



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO**

ESTEVIÃO DOS SANTOS CUNHA

**Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União:
Jurisdição Constitucional e Perspectivas em Face do Posicionamento
do Supremo Tribunal Federal**

Brasília, maio de 2012



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO**

ESTEVÃO DOS SANTOS CUNHA

**Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União:
Jurisdição Constitucional e Perspectivas em Face do Posicionamento
do Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Saul Tourinho Leal.

Brasília, maio de 2012.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

Dedico este trabalho àqueles que acreditam que o Direito Constitucional é uma poderosa ferramenta a ser utilizada na indução das mudanças sociais de que tanto o nosso Brasil necessita.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

A Deus, antes e todo sempre.
A meus pais, pelas eternas lições de vida.
A minha esposa e meus filhos, pelas horas que lhes foram subtraídas no esforço de
concretização deste projeto.
Ao professor Júlio Aguiar, cujos ensinamentos reforçaram minha convicção de que a
Universidade é uma arena na qual o debate é mais importante que o consenso.
Ao meu orientador pelas sempre ponderadas e importantes críticas a este trabalho.
Aos meus colegas de trabalho, Liomara e André, pelas valiosas sugestões ao presente
texto.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

“Por isso vos digo: Não estejais ansiosos quanto à vossa vida, pelo que haveis de comer, ou pelo que haveis de beber; nem quanto ao vosso corpo, pelo que haveis de vestir. Não é a vida mais do que o alimento e o corpo mais do que o vestuário?”

Mateus 6:25

Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.
Fernando Pessoa



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Resumo

Na presente monografia pretende-se fazer uma abordagem acerca do controle de constitucionalidade efetuado pelo Tribunal de Contas da União com base no Enunciado nº 347 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.” Para tanto, far-se-á um estudo sobre conceitos chave, tais como: constitucionalidade, inconstitucionalidade, controle de constitucionalidade e seus sistemas; abordar-se-á a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil; a natureza jurídica do Tribunal de Contas da União, suas competências constitucionais e legais, a forma pela qual efetua controle de constitucionalidade, com a abordagem de decisões em que deliberara pela inconstitucionalidade de atos normativos; o Mandado de Segurança nº 25.888 e o questionamento de seu Relator acerca da competência do Tribunal de Contas da União veiculada no Enunciado nº 347; a jurisdição constitucional, tendo como marco teórico a clássica discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição, e a abordagem contemporânea de Peter Häberle sobre a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição; para em seguida, analisar-se, de forma individual, os argumentos aventados pelo Relator do Mandado de Segurança nº 25.888 para a suposta necessidade de revisão, ou, ainda, de cancelamento do multicitado Enunciado nº 347, com a evidenciação de uma tendência que vem ganhando corpo no Supremo Tribunal Federal no sentido do crescimento de sua função de Corte Constitucional em detrimento de sua atuação como instância revisora que lhe compete como órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Tribunal de Contas da União. Enunciado nº 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Jurisdição Constitucional.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Abstract

The present paper intends to make an approach on judicial review made by the Audit Court of the Union on the basis of Statement nº 347 to the Summary of Decisions by the Supreme Federal Court, which provides that: “the Court of Audit, in exercising its powers, can assessing the constitutionality of laws and acts of public power.” For that, far will a study of key concepts such as constitutional, unconstitutional, and its constitutionality control systems; will address the evolution of judicial review in Brazil, the legal nature of the Court of Accounts Union, its constitutional and legal, the way in which it makes judicial review, with the approach of decisions in which shall act for the unconstitutionality of legislative acts, the Writ of Mandamus nº 25888 and the questioning of its Rapporteur on the competence of Audit Court of the Union conveyed in Statement nº 347, the constitutional court, with the theoretical framework the classic debate between Hans Kelsen and Carl Schmitt on who should be the guardian of the Constitution, and the contemporary approach of Peter Häberle on the Open Society of Interpreters of the Constitution, to then look up, individually, the arguments bandied about by the Rapporteur of the Writ of Mandamus nº 25888 for the supposed need to review or even cancellation of the Statement nº 347, with the disclosure of a trend that is arising in the Supreme Federal Court towards growth of its function in detriment of its performance as a body responsible for revising it as an organ of the Judicial Branch.

Keywords: Judicial Review. Supreme Federal Court. Audit Court of the Union. Statement nº 347 to the Summary of Decisions by the Supreme Federal Court. Federal Constitution. Constitutional Jurisdiction.



