sup>455</sup> CASTRO NUNES. *Teoria e Prática*. Op. cit. p. 30.

sua atuação não se confunde com a administração, tão-somente (pois os atos que pratica não se confundem com meros atos administrativos, de gestão de pessoal ou outros, que qualquer órgão do Estado pode ser chamado por lei a praticar), por vigorar entre nós o princípio da jurisdição una *sempre* haverá margem para revisão judicial de suas decisões.

A questão se transfere, então, para delimitar a atuação revisora do Judiciário, isto é, se lhe cabe o exame integral da matéria examinada e julgada pelos TCs – devolução integral de matéria – ou, se à semelhança do que ocorre com os atos exarados pelo Poder Executivo, ou mesmo do Legislativo e do próprio Judiciário, de natureza administrativa, esta revisibilidade fica restrita aos aspectos de legalidade e moralidade<sup>456</sup> (em que se inclui a legitimidade) daquelas decisões.

Um modelo desta natureza se denomina de *sistema dos tribunais judiciais*, segundo o qual caberá aos tribunais judiciais o julgamento, em caráter definitivo, de todas as matérias, inclusive as administrativas, quer seus magistrados tenham ou não especialização nesses específicos temas, como refere Marcello Caetano<sup>457</sup>.

Cabe aqui a comparação com o sistema adotado pela Constituição Portuguesa que prevê, nos seus arts. 207 a 280-I, o reconhecimento de competência para julgar sobre inconstitucionalidade a todos os tribunais que exerçam função jurisdicional, mesmo em sentido *lato*,

---

<sup>456</sup> Maria Sylvia Di Pietro inclui a *moralidade* dos atos administrativos também como sindicável pelo Poder Judiciário, por força do disposto no inciso LXXIII, do art. 5º da CF e art. 37). PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 616.

<sup>457</sup> Marcello Caetano, que vê na ausência de um sistema dúplice de jurisdição, ou seja, a ordinária e a especializada administrativa prejuízo à prestação da jurisdição administrativa na medida em que os juízes comuns não seria afeitos às questões administrativas, voltando-se mais para o direito privado, afirmando que “ experiência mostra que, pouco inclinados ao estudo do Direito administrativo, em regra os juízes dos tribunais judiciais julgam mal as questões tocantes a esse ramo de direito que caem em seu foro”. CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit., t. II, p. 1165.



em que se incluem o Tribunal de Contas, como consigna Jorge Miranda<sup>458</sup>, *que* poderão, assim, decidir de questões constitucionais em caráter incidental, *sub judice*, porque “não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados<sup>459</sup>”, resguardado o direito de recurso, nesta matéria, para o Tribunal Constitucional, que só poderá revisar a questão constitucional se a decisão recorrida “ofende a Constituição, quando aplique norma inconstitucional ou deixe de aplicar por esse motivo norma que não o é”<sup>460</sup>, destacando-se que o Tribunal de Contas, em Portugal, têm natureza eminentemente jurisdicional, estando inserido dentre os órgãos do Judiciário<sup>461</sup> (artigo 211, 1., c.<sup>462</sup>o).

Ao fazer-se a comparação com o sistema português, o que se quer demonstrar é que a aplicação de norma inconstitucional, mesmo que por órgão do Poder Judiciário, sempre implicará em inconstitucionalidade a ser revista por órgão com competência jurisdicional, no caso de Portugal o Tribunal Constitucional, exclusivo para questões constitucionais. Portanto, não aplicar norma inconstitucional é um dever, seja qual for a natureza do órgão, jurisdicional, ou não, de que promane, razão pela qual não é o fato de o Tribunal de Contas, no Brasil, não integrar o Poder Judiciário, que o torna descompromissado em não dar cumprimento a uma lei ou ato normativo inconstitucional, pois de qualquer forma, assim como os demais órgãos do Judiciário ( e de todos os demais Poderes), sua decisão, em questão constitucional, estará sempre sujeita à revisão pelo STF.

---

<sup>458</sup> Jorge Miranda, ao condicionar a fiscalização concreta da constitucionalidade à *função jurisdicional*, que “pode ser tomado em sentido lato (...) e adequado á diversa parcela dessa função que os tribunais exercem: pode compreender (...) *seguramente, a fiscalização jurídico-financeira a cargo do Tribunal de Contas* (...) já que não meros atos administrativos, de gestão de pessoal ou outros, que qualquer tribunal pode ser chamado por lei a praticar”. A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal. MIRANDA, Jorge. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.13-30, p. 14.

<sup>459</sup> PORTUGAL. *Constituição*. Constituição da República Portuguesa. 3ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 112, Artigo 207.

<sup>460</sup> Segundo a classificação efetuada por CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Op. cit., p. 241-59.

<sup>461</sup> Ver, sobre isto,, FERRAZ, Sergio. A Execução das decisões dos Tribunais de Contas. Op. cit., p. 40

<sup>462</sup> PORTUGAL. *Constituição*. Constituição da República Portuguesa. Op. cit., p. 114.

Esta circunstância torna realmente difícil de compreender qual a razão que possa impedir as Cortes de Contas de, ao apreciarem a *legalidade* dos atos de administração, se pronunciarem sobre sua inconstitucionalidade, o que as forçará a cumpri-los, mesmo que inconstitucionais, e a continuar aceitando que outros atos sejam emitidos, com base na mesma norma inconstitucional que já tornou ilegal o primeiro ato examinado, sob o argumento de que, isto, significa efetuar ilegal *controle de constitucionalidade difuso/ in concreto*, porquanto este é privativo do Poder Judiciário.

Parece-nos que nesta questão se está a misturar princípios: *dever de cumprir e fazer cumprir a Constituição e jurisdição una*. O primeiro, como se disse e demonstrou, é dever de todos os órgãos que integram todas as *Funções* do Estado. O segundo, significa monopólio da jurisdição, de dizer o direito em caráter terminativo, inclusive e em especial para o caso, em sede de jurisdição constitucional. Mas *monopólio de jurisdição* não se confunde com *monopólio de preservar a Constituição*, que não existe nem poderia existir na medida em que todas *Funções/Poderes* do Estado tem o *dever* de cumpri-la e fazê-la cumprir.

Necessário, contudo, que se examine se o poder de revisão dos atos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo, atribuído ao Judiciário, no Brasil, para o caso dos Tribunais de Contas significa sindicabilidade integral de suas decisões, ou se existem limites sobre os quais o Judiciário não mais se pronuncia.

Já disse Seabra Fagundes<sup>463</sup> que duas exceções ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário são admitidas pela Constituição: o julgamento, pelo Congresso Nacional, dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (e demais autoridades constantes do inciso I do art. 52, CF) e o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais

---

<sup>463</sup> FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Op. cit. p. 134-40.

responsáveis pela guarda ou aplicação de bens e fundos públicos, atribuído aos Tribunais de Contas (arts. 70/71/CF), o que

(...) implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *juízo*, 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.** – grifou-se.

Compulsados os entendimentos de Pontes de Miranda, Castro Nunes e Seabra Fagundes, antes citados, sobre a natureza das decisões proferidas pelos TCS, pode - se concluir que duas exceções, pelo menos, já haveria à revisão judicial dos seus atos: o fato de que o julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros ou bens públicos devem ser tidos pelo juiz comum como *questões prejudiciais*, sendo condicionantes à ação penal; também com este caráter de prejudicial, suas decisões não poderiam ser revistas no juízo cível da execução<sup>464</sup>, no que diz somente com a existência material da infração administrativa apurada pelo TC, não se estendendo ao gestor- responsável, que poderia ser absolvido pelo juiz comum.

Com relação às contas de Chefes de Poder Executivo *apreciadas* pelos Tribunais de Contas, não poderá o Poder Judiciário modificar-lhe a decisão pela aprovação ou rejeição de contas, ou seja, quanto ao mérito (regra que se aplica também a todos os atos administrativos de quaisquer dos Poderes do Estado). Todavia, fica ressalvada a revisão judicial quando apurada ilegalidade, ou imoralidade na decisão proferida pelos TCs, quando então o Judiciário, sem adentrar ao juízo do mérito desse julgamento, poderá decidir pela *anulação* da decisão e

<sup>464</sup> Contra este entendimento, Denise Nachtigall LUZ, que não deixa de apontar, contudo, que os Tribunais têm decidido no sentido de reconhecer a eficácia de título executivo às decisões dos TCs que imputem débito ou multa ao gestor público, como o determina o § 3º do art. 71, CF. LUZ, Denise Nachtigall. A Natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas sobre as Contas dos Prefeitos Municipais e os Limites à Revisão Judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n.19, 2005, p. 61-82.

determinar ao TC que outra seja proferida, com saneamento das irregularidades declaradas judicialmente.

Há exceção, contudo, nesta regra da não-revisibilidade judicial do mérito das decisões dos TCs sobre contas de gestores, constante da Lei nº 8.429/1999, que trata dos atos de improbidade administrativa, cujo art. 21, inciso II, admite a aplicação de sanções previstas na lei indendentemente da “aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas<sup>465</sup>”.

Por outro lado, há de se ter presente que as decisões dos TCs, na *esfera administrativa*, quanto ao julgamento de contas de administradores e responsáveis por quaisquer valores públicos (art. 71, II, CF), à legalidade dos atos de admissão, aposentadoria, pensão, nos termos do art. 71, III, CF), fazem coisa julgada administrativa<sup>466</sup>, uma vez encerrados todos os recursos previstos nos respectivos regimentos.

---

<sup>465</sup> Neste sentido bem aponta Denise Nachtigall da Luz, ao afirmar: “A escolha do legislador foi acertada, pois as contas anuais são analisadas em caráter global e a análise dos atos específicos capazes de ensejar improbidade administrativa não, necessariamente, integrará a prestação de contas. (...) é possível que no bojo do processo de prestação de contas, seja analisado ato específico considerado sem máculas, o que em nada impedirá a reapreciação da matéria pelo Poder Judiciário”. LUZ, Denise Nachtigall. *A Natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas sobre as Contas dos Prefeitos Municipais e os Limites à Revisão Judicial*. Op. cit., p. 80.

A questão da possibilidade do reexame judicial das decisões dos TCs e do órgão legislativo quanto às contas de gestores, no caso de improbidade administrativa, não vinculam o Judiciário, mas nos demais casos, salvo manifesta ilegalidade. Todavia, há julgado do Tribunal de Justiça do Estado do RS entendendo que tais decisões são **sempre** revisáveis e analisadas quanto às infrações apontadas no processo fiscalizatório efetuado pelo TC. É o caso da Apelação Cível nº 7000624721. Primeira Câmara Cível. Julgado em 16.06.04. Relator: Des. Irineu Mariani, de cuja Ementa se extrai o seguinte excerto: “ (...) **3. Decisões do tribunal de contas e da câmara municipal.** As decisões do tribunal de contas e da câmara municipal acerca das contas de determinado exercício prestadas pelo Prefeito, não vinculam o Judiciário, ainda mais, envolvendo improbidade administrativa, face ao art. 12 da Lei 8.429/92. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 25.nov. 2005.

<sup>466</sup> Como bem aponta BRITO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Op. cit., p. 25

Todavia, tais atos são sindicáveis<sup>467</sup> perante o Poder Judiciário, que poderá examinar de sua legalidade .<sup>468</sup>

Como bem aponta Hely Lopes Meirelles, se é certo que o controle judicial dos atos administrativos se exerce quanto à sua legalidade, também é certo que o Judiciário “não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro da sua competência<sup>469</sup>”.

A matéria é muito bem sintetizada por Helio Saul Mileski, quando afirma:

Assim, considerando que a função julgadora do Tribunal de Contas deriva de competências constitucionais específicas, envolvendo decisão de cumprimento obrigatório, por isso, vinculando a autoridade administrativa à revisão judicial dessas decisões, na forma prevista pelo inciso XXXV do art. 5º da CF, só pode ocorrer por ilegalidade manifesta ou erro formal, com estabelecimento de sua nulidade, mas sem possibilitar o rejuízo das contas pelo Judiciário, por ser esta uma competência constitucional exclusiva destinada ao Tribunal de Contas (art. 71, II, CF). Esta postura de entendimento vem, de longa data, sendo adotada pelo Poder Judiciário (...). Em julgados (...) o STF manteve a orientação de que, em julgamento de tomada de contas, ‘ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta’<sup>470</sup>.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é enfático ao assinalar que as decisões dos TCs só podem ser reexaminadas pelo Judiciário em seu aspecto extrínseco – legalidade, competência, forma -, contestando a posição dos que entendem que aquelas decisões se submetem à total revisibilidade pelo Judiciário, porque pretendem que a regra do inciso XXXV do art. 5º implique em possibilidade de revisão judicial total sobre todos os Poderes, o que não corresponde à

<sup>467</sup> Como aponta Valmir CAMPELO. O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *O Novo Tribunal de Contas*. Op. cit. 131-145, p. 140.

<sup>468</sup> Neste sentido o RE nº 74.663- 2ª Turma do STF, assim ementado: “ O ato do Secretário é de legalidade inatacável, o que impede sua impugnação por terceiros, em mandado de segurança, ou mesmo por ação ordinária, tendo-se em vista que as *decisões do Tribunal de Contas são obrigatórias para os órgãos da Administração*”. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in\\_processo.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp)> Acesso: 4/ abr. 2006.

<sup>469</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Op. cit. p. 191-2.

<sup>470</sup> MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. Op. cit., p. 284.

realidade, porque a própria CF admite exceções à regra do monopólio da jurisdição pelo Judiciário. Alerta, ainda, que mesmo que se admitisse que as decisões dos TCs fossem mero ato administrativo, “mesmo assim não poderia o Poder Judiciário adentrar ao exame de mérito desse ato, ficando restrito ao exame da legalidade formal”<sup>471</sup>.

Na mesma orientação, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, ao afirmar:

(...) o Supremo Tribunal Federal não reconhece na decisão do Tribunal de Contas a força da coisa julgada material. A Corte admite se reveja acórdão de Tribunal de Contas ‘em seu aspecto formal’ ou em caso de ‘ilegalidade manifesta’. Esta velha jurisprudência veio a ser confirmada em acórdão conduzido pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal, e reduzida a ementa nestes termos:

‘TRIBUNAL DE CONTAS. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade aparente (MS 7.280, 1960) (RTJ 43/252.

(...) Destes pronunciamentos resta clara uma constatação: é impossível desconstituir o ato administrativo unguído pela aprovação do Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão deste colegiado. E para rescindi-la, é necessário que nela se apontem irregularidades formais graves ou ilegalidades manifestas.<sup>472</sup>”

Relacionam-se, a seguir, julgados de nossos tribunais, tanto do âmbito estadual quanto federal, do STF, inclusive, que bem demonstram o entendimento jurisprudencial quanto à matéria aqui examinada, e que deixam claro que o princípio constitucional da jurisdição una é preservado, quanto às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, dentro dos limites inerentes à sua competência constitucional, de modo que poderão sempre ser levados à revisão pelo Poder Judiciário, no que tange à verificação do cumprimento dos requisitos externos exigíveis, inerentes à análise de sua *legalidade*, como o deve ser, para cumprimento do disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF.

<sup>471</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O julgamento pelo Tribunal de Contas. *Associação Nacional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*, ano III, n. 01, 1998, 1-4, p. 3-4. Do mesmo autor: Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. *RTCM*, v. 27, n.2, abr.-jun. 1998, 69-89.

<sup>472</sup> LENZ, Carlos Thompson Flores. O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário. *RTCERS*, v. 22, n. 37, p. 1-373, 1.sem. 2005, 351-373, p. 366-7.

Todavia, é preciso deixar claro, que isto não significa que o Poder Judiciário possa sindicá-lo o mérito, propriamente, da decisão exarada pelo Tribunal de Contas porque, neste aspecto, configura-se a *coisa julgada administrativa*, de modo que o Judiciário, à semelhança do que ocorre quando examina os demais atos praticados pela administração pública, deve cingir-se ao já referido exame quanto à legalidade da atuação das Cortes de Contas, como, por exemplo, se foram observadas as regras referentes ao *devido processo legal* no sentido adjetivo, processual, previsto no inciso LV do art. 5º da CF. É neste sentido que têm decidido nossos tribunais, como se pode ver dos arestos a seguir colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EX-PREFEITO. EXECUÇÃO ALICERÇADA EM CERTIDÃO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS COM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO. EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO (ART. 71, PARÁGRAFO 3º DA CF). CANCELAMENTO. ISENÇÃO DE DESPESA CONCEDIDA PELO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE.

“I - A Certidão de Decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito tem eficácia de título executivo (CF, art. 71, parágrafo 3º).

II – A decisão que determina ao Chefe do Executivo Municipal, responsável por verba pública, repor a quantia glosada, ou que lhe imponha multa, insere-se na competência exclusiva das Cortes de Contas, e seu cumprimento permanece obrigatório, ainda quando o Poder Legislativo Municipal desacolhe as conclusões de irregularidades de contas postas em parecer prévio deste Tribunal. **Qualquer projeto de lei que assim dispuser estará irremediavelmente viciado de inconstitucionalidade. À lei deste teor deverá o Tribunal de Contas negar executoriedade**, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, subsistindo a condenação pecuniária até que solvida pelo responsável.

Apelo desprovido.” – grifou-se.

APELAÇÃO CÍVEL 21ª CÂMARA CÍVEL Nº 70006186324 COMARCA DE IGREJINHA DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES, Relator.

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES (RELATOR) – (...)

“Para começar, a Certidão de Decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito tem eficácia de título executivo (CF - art. 71, parágrafo 3º).

Depois, o artigo 71, inciso II da Constituição Federal comete aos Tribunais de Contas o julgamento da regularidade das contas dos administradores, o que implica investi-lo no exercício de função judicante; e quando decide, o faz conclusiva e definitivamente sem dar lugar a nova apreciação pelo Poder Judiciário. No ponto, ainda que à propósito da Constituição de 46, mas com aplicação para o Direito Constitucional vigente, Pontes de Miranda já afirmava: “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”” (Comentários à Constituição de 1946- Vol; II, pág. 95).

E a definitividade do pronunciamento do Tribunal de Contas repercute na execução para cobrança do valor da irregularidade ou da ilegalidade da despesa, no-

tadamente por não ensejar discussão sobre a iliquidez da dívida, ainda que argüida em Embargos, como no caso, seja porque **implicaria na reabertura do processo de tomada e julgamento das contas o que impensável, pena de torná-lo inútil formalismo, seja porque para o mister carecem de jurisdição os órgãos do Poder Judiciário.**

Também dentre as atribuições dos Tribunais de Contas está a de aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por ilegalidade da despesa ou irregularidade das contas (CF - art. 71, VIII). Cuida-se de competência exclusiva que se insere no poder de fiscalização dos atos de gestão da coisa pública com vistas à observância dos princípios e das normas de administração.