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB

CURSO DE DIREITO

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Controle de Constitucionalidade	3
1.1. Constitucionalidade e Inconstitucionalidade	3
1.2. Controle de Constitucionalidade	5
1.3. Sistemas de Controle de Constitucionalidade	6
1.3.1. Controle Difuso de Constitucionalidade	8
1.3.2. Controle Abstrato de Constitucionalidade	10
1.4. Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	11
2. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	14
2.1. Natureza Jurídica	14
2.2. Competências Constitucionais e Legais	14
2.3. Exercício do Controle de Constitucionalidade	15
2.3.1. Estatísticas sobre a Apreciação da Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União	17
3. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal.....	21
3.1. Jurisdição Constitucional	21
3.2. Histórico do Mandado de Segurança nº 25.888	30
3.3. Fundamentos da Liminar concedida no Mandado de Segurança nº 25.888	32
3.3.1. Edição do Enunciado nº 347.....	33
3.3.2. Legitimação da Carta de 1988 à Iniciativa do Controle Abstrato e Restrição à Amplitude do Controle Difuso	36
3.3.3. Possibilidade de Apreciação, em sede Abstrata de Constitucionalidade – via Ação Direta de Inconstitucionalidade –, de Pleitos Individuais	43
3.4. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: Perspectivas.....	45
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	54
ANEXO A.....	64
ANEXO B.....	69

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Introdução

Dispõe o Enunciado nº 347 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, doravante denominado Enunciado nº 347¹, que: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

Em que pese o enunciado acima referir-se a Tribunal de Contas, de forma genérica, no presente trabalho, o foco da pesquisa será a realização de controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União – TCU.

Com efeito, este trabalho pretende expor a forma de realização de controle de constitucionalidade pelo TCU, abordando a edição do Enunciado nº 347, bem como a sua validade no atual ordenamento jurídico, tendo em conta que decisões monocráticas proferidas por alguns Ministros do STF em Mandados de Segurança contra deliberações do TCU que apreciaram a constitucionalidade de atos governamentais, sinalizam para um possível cancelamento daquele verbete, em função de ter sido editado sob a égide de Constituição pretérita, em um contexto no qual inexistia controle abstrato de constitucionalidade.

Para tanto, serão apresentados conceitos relativos à constitucionalidade, inconstitucionalidade, ao controle de constitucionalidade, à evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, à jurisdição constitucional – com ênfase no debate clássico travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deve ser o guardião da Constituição –, abordando-se, ainda, o posicionamento mais contemporâneo de Peter Häberle sobre a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, às competências e natureza do Tribunal de Contas da União, bem como à sua jurisprudência sobre controle de constitucionalidade.

¹ “A ‘Súmula’, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno [do STF], e a respectiva citação, feita ‘pelo número do enunciado’, dispensaria, perante a Corte, a ‘indicação complementar de julgamentos no mesmo sentido’. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem a sua própria ‘Súmula’, O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de ‘Súmula’ corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas.[...]” (MOREIRA, 2005, p. 43 *apud* JUNIOR, 2006, p. 119-120, nota de rodapé).



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

O desenvolvimento do trabalho está organizado em três partes. Na primeira, constam os conceitos de constitucionalidade, inconstitucionalidade, controle de constitucionalidade e sistemas e evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. Na segunda, são tratadas a natureza jurídica, bem como as competências do TCU, com a abordagem das decisões em que o órgão deliberara pela inconstitucionalidade de atos normativos. Na terceira parte são trazidos os fundamentos elencados pelo Relator do Mandado de Segurança nº 25.888 para deferir liminar cassando decisão do TCU que apreciara a inconstitucionalidade de atos do Poder Público, com a abordagem da jurisdição constitucional, bem como acerca da tendência do STF de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e as perspectivas de subsistência do Enunciado nº 347. Por fim, tecem-se considerações finais que buscam sintetizar as ideias expressas ao longo da monografia.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

1. Controle de Constitucionalidade

1.1. Constitucionalidade e Inconstitucionalidade

Segundo Miranda (2001, t. 6, p. 274), os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade exprimem uma ideia de relação: “[...] a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”.

Mendes e Branco (2011, p. 1.053), citando o mestre português, advertem, contudo, que não se cuida de uma relação lógica ou intelectual, mas sim de caráter normativo e valorativo.

De acordo com a disciplina do jurista lusitano, a obrigatoriedade do texto constitucional não decorre, simplesmente, de uma relação de adequação de uma realidade a outra, pois se trata do cumprimento ou não de dada norma jurídica.

Barroso (2009, p. 262) considera que uma das grandes mudanças de paradigma que ocorreu ao longo do século XX foi: “[...] a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”.

A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições (BARROSO, 2000, p. X).

Superava-se, portanto, a noção, especialmente prevalecente na Europa, de que a Constituição era um mero documento político, cuja concretização dependeria da vontade do legislador infraconstitucional e, ainda, da discricionariedade do administrador. O reconhecimento da força normativa da Carta e do caráter obrigatório de suas disposições tornava-se realidade (BARROSO, 2009, p.262).

Cappelletti (1999, p. 10) também destaca que a Constituição, entendida como lei superior, e vinculante até mesmo para o legislador, é uma das grandes descobertas do pensamento moderno.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Importa destacar que, nada obstante o reconhecimento da força normativa da Constituição, a observância de seus mandamentos depende da previsão de sanção para o seu descumprimento.

Kelsen (1929, p. 78-79 *apud* MENDES e BRANCO, 2011, p. 1.057) já ponderava que uma Constituição que tolerasse a subsistência de atos com ela incompatíveis, por não dispor de mecanismos de anulação, não passaria de uma vontade sem qualquer força vinculante.