Por isso, como assenta com inteira propriedade o Parecer nº 36/98 da Egrégia Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (apud fls.155/156),“...refoge à competência das Câmaras Municipais isentar quem quer que seja do cumprimento de condenação de natureza pecuniária imposta pelos Tribunais de Contas”. (...).

Qualquer projeto de lei que assim dispuser estará irremediavelmente viciado de inconstitucionalidade. **À lei deste teor deverá o Tribunal de Contas negar executoriedade**, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, **subsistindo a condenação pecuniária até que solvida pelo responsável.** – grifou-se.

Ante ao exposto, nego provimento à apelação.” – grifou-se,

*AÇÃO DECLARATÓRIA.*

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. REGISTROS DE APOSENTADORIAS. ILEGITIMIDADE ATIVA. *ATO COMPLEXO OU COMPOSTO. FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA.*

*COMPETÊNCIA AUXILIAR DO TCE.*

*O ente municipal não possui, em princípio, legitimidade ativa para questionar interpretação do Tribunal de Contas do Estado, que negou registro a atos de aposentadoria de servidores municipais.*

*Tratando-se de ato complexo ou composto, a plena validade e eficácia dos atos de aposentadoria ocorre somente com seu respectivo registro pela Corte de Contas.*

*Ademais, o TCE, vinculado ao Poder Legislativo, detém competência constitucional para auxiliar na fiscalização das contas dos entes municipais, especialmente para fins de registro de aposentadoria, atuando com independência nesse mister.*

***Não se mostra possível a submissão do órgão fiscalizador à interpretação pretendida pelo ente fiscalizado.*** – grifou-se.

*APELAÇÃO DESPROVIDA.*

*SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO CÍVEL TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Nº 70008511750 COMARCA DE PORTO ALEGRE PORTO ALEGRE, 28 DE OUTUBRO DE 2004DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO. (...)*

DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO (relator)

*(...) Inclusive, antes de analisar o recurso de apelação, tomo a liberdade de transcrever, em seus exatos termos, a fundamentação da sentença da lavra da Dra. Luciana de Abreu Gastaud (...).*

*Sabe-se que os Tribunais de Contas são órgãos públicos e especializados de auxílio, constando do âmbito das suas atribuições constitucionais “apreciar, para fins de registro, ... das concessões de aposentadoria...” (art. 71, inc. III, da CF). Assinala a jurisprudência pátria que:*

*“No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, à verificação da legalidade da a-*



*posentadoria, e determina – tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo – a efetivação, ou não, de seu registro.*

*Constada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União – especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora – recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro.*

*Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução a diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União – reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria – caberá à Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro”. (STF-Pleno, MS 21466/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.1993).*

*O ato de aposentadoria do servidor público é ato administrativo complexo, porque participaram dele, sucessivamente, o Executivo e o Tribunal de Contas, que averigua a legalidade do ato (STF, RDA, 179/180; 126)..(...)*

*Neste compasso, competindo ao Tribunal de Contas emprestar o fecho ao ato de aposentadoria, pronunciando-se contrariamente ao registro nos casos aqui pautados, não assiste direito ao Município, frente entendimento diverso por parte da Corte de Contas, buscar judicialmente fazer valer a interpretação emanada da sua procuradoria.(...).*

E o Tribunal de Contas exerce essas atribuições como órgão vinculado ao Poder Legislativo, *esgrimindo com os atributos de sua independência funcional.* – grifou-se.

Desse modo, o pedido do Município, não obstante a razoabilidade de sua pretensão de pretender fixar a uniformização de uma interpretação para determinada situação funcional de seus servidores, não pode ser acolhido, **porque representaria afronta à independência funcional da Corte de Contas.** – grifou-se. (...)

Finalmente, o reconhecimento da legitimidade do Município implicaria em relativização do poder de fiscalização do Tribunal de Contas dos atos da administração municipal, na medida em que submete a função fiscalizadora do estado, praticada pelo TCE, a precedente judicial *in abstracto* manejado pelo poder cujo ato foi glossado pelo órgão fiscalizador.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de apelação, confirmando a douda sentença de improcedência da demanda declaratória.É o voto.

Do Supremo Tribunal Federal<sup>473</sup> transcreve-se a decisão que segue, emblemática por sua abrangência com relação à natureza das decisões proferidas pelos TCs, seus efeitos, e sindicabilidade pelo Poder Judiciário.

<sup>473</sup> Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 26 abr. 2006.

03/08/2005 TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 25.203-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

IMPETRANTE(S) : HERIVALDO CARLOS GOMES

ADVOGADO(A/S) : STANISLAW COSTA ELOY E OUTRO(A/S)

IMPETRADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMENTA: JUSTIÇA ELEITORAL – REQUISIÇÃO DE SERVIDORES

(LEI Nº 6.999/82) – EFICÁCIA TEMPORAL DESSA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA – CESSAÇÃO DO AFASTAMENTO DOS SERVIDORES REQUISITADOS, POR EFEITO DA SUPERAÇÃO DO PRAZO LEGAL – NECESSÁRIO E AUTOMÁTICO DESLIGAMENTO DO SERVIDOR CEDIDO, COM A SUA CONSEQÜENTE DEVOLUÇÃO À REPARTIÇÃO DE ORIGEM – INEXISTÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, QUANTO AO SERVIDOR REQUISITADO, DE DIREITO SUBJETIVO À PERMANÊNCIA NO ÓRGÃO ELEITORAL REQUISITANTE – CORRETA DELIBERAÇÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, COM APOIO EM COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL QUE LHE CONFERE A PRERROGATIVA DE EXERCER A FISCALIZAÇÃO EXTERNA DOS PODERES DA REPÚBLICA (CF, ARTS. 70 E 71) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PODER CONSTITUCIONAL DE CONTROLE EXTERNO DEFERIDO, INSTITUCIONALMENTE, AOS TRIBUNAIS DE CONTAS -PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.

ACÓRDÃO

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim.

Brasília, 03 de agosto de 2005. CELSO DE MELLO - RELATOR

SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO -(Relator):

- A relação levada a exame pelo TCU está afinada com a condução da coisa pública, no que é gerida pela Administração, sem adentrar imediatamente nas relações funcionais subjacentes. Não há razão, portanto, para se invocar suposta violação ao devido processo legal.

.....omissis.....

Por sua vez, o Eminentíssimo Ministro CARLOS BRITTO, ao questionar o cabimento de mandado de segurança na hipótese tratada, ponderou:

‘...a requisição se me afigura um mecanismo jurídico endo-administrativo, envolvendo, a princípio, exclusivamente o órgão de controle externo e o órgão controlado...’ (MS 25.209 MC, DJ de 4/3/2005, p. 41). A decisão do TCU, nessa ordem de idéias, retrata um provimento eminentemente afetado à Administração Pública. (...) Ainda que se avance sobre o tema de fundo não é encontrada qualquer irregularidade na decisão do TCU. É a prática desmedida, e sem substrato legal, da requisição, em detrimento da nomeação de servidores públicos a cargos já criados por lei, que é objeto de apreciação pelo TCU. Trata-se da mais típica função fiscalizatória externa, sem diretos influxos sobre o plexo de direitos dos requisitados, focada na atuação funcional dos administradores.

.....omissis.....

A precisão das conclusões do TCU é eloqüente e demonstrada pelos fatos subseqüentes ao seu pronunciamento. Veja-se que, em seguida ao comunicado da decisão ora atacada, o TRE-PB, por seu Presidente, fez a convocação dos candidatos aprovados em concurso público em busca do preenchimento dos cargos criados com a Lei 10.842/2004 (...). Está demonstrada a viabilidade da execução dos serviços antes entregues aos esforços dos requisitados por servidores públicos regularmente investidos em cargos públicos, mediante a aprovação em concurso público. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo indeferimento do ‘writ’.” (grifei)

V O T O: O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar situação em tudo idêntica à que se analisa na presente causa, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: (...) (MS 25.213/DF, Rel. Min. EROS GRAU – MS 25.206/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.):

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE. OFENSA AO RINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES REQUISITADOS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. ART. 4º DA LEI N. 6.999/82. RESOLUÇÃO N. 21.413 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS.

Ministro CARLOS BRITTO, DJ 04.03.05].

.....omissis.....

(MS 25.195/DF, Rel. Min. EROS GRAU -grifei) “JUSTIÇA ELEITORAL – REQUISIÇÃO DE SERVIDORES(LEI Nº 6.999/82) – EFICÁCIA TEMPORAL DESSA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA – CESSAÇÃO DO AFASTAMENTO (...)CORRETA DELIBERAÇÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, COM APOIO EM COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL QUE LHE CONFERE A PRERROGATIVA DE EXERCER A FISCALIZAÇÃO EXTERNA DOS PODERES DA REPÚBLICA (CF, ARTS. 70 E 71) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PODER CONSTITUCIONAL DE CONTROLE EXTERNO DEFERIDO, INSTITUCIONALMENTE, AOS TRIBUNAIS DE CONTAS - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.”

(MS 25.194/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

.....omissis.....

A deliberação ora em exame fundou-se na inquestionável competência fiscalizadora de que se acha investido, “ope constitutionis”, o Tribunal de Contas, e que lhe confere a atribuição de exercer, de modo legítimo, em matéria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o controle externo dos atos dos Poderes da República, notadamente se se tiver presente a relevantíssima circunstância de que a nova Constituição Federal ampliou, de forma extremamente significativa, em tema de fiscalização estatal, a esfera de competência institucional das Cortes de Contas (RTJ 153/151-152, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cabe enfatizar, ainda, que a presunção “juris tantum” de legitimidade dos atos do Poder Público não deve impedir que o Tribunal de Contas exerça, em plenitude, a ação fiscalizadora de que foi incumbido pela Lei Fundamental da República.

Não se pode ignorar, neste ponto, que esse poder de fiscalização repousa em insuprimível atribuição que assiste às Cortes de Contas, no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil, especialmente se se considerarem os paradigmasético-jurídicos que devem pautar a atuação do Poder Público.

É preciso ter a percepção de que a **nova Constituição da República ampliou, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891** – “(grifou-se) “que limitava a sua atuação à mera liquidação das contas da receita e despesa e à verificação de sua legalidade (art. 89) - foram investidos, agora, de poderes mais extensos que ensejam, em tema de controle externo, a possibilidade de ampla fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

A essencialidade dessa Instituição -surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, editado, pelo Governo Provisório, sob a inspiração de Rui Barbosa (RTJ 132/1034) – foi acentuada, uma vez mais, 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 defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da 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 -inclusive os implícitos (MS 24.510/DF, Rel. Min. ELLLEN GRACIE) -que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos. – grifou-se.**

Cabe ter presente, neste ponto, a advertência feita por PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969”, tomo III/258, 3ª ed., 1987, Forense), cujo magistério, ao analisar o poder de controle outorgado ao Tribunal de Contas, enfatiza:

“Todo ato, quer do Poder Executivo, quer do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário, de que resulte despesa, tem de ser conferido com as leis, para que se verifique se alguma das suas cláusulas viola regra de direito cogente.” Inquestionável, desse modo, a plena legitimidade da deliberação do E. Tribunal de Contas da União impugnada na presente sede mandamental.

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, ainda, o duto parecer do eminente Procurador-Geral da República, denego o presente mandado de segurança, mantendo íntegra, em conseqüência, a deliberação emanada do E. Tribunal de Contas da União (...).Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou a segurança, nos termos do voto do relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 03.08.2005.

Face às manifestações de nossos tribunais, inclusive de nossa Suprema Corte, antes elencadas, bem como pelos posicionamentos doutrinários enumerados, é inquestionável que os Tribunais de Contas detém legitimidade e autonomia para decidirem as questões afetas à sua competência, cujo *mérito*<sup>474</sup> não é revisável pelo Poder Judiciário, o que não significa impossibilidade de que este, no exercício da garantia constitucional da *jurisdição una*, fiscalize a *legalidade* do ato por ele exarado.

<sup>474</sup> Importante lembrar que a questão do não-exame do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário vêm sendo encarada com temperamentos, atualmente, de modo que nossos tribunais já passam a adentrar ao exame da motivação destes atos, porque nisto haveria controle de legalidade, isto é, verificação se os princípios constitucionais que regem o agir da administração pública foram observados (arts. 37 e 70, da CF). Ver, para isto, PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 617.

Com isto, buscou-se demonstrar que o fato das Cortes de Contas *apreciarem* a constitucionalidade dos atos de administração da coisa pública e *negar-lhes executoriedade, negando*, também, *executoriedade às leis e/ou atos normativos que os fundamentam*, porque desconformes com a Constituição, se em nosso entender não caracteriza exercício de *controle difuso/incidental de constitucionalidade*, porque este é de competência do Poder Judiciário, como já se demonstrou e evidenciado pela natureza diversa da eficácia entre este controle e aquele procedimento de verificação de *conformidade constitucional* dos atos administrativos e de gestão pública, também não significa que decisões desta natureza, proferidas pelas Cortes de Contas, não se submetam ao *princípio constitucional da jurisdição una*, razão pela qual poderão ser sempre levadas à revisão pelo Poder Judiciário, com as reservas pertinentes, antes demonstradas, mas, sempre, com viabilidade de sindicância judicial quanto à sua legalidade.

Assim, considerando que o exame de *conformidade constitucional* levado a efeito pelos Tribunais de Contas nada mais significa que a verificação da legalidade dos atos de administração e de gestão pública, legalidade que, como já se apontou neste Capítulo III, deve iniciar pela verificação de sua adequação à Constituição, de precedência lógica na escala hierárquica normativa, sempre caberá pronunciamento do Poder Judiciário a este respeito, em qualquer procedimento de fiscalização executado pelas Cortes de Contas, porque a revisibilidade de suas decisões, no que diz com a *legalidade*, poderá ser sindicada no âmbito de nossos tribunais, eis que este é o comando do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, de modo que caberá ao Judiciário pronunciar-se, em questões de *legalidade*, em caráter terminativo, sobre a *quaestio iuris* desta natureza que seja proposta à sua apreciação.

Portanto, mesmo que se pretenda ver em decisões desta natureza proferidas pelos TCs exercício de função jurisdicional típica – apesar de não o ser – ainda assim não subsistem elementos para negar aos Tribunais de Contas competência para, no exercício de suas atribui-

ções, procederem a esta análise de *conformidade* constitucional porque, quer assim se o entenda e denomine, quer se pretenda que este agir das Cortes de Contas configura *controle difuso/incidental de constitucionalidade*, que neste Capítulo se demonstrou não o ser, ainda assim decisões desta natureza poderão ser submetidas ao reexame do Poder Judiciário quanto ao aspecto de sua legalidade, e *nada mais afeito a exame de legalidade do que a verificação do cumprimento das disposições constitucionais incidentes sobre a matéria.*

## CONCLUSÃO

Iniciou-se o exame do tema objeto da presente tese pela análise do controle jurisdicional de constitucionalidade, a partir de sua origem, com especificação dos modelos existentes e suas características, bem como pelo enfoque do sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade, concluindo-se que, no Brasil, este controle é exercido pelo Poder Judiciário sob duas modalidades: o controle *monista/difuso* e o *dualista/concentrado*, de acordo com a classificação *monista-dualista* que se adotou, acolhendo a proposta de Victor Comella, citado no item 2 do Capítulo 1.

Todavia, o fato de que o controle de constitucionalidade, que implica a negativa de validade de uma norma jurídica, de sua exclusão do ordenamento jurídico, ser de competência do Poder Judiciário, não significa que somente ele *possa/deva* zelar pelo cumprimento da Constituição.

Ao contrário, e como se demonstrou ao longo do Capítulo II, todas as *Funções/Poderes* do Estado, e seus órgãos integrantes, não só têm a faculdade, como o *dever* de realizar a interpretação da Constituição, negando cumprimento aos atos sujeitos a seu exame quando se depararem com uma inconstitucionalidade. Por óbvio que isto não significa que qualquer servidor público ou qualquer cidadão possa proceder *sponte sua* este tipo de exame e

negar-se a cumprir norma válida. Não. Deixou-se bem claro de que forma esta espécie de controle pode e deve ser feita, também, pelo Executivo e pelo Legislativo. E este mesmo poder/dever a eles atribuído também pertence aos Tribunais de Contas, com maior intensidade, até, porquanto lhes cabe concretizar o princípio do *check and balances*, procedendo ao controle externo dos três *poderes/funções* do Estado, do próprio Legislativo, inclusive, ao qual se vinculam em caráter institucional, apenas, dele sendo autônomos, independentes, nos termos dos arts. 74 e 96 da CF.

Analisaram-se ainda, no Capítulo I, as peculiaridades do controle difuso, *incidental* de constitucionalidade, nas Ações Coletivas, demonstrando-se, em seu item 4, que esse controle não só é possível como indispensável para viabilizar tais ações e, com isso, garantir o direito constitucional de proteção aos direitos difusos, coletivos, desde que respeitada a eficácia *sui generis* de sua decisão e dentro dos limites em que se deve conter.

Em face dessa singularidade do que ocorre nas Ações Coletivas, em matéria de controle de constitucionalidade, buscou-se estabelecer uma espécie de simetria com o tema objeto desta tese, para concluir que também aos Tribunais de Contas no Brasil, para bem exercerem suas atribuições/competências, têm de ter reconhecido o poder de efetuar, de forma incidental, sobre o caso concreto, exame de conformidade constitucional dos atos administrativos e de gestão pública que impliquem despesas públicas e, ao se depararem com sua inconstitucionalidade, porque fundados em normas contrárias à Constituição, estão vinculados ao *dever* de negar-lhes executoriedade, de negarem sua eficácia, como *conditio* para que se permita, ou se viabilize, o exercício pleno de suas atribuições.

Dizer que os Tribunais de Contas não podem realizar este controle de conformidade constitucional das ações administrativas que fiscaliza, porque ele caracteriza exercício de



controle difuso/incidental de constitucionalidade de leis e atos normativos e, portanto, de usurpação de competência própria do Poder Judiciário, em nosso entendimento não só não procede, porque disso não se trata, como também significa interferir na autonomia de ação destes Tribunais, isto porque, não sendo eles letigimados ativos para a propositura do controle concentrado, terão de suspender indefinidamente os respectivos processos onde ocorre a mais grave das ilegalidades, a agressão à Constituição, e aguardar que algum dos legitimados para a ADIn, elencados em *numerus clausus* no art. 103 da CF, concorde em deflagrar o controle concentrado, haja vista que os TCs não estão incluídos nestes legitimados.

Isto significaria, como se repisa, interferir indevidamente na independência de atuação dos TCs, assegurada nos arts. 73, 75 e 96 da CF, além de levar à paralisação de suas atividades, porque são inúmeros os processos de exame de legalidade de admissões e aposentadorias no serviço público, bem como de tomadas e de prestações de contas onde esta ilegalidade *máxima* é detectada, por processos de interpretação constitucional.

É preciso ter presente, como afirma, com propriedade, Lúcia Valle de Figueiredo, que “infelizmente para nós, o país vem primando pela inconstitucionalidade”, situação que vem se agravando, tanto que propugna que Conselhos de Contribuintes possam, ao se depararem com “determinada lei que primasse pela inconstitucionalidade, considerá-la *inaplicável*, somente para aquele caso concreto, pois de outra forma aqueles órgãos “seriam de total inutilidade”<sup>475</sup>.

O que se dirá, então, com relação aos Tribunais de Contas, se não se lhes reconheça a faculdade de efetuarem esse exame de conformidade constitucional, para o qual já estão autorizados pelas competências explícitas e implícitas que lhes são conferidas pela CF e pela Sú-

---

<sup>475</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competência dos Tribunais Administrativos para Controle de Constitucionalidade. *Interesse Público*, 24, 2004, 25-28, p. 27.

mula nº 347, do STF, e que se exerce em seus termos: *apreciar constitucionalidade*, não *declará-la*? Certamente se tornarão inúteis, serão desativados, serão calados os *Custodes in nomine populi*. E a quem isto interessa? Não à democracia, não à cidadania, não ao interesse público.

À obviedade que isto não pode ocorrer porque, em primeiro lugar, contrário aos princípios constitucionais da eficácia e eficiência, exigidos em grau cada vez mais intenso dos Tribunais de Contas, desafio a que devem corresponder, além de ensejarem a incidência de prescrição administrativa – e judicial – de inúmeras ilegalidades, com perda de receita, porque ficará prescrito o direito da Corte de Contas de impor sanções sobre o agente público que utilizou de forma irregular as verbas e os bens públicos, ou de obter a restituição de benefícios ilegalmente concedidos.

Desta forma, indubitável que têm os Tribunais de Contas o *dever/poder* de efetuar exame de *conformidade constitucional* incidente sobre atos de administração e gestão submetidos à sua fiscalização, o que configura a expressão máxima do princípio constitucional da legalidade, que lhes cabe cumprir e fazer cumprir. As decisões que adota, nesta matéria, limitam-se a, verificada sua incompatibilidade com a Constituição, *negar-lhes executoriedade*, no caso concreto, bem como às leis e aos atos normativos, contrários à CF, que os fundamentam, não permitindo que sobre ele incidam, de modo que as normas jurídicas cuja inconstitucionalidade foi constatada, em caráter incidental pelas Cortes de Contas, permanecem no sistema normativo, são válidas, mas não produzem efeitos, serão ineficazes para os respectivos casos em que a anomalia legislativa foi apurada, até que o Judiciário, que detém competência exclusiva para tanto, declare a retirada de sua *validade*.

De destacar, ainda, que em observância ao princípio constitucional da *jurisdição una*, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CF, as decisões dos TCs poderão ser sindicadas perante o Poder Judiciário, no que diz com sua legalidade, na forma circunscrita no item 4 do Capítulo III, de modo que também poderão ser revistas pelo STF, ao qual caberá sempre proferir a palavra máxima e terminativa em matéria de inconstitucionalidade.

Considerando tais aspectos, bem como tudo que se examinou nos diversos itens desta monografia, tendo presente ainda que, sem um Tribunal de Contas forte, dotado dos instrumentos necessários para realizar sua missão, não há, efetivamente, democracia, chega-se às seguintes conclusões, às quais se acrescentam propostas, com vista à maior eficiência em sua atuação, a seguir enumeradas:

1. O Poder Judiciário não detém exclusividade para verificar conformidade constitucional de atos administrativos, pois este é dever que incumbe a todas as *funções/poderes* do Estado, dentro de seus respectivos limites, como postos nesta monografia;
2. Cabe ao Poder Executivo não só o poder como o dever de analisar a constitucionalidade dos atos da administração, deixando de executar aqueles incompatíveis com a CF, observadas as devidas limitações, considerando ainda que esta negativa permanece no plano da *ineficácia*, não tendo o Executivo competência para retirar a norma inconstitucional do sistema jurídico porque sua invalidade só pode ser declarada pelo Poder Judiciário;

3. O Poder Legislativo, na forma do inciso X do art. 52 da CF, tem o *poder*, não o *dever*, de negar eficácia a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle *difuso/incidental* de constitucionalidade, porque este não é ato vinculado, mas discricionário, cabendo apenas ao Senado decidir da conveniência, ou não, de proclamar a *negativa de eficácia* daquelas normas com efeitos *erga omnes*. Além disto, a edição da EC 16/65, que implantou o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, não retirou esta competência do Senado Federal, até porque esta faculdade está devidamente positivada na Constituição, em pleno validade e vigor, consistindo em forma de concretização do princípio do *check and balances* entre as *funções do Estado*.
4. A Súmula nº 347 do STF continua em pleno vigor, até porque não foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que os Tribunais de Contas permanecem autorizados pela Suprema Corte brasileira, bem como pelas competências *explícitas* e *implícitas* que lhes foram atribuídas pela Constituição, para *apreciarem a constitucionalidade* dos atos afetos à sua jurisdição fiscalizatória.
5. Os Tribunais de Contas têm o *dever*, mais do que *poder*, de apreciar a conformidade constitucional dos atos administrativos, de gestão e de governo, sujeitos à sua fiscalização e, apurada sua inconstitucionalidade, devem negar-lhes executoriedade e, via de consequência, negar *eficácia* às leis e atos normativos contrários à CF que os fundamentam;
6. O exame procedido pelos TCs quanto a esta inconstitucionalidade é tão indispensável quanto a possibilidade de, nas Ações Coletivas, efetuar-se o controle incidental de constitucionalidade pelo Poder Judiciário porque, solução diversa implica, nos

dois casos, impedimento ao exercício de suas atribuições/competências constitucionais, e do exercício de direitos-garantia previstos na CF, o que também é inconstitucional;

7. A final, com o objetivo de aprimorar o trato da matéria objeto desta tese, propõe-se, como segue:

- a) Com vista à maior eficiência na atuação dos Tribunais de Contas, sugere-se sua inclusão, por Emenda à CF, dentre os legitimados ativos para a proposição de ADIns, enumerados no art. 103 da CF, nos respectivos planos federal e estadual, ainda que, com isto, se corra o risco de uma sucessiva “inundação” de ações de fiscalização abstrata, sobrecarregando o Poder Judiciário. Deve-se destacar, contudo, que esta medida é proposta em caráter concomitante/suplementar ao exercício, pelas Cortes de Contas, do *dever/poder* que lhes é assegurado na Súmula nº 347 do STF, e que também deflui de suas competências constitucionais *explícitas e implícitas*, porque insuficiente, de forma isolada, ao bom equacionamento da questão, em face do tempo necessário ao processamento de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade. Eventual concessão de liminar, naquelas ações, mitigaria o problema; contudo, se denegatória, e sobrevier decisão de mérito pela inconstitucionalidade, o prejuízo para os cofres públicos seria evidente, não só por eventual alegação de prescrição administrativa, como pela invocação, por parte dos gestores e/ou dos atingidos pela decisão dos TCs, da incidência à hipótese aos respectivos atos/fatos administrativos e de gestão, dos princípios da *boa-fé* e da *segurança jurídica*, que hoje são vetores para julgamentos pelo STF de ações abstratas de constitucionalidade;

b) a proposição é estendida, nos mesmos moldes e pelos mesmos fundamentos, ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas (art. 130 CF), através de seus respectivos Procuradores-Gerais, a exemplo daquela já concedida a órgão congênera: o Ministério Público Comum.

Encerra-se, lembrando que:

*Quizá la clave está en entender que si el control del poder es una de las condiciones de legitimidad, debemos entonces **modernizar los controles**, especialmente los judiciales, e **imaginar otros nuevos**, para hacerlos menos burocráticos y mucho mas imparciales e eficaces<sup>476</sup>. (grifou-se)*

---

<sup>476</sup> VENTURA, Adrián. *Poder y Opinión Pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 97.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra, 1996.

\_\_\_\_\_. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck'sche, 1993.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. O Senado na estrutura constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, ano XIII, n. 50 (especial), abr.-jun. 1976, 170-288.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ed. Traduzido por Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1.reimpr. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traduzido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes. Presidente da República, como tema de Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 4, Doutrina, 43-50.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória e a sua conversão em Lei*. A Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: RT, 2004.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAKEN DE ASSIS. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, nov. 2002, Doutrina Cível, 7-29.

ARAÚJO, José Adonir Callou de. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARENDDT, Hannah. *Da Revolução*. São Paulo: Ática, 1990.

ARISTÓTELES. *Política*. Traduzido por Terrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1968.

\_\_\_\_\_. Voto na Reclamação n. 691-SP. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, v. 38, out. 1966, p. 67-8.

BALERA, Wagner. Do Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal Fiscal. *Revista de Direito Tributário*. Ano 0, n. 71, p. 61-7.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral da Justiça Constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 53, n. 4, out-dez. 2004, 15/83.

\_\_\_\_\_. Teoria da Constituição. *Revista Jurídica*, v. 93/94, 1980, 60-87.

\_\_\_\_\_. As Especificidades e os desafios democráticos do Processo Constitucional. In: SAM-PAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARBI, Celso. Evolução do Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil. *RDP*, n. 4, abr.-jun., 1968, 34-60.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Cia. Imprensa, 1893.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1934, v. 6.

BARRAZA, Javier Indalecio. *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

BARROS, Evandro da Silva. Coisa Julgada Inconstitucional e limitação temporal para a propositura da Ação Rescisória. *Revista de Direito Constitucional Internacional*, v. 47, Doutrina Nacional, 55/98.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 158, abr.-jun., 2003, 233-9.

\_\_\_\_\_. O Senado e o Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun., 2003, 163-79.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.



BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). *1988-1998 – uma década de Constituição*. In: LACOMBE, Margarida Maria (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 37/74.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento. *RDA*. 181/182: 587-414, p. 387-8.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Anotada. São Paulo: Saraiva.

\_\_\_\_\_. Agências Reguladoras. Constituição. Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARZOTTO, Luís Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, L. M. Tavares. *Poder Moderador na República Brasileira*. Recife, 1936.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BEILFUSS, Markus González. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BENJAMIN CONSTANT, Henry de Rebecque. *Cours de Politique Constitutionnelle*. Paris: Guillaumin, 1872, t. I.

\_\_\_\_\_. *Princípios políticos constitucionais*. Traduzido por Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1989.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLACHER, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*. Paris: PUF, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia de Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Rio de Janeiro: Enaudi, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Futuro da Democracia*. 6.ed. Traduzido por Marco A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 7.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Juarez. *Constituição Federal de 1988*. 8.ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.882, de 03 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. In: OLIVEIRA, Juarez. *Constituição Federal de 1988*. 8.ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. Resp n. 226.436/PR. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 28 de junho de 2001. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., Resp. n. 240.712/SP. Relator: Min. José Augusto Delgado, v.u., j. 15 de fevereiro de 2000. In: *DJU* 24 set. 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. Resp n. 226.436/PR, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 28 de junho de 2001. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. REExt. n. 93.412/SC. Relator: Min. Rafael Mayer v.m., j. 4 de maio de 1982; STF. 1ª T. REExt. n. 105.012/RN. Relator: Min. Néri da Silveira, v.m., j. 9 de fevereiro de 1988; STJ. 6ª T. REsp. n. 35.105-8/RJ. Relator: Min. Luis Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 31 de maio de 1993. In: *DJU* 28 jun. 1993-b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. RE n. 93.412/SC. Relator: Min. Rafael Mayer v.m., j. 4 de maio de 1982; STF. 1ª T. RE n. 105.012/RN. Relator: Min. Néri da Silveira, v.m., j. 9 de fevereiro de 1988; STJ. 6ª T. REsp. n. 35.105-8/RJ. Relator: Min. Luis Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 31 de maio de 1993. In: *DJU* 28 jun. 1993-b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 215-PB, STF. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 132, jun. 1990, p. 1034-37.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal. Anexo ao Regimento Interno. In: *Imprensa Nacional*, 1964, p. 151. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em 26 abr. 2006.

BRITO, Carlos Ayres. Separação de Poderes na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Público*, 59-60, 115/127.

\_\_\_\_\_. In: ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. Palestra. *ATRICON, A Real Interpretação da Instituição Tribunal de Contas*, p. 29-54.

\_\_\_\_\_. O regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos M.; NÓBREGA, Marcos (Orgs). *Administração Pública*. Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Os sentidos do vocábulo “Poder”, na Constituição Brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 12(34), 53-58, 1982.

\_\_\_\_\_. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas – Órgãos Distintos. *Revista de Direito Público*, n. 69, ano XVII, jan.-mar. 1984, 32/44.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *R.TCMG*, v. 44, n.3, jul.-set.2002, 13-31.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, abr.-jun., 1976, 55/64.

\_\_\_\_\_. Centenário da Proclamação da República. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, n. 106, Brasília, 1990.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. 3.ème ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, t. I.

\_\_\_\_\_. *Traité de Science Politique*. 3.ème ed. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, t. II.

\_\_\_\_\_. *Cours de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

\_\_\_\_\_. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 6.ème ed. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1952.

BUZUID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. Lisboa: Coimbra, 1972, t. I.

\_\_\_\_\_. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. Lisboa: Coimbra, 1972, t. II.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, [s.d.], t. I.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998 - uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPANHOLE & CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo, Atlas, 1994.

CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: SOUZA, Alfredo José; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *et al.* *O novo Tribunal de Contas*. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. I.

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

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos A. A. de Oliveira. 1.reimpr. Porto Alegre: Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Traduzido por Aroldo P. Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO, Marco Paulo; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. *Ação Civil Pública*. O direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARVALHO, Fábio Augusto; SILVA, Maria Inês Caldeira Pereira da. ILL – Art. 35 da Lei 7.713 – Suspensão de Executoriedade pela Resolução 82 do Senado Federal – um Caso de Inconstitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*. nº 20- 27-33.

CARVALHO, Lucas Borges de. Os Tribunais de Contas e a construção de uma cultura da transparência: reflexões a partir de um estudo de caso. *Revista de Direito Administrativo*, 231: 193-216, jan.-mar, 2003, 193-215.

CASTRO, Araujo. *Manual da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurílio, 1918.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Comentada. Edição Fac-similar. Brasília: Senado Federal, [s.d.].

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas e sua competência constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. III, jan. 1946,13-22.

\_\_\_\_\_. Pareceres da Consultoria-Geral da República – 1945, p. 86.

\_\_\_\_\_. Parecer. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, ano XXIII, set. 1965, n. 95, 46-54, p. 47.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Aspectos do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. *Revista Forense*, v. 277, 81-87.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de tributar na Constituição de 1988*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COMELLA, Victor Ferreres. The Consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism – Paper for *Comparative Avenues in Constitutional Scholarship*. Texas: Austin School of Law – Law Review Symposium, february, 2004, p. 2-25.

\_\_\_\_\_. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do Direito Constitucional dos EUA*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*. 2.ed. Paris: Guillaumin, 1872.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Adroaldo Mesquita da. Parecer. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, ano XXIII, set. 1965, n. 95, p. 37-43.

COSTA; José Rubens. Prestação de Contas dos Governos Municipais. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v.19, n. 2, abr.-jun., 1996, 65/114.

\_\_\_\_\_. Controle Jurisdicional dos atos decisórios dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v.16, n. 3, jul.-set., 1995, 95/133.

\_\_\_\_\_. Constituição e Competência Originária. Breve Comentário da Lei n. 10.628 de 2002. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v.48, n.3, jul.-set., 2003, 133/164.

COUTO E SILVA, Clóvis do. As idéias fundamentais da Constituição de 1891. *Revista de Direito Público*, n. 55.

CRISAFULLI, Vezio. *Stato. Popolo. Governo*. Illusioni e disillusioni costituzionali. Milano: Giuffrè, 1985.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Traduzido por Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. 2.ed. São Paulo: Saraiva.

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Da Coisa Julgada Inconstitucional. *Interesse Público*, n. 27, 2004, 60767.

\_\_\_\_\_. Da Coisa Julgada Inconstitucional (Novas e Breves Notas). In: FÓRUM ADMINISTRATIVO – DIR. PÚBLICO, ano 4, n. 44, out. 2003, Belo Horizonte. Fórum.

DIAS, Francisco Barros. A Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista do Instituto de Direito*. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada. *Meio Jurídico*, n. 43, mar. 2001 e n. 44, abr. 2001.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade – A problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001, p. 99-120.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DROMI, Roberto. *El Derecho Publico en la Hipermodernidad*. Madrid: Hispania Libros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sistema y Valores Administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Modernización del Control Público*. Madrid: Hispania Libros, 2005.

\_\_\_\_\_. De la Nueva División del Poder: Gobierno y Control. In: ENCONTRO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, junho de 2004, Fortaleza, 1/15.

\_\_\_\_\_. La Relación entre el Sector Público y el Sector Privado y las Reformas Administrativas en la América Latina - Desafíos, Tendencias y Perspectivas. *RTCMG*, v. 56, n. 3, jul.-set., 2005, 153- 170.

DUGUIT, Leon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4.ème ed. Paris: E. de Boccard, 1923.

DUVERGER, Maurice. *Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique*. 5.ed. Paris. Presses Universitaires de France, 1948.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Traduzido por Matta Gustavino. 3.reimpr. Barcelona: Ariel, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ed. 4.reimpr. Madrid: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. *La Lengua de los Derechos*. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. 2.reimpr. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991.

FABRÍCIO, Adroado Furtado. Revel não citado – *querella nullitatis* e ação rescisória. *Revista AJURIS*, n. 42, mar. 1988.

FAGUNDES, Seabra M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. *et al. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

\_\_\_\_\_. *Légalité et constitutionnalité. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 3, 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Limites do Poder Fiscalizador do Tribunal de Contas e do Estado. *RTCE-RS*, 17(30) 115- 169, 1º sem. 1990, 143-61.

\_\_\_\_\_. A Validade dos Tribunais de Contas como Instrumento de Controle. *Interesse Público*, 8-2000, Controle Externo, 183- 187.

\_\_\_\_\_. *Tribunais de Contas do Brasil*. Jurisdição e Competência. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. A Ação do Controle. *RTCERS*. 15(26) 107- 134, 1º sem. 1997, 127-131.

\_\_\_\_\_. Os Tribunais de Contas e o exame de Constitucionalidade de Lei. *RTCDF*, 26:33-53, 2000, p. 37.

\_\_\_\_\_. O julgamento pelo Tribunal de Contas. *Associação Nacional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*, ano III, n. 01, 1998, 1-4, p. 3-4

\_\_\_\_\_. Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. *RTCM*, v.27, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 69-89.

FERRAJOLI, Luigi (org.) *et al. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade. In: *Constituição e Segurança Jurídica*. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*: São Paulo: RT, 1994.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*. Elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Sérgio. *A Execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações*. O Novo Tribunal de Contas. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. A Execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações. *Revista TCMJ*, n. 24, jun. 2003, p. 37.

\_\_\_\_\_. O Tribunal de Contas e a Moralidade Administrativa. *RTERJ*, ano 19, n. 40, 1-328, abr.-jun. 1998, 33-41.

\_\_\_\_\_; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo Administrativo*. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *O Poder Constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Constitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, jun, 1980, 375-403.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Reedição Fac-Similar. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial, 2003.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex Livros, 1989, v. 3.

FIGUEIREDO, Carlos M. NÓBREGA, Marcos (orgs.). *Administração Pública*. Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. Competência dos Tribunais Administrativos para Controle de Constitucionalidade. *Interesse Público*, 24, 2004, 25-28, p. 27.

FOLHA UOL. Disponível em:

<<http://www.1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95ul120700>>. Acesso em 23 abr. 2006.

FRANÇA JR., Fausto R. de. A Coisa Julgada Inconstitucional e seu controle por meio de ADPF. *Direito Público*, n. 19, out.-nov.-dez. 2005, 69-86.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Democracia e o Controle do Orçamento Público Brasileiro. *Revista Interesse Público*. Especial. Responsabilidade Fiscal, ano 4, v. especial. 1:24, p. 23.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARRATY, John A. *Quarrels that have shaped the Constitution*. 3.ed. New York: Harper & Row, 1988.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2.ed.. Milano: Giuffrè, 2000.



GODECHOT, Jacques. *As Revoluções (1770-1790)*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1976.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

GOMES, Joaquim B. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. *Revista Interesse Público*, n. 19, 2003, p. 13-43.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *O Controle de Constitucionalidade das Leis do Distrito Federal*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. Coisa Julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista Forense*, v. 180, 3/19.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista do Advogado*, v. 37, 73/78.

\_\_\_\_\_. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção ao Consumidor. *Revista de Processo*, v. 81, 1996.

\_\_\_\_\_. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada *Erga Omnes* das Ações Coletivas. *Revista Jurídica*, n. 307, maio 2003 – Doutrina Cível.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, 3-12.

GUASTINI, Ricardo. *Il giudice e la lege*. Torino: Giappichelli, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2001.

GUIMARÃES, Hahnemann. Parecer. *Arquivo do Ministério da Justiça e Negócios do Interior*, 2/101.

GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HABERMAS, Jürgen. *Verità e Giustificazione*. Traduzido por Mario Carpitella. Roma: Laterza, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia* – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

\_\_\_\_\_. *Direito e Moral*. Traduzido por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1989, n. 84.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *El Estado Constitucional*. Traduzido por Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HAMILTON, Alexander. *et al. O Federalista*. Traduzido por de Heitor Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 3.ème ed. Paris: Montchrestien, 1968.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais, o Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Síntese, v.15, p. 155-180, 1998.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido da vigésima edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. Efeito vinculante das decisões do STF. Reformulação da técnica de declaração de constitucionalidade. *Revista dos Tribunais de Contas de Minas Gerais*, v. 25, n. 4, Belo Horizonte, 1997.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traduzido da segunda edição alemã por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, [s.d.], v. 1.

\_\_\_\_\_. *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*. Tradução particular de capítulo por Ina Ashton em 1998. Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

JUNQUEIRA, Aristides. Controle da Constitucionalidade das Leis. In: LACOMBE, Margarida Maria (org.). *1988-1998 – uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 185/190.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 25, out. 1997, 68-79.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas*. Traduzido por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *La garantía jurisdiccional de la Constitución – La justicia constitucional*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. Traduzido do alemão por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Política – empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Traduzido por R. Quijano. Granada: 2001.

KOZICKI, Tanya Kristyane. O Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos e a competência do Senado para suspender a execução daqueles declarados inconstitucionais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 17, out.-dez. 1996, 257-274.

LACERDA, Rafaella Maria Chiappeta de. Coisa Julgada Inconstitucional: do surgimento aos meios de combate. *Revista da ESMAFE*, Recife, v. 10, n. 22, p. 551-80, jul.-dez, 2005.

LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Traduzido por Walter Sttöner. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil. Crítica à Dogmática – Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 3, 2005, p. 241-62.

LEAL, Vítor Nunes. Valor das Decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 12, abr.-jun. 1948, 418-431.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; PELÁ, Carlos. *A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas*. São Paulo: Manoele, 2005.

LENZ, Carlos Thompson Flores. O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário. *RTCERS*, v. 22, n. 37, p. 1-373, 1.sem.2005, 351-373.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada*. Rio de Janeiro, 1984.

LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres*. Direito Público. Porto Alegre: Sulina, 1963.

LINS, Ivan. Podem e devem os tribunais de contas apreciar a constitucionalidade das leis. *Revista dos Tribunais*, ano 52, v. 337, nov. 1963, 38-45.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. O Controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. *Revista de Informação Legislativa*, n. 106/ 37-54.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 2.tir. Traduzido por Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. 4. reimpr. Barcelona: Ariel, 1986.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LUCAN, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, n. 40, 145-167.

LUZ, Denise Nachtigall. A Natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas sobre as Contas dos Prefeitos Municipais e os Limites à Revisão Judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, n.19, 2005, 61-82.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 57, jun. 2000, 72-87.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MALBERG, Carré de. *Contribution à la Theorie Générale de l'État*. Paris: Sirey, 1920.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1989.

\_\_\_\_\_. *Ação Popular*. 6.ed. São Paulo: RT, 1999.

MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 119, jul.-set., 1993, 225-268.

MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, jun. 1964, 5/12.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, n. 97, 242-250, p. 243.

\_\_\_\_\_; MENDES, Gilmar Ferreira (coords). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 1996.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder Y Libertad*. Historia del Constitucionalismo Moderno. Traduzido por Francisco Roig e Manuel Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2.ed. rev., ampl., atual., São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção ao Consumidor. *Revista de Processo*, v. 81, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4.ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, v. I.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. 2.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, t. 1.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. De acordo com a EC 19/98. 4.ed. São Paulo: RT.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26.ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Controle da Discricionariedade Administrativa. *RTCES*, n. 1, jul.-dez. 1998, 22-36.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: RT, 1968.

\_\_\_\_\_. *Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação a Leis Inconstitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão. Possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. VIII, n. 15, 1993. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência política, n. 3, 1993.

\_\_\_\_\_. A Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/94.

\_\_\_\_\_. Sigilo Bancário. Direito de Autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 24/92.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade*. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

\_\_\_\_\_. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 11, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 191, jan.-mar. 1993, 40-66.

\_\_\_\_\_. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *RT*- 768, ago. 1999, 88º ano.11-28.

\_\_\_\_\_. O Controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Balanço e perspectivas. In: LACOMBE, Margarida Maria (org.). *1988-1998 – uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. O controle de Constitucionalidade das leis no Brasil: evolução e tendências. In: SEMINÁRIO “O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA HISTÓRIA DA REPÚBLICA”, 2002. Brasília. *Anais* Brasília: Associação dos Juizes Federais do Brasil, 2002. 487-567.

\_\_\_\_\_. O Controle Incidental de normas no direito brasileiro, *RT*, 760, fev. 1999, 88º ano, 11-39, p. 27-8.

\_\_\_\_\_. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n.162, abr.-jun. 2004, 149-67, p. 151.

\_\_\_\_\_. Eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle abstrato no âmbito estadual. *Interesse Público*, 4, 1999. Doutrina. 49:53.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *et al. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2.tir. Brasília: IDP, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5.ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 134, abr.-jun. 1997, p. 29.

\_\_\_\_\_. Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, n. 97, 242-50.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antigo y Moderno*. Traduzido por José Rovira Armengol. Buenos Aires: Nova, [s.d]. Original de New York, 1947: Cornell University Press. Traduzido por José Rovera Armengol.

MENEGALE, Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro: Borsói, 1950, v. 1.

MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: Natureza, Funções e Perspectivas. *Revista do Tribunal de Contas*. Estado do Rio Grande do Sul, v. 22, n. 37, 1-sem. 2005, 309-323.

\_\_\_\_\_. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Transparência do Poder Público e sua Fiscalização. *Revista Interesse Público*. Especial, Responsabilidade Fiscal, 2002, 24-36.

MIRANDA, Jorge. *Ciência política – Formas de governo*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1996.

\_\_\_\_\_. A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3.tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. II.
- MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. *Revista Forense*, v. 294, Doutrina-101-115, p. 102.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat de. *O Espírito das Leis*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de nosso Tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MOREIRA, Maria do Céu Couto. Os 70 anos da Corte de Contas de Minas Gerais: um bosquejo histórico. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXIII, n. 3, 2005, 23-34.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*. Doutrina, Pareceres e Atualidades, junho 1990, 331/344.
- \_\_\_\_\_. O Parlamento e a Sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 48, n. 3, jul.-set. 2003, 15/78.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Poder* (Sistema de Direito Político). São Paulo: RT, 1993.
- \_\_\_\_\_. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro. *RBDP*, Ano 1, n. 3, out.-dez. 2003, 35-53, p. 39-41.
- \_\_\_\_\_. Administração Pública no Estado Contemporâneo. Eficiência e Controle. *Revista de Informação Legislativa*, a. 30, n. 117, jan.-mar. 1993, 33-56.
- \_\_\_\_\_. Algumas notas sobre órgãos constitucionais autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas do Brasil). *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, 223: 1-24, jan.-mar. 2001, p. 8.
- \_\_\_\_\_. Ética e funções essenciais à Justiça no presidencialismo moderno. Subsídios para a revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n. 120, out.-dez.1993, 6767-82.
- \_\_\_\_\_. Os Tribunais de Contas e a Sociedade. *Revista TCMRJ*, n. 25, dez. 2003, 61-67.
- \_\_\_\_\_. Administração Pública Gerencial. *DCAP*, n. 11, nov. 1998, 19-29.

\_\_\_\_\_. In: ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. Palestra. *ATRICON, A Real Interpretação da Instituição Tribunal de Contas*, p. 11-29.

\_\_\_\_\_; BRITO, Carlos Ayres. A Real Interpretação da Instituição Tribunal de Contas. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, PRÉ XXI, 2001. *Palestra*. TCMRJ, 30 mar. 2001.

MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_, *O Valor Jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Coimbra, 1988.

MÜLLER, Friederich.. *Quem é o Povo*. A questão fundamental da democracia. Traduzido por Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1992.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil*. Crônica dos Tempos Coloniais. Edição fac-similar. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, v. I.

\_\_\_\_\_. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Império. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, v. II.

\_\_\_\_\_. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, v. III.

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

\_\_\_\_\_. *Da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

OBERDORFF, Henri. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. (org.). *Decisões que podem dar origem à coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 205-264.

\_\_\_\_\_. (org.). *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Juarez. *Constituição Federal de 1988*. 8. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993.

PADOVER, Saul K. *The Living U. S. Constitution*. 3.ed. New York: Meridian Book, 1995.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.



PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. *Gênesis (1)*, abril, 1994, 27-39, p. 38.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PETIT, Philip. *Republicanism*. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Traduzido por Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *Ação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Aspectos Procedimentais do Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 3, jun. 2003, 99-106.

\_\_\_\_\_. Tutela Cautelar e Controle Difuso de Constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 7, out. 2003, 79/85.

PIMENTA BUENO. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, reedição de 1958.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938, t. II.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal de 1946*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. II.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. São Paulo: RT, 1967, t. I.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69*. 2.ed. São Paulo: RT, 1970, t. II.

PORTUGAL. *Constituição*. Constituição da República Portuguesa. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 112.

PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. 11.ed. Paris: Dalloz, 1990.

PROCHMANN, Valquíria Basetti. *Poder Executivo e Produção Normativa*. Curitiba: Gênesis, 1998.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

\_\_\_\_\_. Parecer. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 mar. 1963, ano LXXI-II, n. 52, p. 7-8. Cópia original certificada pela Imprensa Oficial de São Paulo.

\_\_\_\_\_. *A nova fase do direito moderno*. 3.ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2001.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso di diritto pubblico*. 8.ed. Bologna: Zanichelli, 2004/2005.

RIDALL, J. G. *Teoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In: *Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. In: SOLENIDADE DE COMEMORAÇÃO DOS 70 ANOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS. Palestra. Minas Gerais: *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v.56, n.3, 01:276, jul.-set.2005.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. I a IV.

\_\_\_\_\_. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. Comentários às Súmulas do STF e do STJ. 6.ed. São Paulo: RT, 1991.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: RT, 1977.

RUSSOMANO, Rosah de Mendonça Lima. Suspensão da executoriedade das leis inconstitucionais no Brasil. *Revista Forense*, ano 54, v. 173, fasc. 651 a 652, 69-111.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. Instituições de Direito Público. Traduzido por Maria Helena Diniz. 9.ed. São Paulo: RT, 1984.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Leituras de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Formação da Teoria Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Estado, Jurisdição e Garantias. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. LXXV, p. 53-65, 1980.

\_\_\_\_\_. Separação de Poderes. Reflexão sobre a permanência do problema. *Revista de Direito Público e Ciência Política*. Rio de Janeiro, v. VI, n. 1, jan.-abr., 1963, 73-80.

SAMPAIO, A. Dória de. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: São Paulo, 1926.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la Democracia Constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS Andrés de la Oliva. La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria. In: BLANCO, Ramón Punset; VIJANDE, Jesús Santos (directores). *Colección Jornadas e Seminários*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1996.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Jesús Maria Vijande. Doctrina y Jurisprudência del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales Ordinários. In: BLANCO, Ramón Punset; VIJANDE, Jesús Santos (directores). *Colección Jornadas e Seminários*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHÄFFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre. Fabris, 2002.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Traduzido por De Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Labor, 1931.

\_\_\_\_\_. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Führer protege o Direito*. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución*. Traduzido por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHMITT, Rosane Heineck. *A Centralização e a Descentralização do Federalismo Brasileiro*. Porto Alegre: UFRGS, 1988. Dissertação (Mestrado no Curso de pós-graduação em Direito da UFRGS). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1988.

\_\_\_\_\_. Decisões que podem dar origem à Coisa Julgada. In: OLIVEIRA Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Democracia e direitos fundamentais: os direitos humanos como fundamento, finalidade e limite da democracia: o controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: UFRGS, 2000. Monografia. (Monografia apresentada no Curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.

\_\_\_\_\_. Direito à Informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. O Estado, Poderes e Órgãos. Entes Federados. A Produção de normas jurídicas pelos Poderes Executivo e Judiciário. *Seminário Processo Legislativo Estadual e Municipal*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do RS, 2004, 124 p., 14-25.

\_\_\_\_\_. Despesas com Pessoal nos Cento e Oitenta Dias Anteriores ao Final do Mandato e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *Interesse Público*. Especial, Responsabilidade Fiscal, 2002, 56-67.

SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. New York: Cambridge University Press, 1955.

SIEYÈS; Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* Traduzido por Aurélio Wander Bastos. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. Fragments politiques. In: FAURÉ, CH. (coord.). *Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799*. Paris: Honoré Champion, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992.

SPAETH, Harold J.; SMITH, Edward Conrad. *The Constitution of the United States*. 13.ed. New York: Harper Perennial, Harper Collins Publishers, 1991.

SOUZA, Alfredo José; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *et al.* *O novo Tribunal de Contas. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O Papel Constitucional do STF*. Uma nova aproximação sobre o efeito vinculante. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1995.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *Consenso e Tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SOUZA, Nelson Oscar. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. *Ação Civil Pública. O direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TÁCITO, Caio. Como fazer valer a Constituição? *Revista de Direito Administrativo*, 179/80, jan.-jun., 1990, 11-18.

\_\_\_\_\_. Comentário. Anulação de Leis Inconstitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 59, jan.-março, 1960, 329-350, p. 344.

TAVARES, André Ramos. Controle Difuso de Constitucionalidade nas Ações Coletivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003, 107-127.

\_\_\_\_\_. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, Íris Eliete Teixeira Neves de Pinho. O conceito de Funções e de Órgãos de Exercício do Poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 81, jul. 1995, 77-89.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TERESI, Francesco. *Le Istituzioni Repubblicane*. Manuale di diritto costituzionale. Torino: G. Giappichelli, 2000, S.Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. A reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). *RT- 841 - Doutrina Civil -*, Primeira Seção, nov. 2005, ano 94, 57-67.

\_\_\_\_\_; FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 21-40, jan. 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Antigo Regime e a Revolução*. 2.ed. Brasília: UnB, 1979.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado Moderno*. Brasília: Brasiliense, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Vol. II.

\_\_\_\_\_. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 121, jan.-mar, 1994.

TREMPS, Pablo Pérez. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. *Laboratorio de Alternativas*. Madrid: Fundación Alternativas, 2003, p. 5-30.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/portal/Normas>> Acesso em 26 abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei Orgânica. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>

\_\_\_\_\_. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tce.rs.gov.br/>> Acesso em 26 abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei estadual n. 11.424/2000. Lei Orgânica do TCE/RS. Disponível em <<http://www.tce.rs.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 544/2000. Regimento Interno do TCE/RS. Disponível em <<http://tce.rs.gov.br>>.

TUNC, André. *El derecho en Estados Unidos*. Traduzido por Lluís Flaquet. Colección “que sais-je?”, n. 10. Barcelona: Oikos-tau, 1971.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 19882. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 152, jan.-mar. 2002, 287-301.

VASCONCELOS, Wilson Accioli de. O Tribunal de Contas e o problema da apreciação da constitucionalidade das leis e atos. *Revista de Informação Legislativa*, abr.-jun. 1968. 73/84.

\_\_\_\_\_. Origens do Controle da Constitucionalidade das Leis. *Revista de Informação Legislativa*, set. 1996, p. 39-68.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Recueil Sirey, 1949.

VERGOTTINI, Giuseppe U. *Diritto Costituzionale Comparato*. Bolonha: Zanichelli, 1995.

\_\_\_\_\_. *Le Transizioni costituzionali*. Sviluppo e crisi del costituzionalismo allá fine del XX. Bologna: Mulino, 1998.

VEZIO, Crisafulli. *Lezione di diritto costituzionale*. Padova, 1984, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*.

VIANA, Rodolfo Pereira. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Lisboa: Coimbra, 1995.

WALD, Arnoldo. Usos e Abusos da Ação Civil Pública (Análise de sua patologia). *Revista da AJURIS*, n. 61, ano XXXI, 1994, julho, 75-98.

\_\_\_\_\_. Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord); MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 1996.

WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção ao Consumidor. *Revista de Processo*, v. 81, 1996.

\_\_\_\_\_; José Miguel GARCIA. *O dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por Detrás da Suprema Corte*. Traduzido por Torrieri Guimarães. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

XAVIER Adroaldo (org.). *Histórias do TCE*. Discursos de Posse. 1947 a 1968. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Memorial TCE, 2005, v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Crise, Acertos e Desacertos. Traduzido por Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Lege, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. *Interesse Público*, n. 12, 2001, 46/65.