Doutrinariamente, a inconstitucionalidade pode ser dividida, segundo variados critérios, em: i) formal e material, ii) por ação ou omissão, iii) originária e superveniente, iv) de normas constitucionais.

Tendo em vista que tais classificações são acessórias ao objetivo da presente monografia, abordar-se-ão, apenas, por seu caráter prático, os conceitos de inconstitucionalidade formal e material.

Com efeito, inconstitucionalidade formal refere-se ao vício da falta de observância dos ditames constitucionais a que a norma deveria ser submetida em relação a sua formação. Em geral, são falhas relacionadas à iniciativa do projeto de ato normativo, falta de quórum específico determinado na Carta para a sua produção e a não observância do rito de tramitação.

Mendes e Branco (2011, p. 1.070) lecionam que, na inconstitucionalidade formal, os vícios afetam o ato normativo em sua singularidade, ou seja, não dizem respeito ao seu conteúdo, mas sim aos pressupostos e procedimentos relativos à sua formação.

De outro lado, a inconstitucionalidade material diz respeito ao conteúdo da norma, ou seja, esta será materialmente inconstitucional quando apresentar conteúdo incompatível com o texto constitucional.

“A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional “[...] ou com um princípio constitucional [...]” (BARROSO, 2012, p. 51).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Em suma, pode-se afirmar que constitucional é o ato normativo produzido em conformidade material e formal com os ditames da Constituição, ao passo que a inconstitucionalidade terá lugar quando aquele ato deixa de observar os preceitos da Carta em um ou em ambos os aspectos retro citados.

1.2. Controle de Constitucionalidade

Controle de Constitucionalidade, em síntese, é a operação de confrontar determinado ato normativo, produzido pelo Poder Público, com a Constituição tendo por objetivo verificar se ele é compatível com o texto desta. Caso se verifique que há incompatibilidade, material ou formal, o ato será considerado inconstitucional.

Para Bastos (1983, p. 51 *apud* CLÈVE, 1995, p. 23):

A fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos implica a satisfação de alguns pressupostos. São eles, pelo menos, os seguintes: (i) existência de uma Constituição formal; (ii) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais); e (iii) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.

Bulos (2011, p. 181), de maneira singela, diz que, enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à Constituição, o controle é o remédio que visa ao restabelecimento do estado de higidez constitucional.

A partir dos parâmetros acima delineados, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade somente terá lugar em ordenamentos jurídicos nos quais a Constituição é formal e rígida.

Constituição formal é constituição escrita, formalizada, portanto, em um texto que, de acordo com Clève (1995, p. 24), é um documento normativo construído pela força da razão, e não do tempo.

Rígida é a constituição que prevê, como meio de mudança de seu próprio texto, mecanismos mais restritos do que aqueles previstos para a criação de leis ordinárias. Se assim não fosse, ou seja, se a constituição pudesse ser alterada por meio da

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

produção de leis ordinárias estaria hierarquicamente nivelada com estas, não havendo, portanto, parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade.

A noção de constituição rígida está intimamente ligada com a existência de supremacia desta em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Quando a constituição é colocada no topo da pirâmide de atos normativos, todos os demais lhes são hierarquicamente inferiores, devendo, dessa maneira, obediência aos seus ditames.

Para Kelsen (2007, p. 130):

A questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição. Somente a teoria aqui desenvolvida, da estrutura hierárquica da ordem jurídica, está em condições de proporcioná-la. Não é exagero nenhum afirmar que somente ela permite apreender o sentido imanente dessa noção fundamental de “Constituição” já sonhada a teoria do Estado da Antiguidade, porque essa noção implica a ideia de uma hierarquia das formas jurídicas.

Por fim, somente há falar em controle de constitucionalidade se houver, pelo menos, um órgão encarregado de cumprir a tarefa de cotejar as normas com a Constituição para, ao final, declarar se estão, ou não, de acordo com o texto da lei fundamental. A inexistência de órgão(s) competente(s) para pronunciar a inconstitucionalidade implica, por dedução lógica, a inexistência de tal controle.

De forma conclusiva, pode-se afirmar que a existência do controle de constitucionalidade se justifica na posição hierárquica superior ocupada pela Constituição de determinado ordenamento jurídico, isto é, parte-se do princípio de que todas as demais normas produzidas naquele ordenamento deverão ser consentâneas com os ditames da lei fundamental, sob pena de serem fulminadas por inconstitucionalidade, seja ela material ou formal, ou, ainda, de outra espécie que, enfim, traduza, falta de observância dos seus preceitos.

1.3. Sistemas de Controle de Constitucionalidade

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

A doutrina distingue vários modelos de fiscalização da constitucionalidade: francês, alemão, austríaco etc.

Bulos (2011, p. 188) assevera, todavia, que só há dois sistemas de controle de constitucionalidade: o americano e o austríaco.

O sistema americano é aquele mediante o qual o controle da constitucionalidade é realizado de forma difusa, incidental, ou pela via de exceção. Tal sistema fora formalizado mediante o célebre caso *William Marbury versus James Madison*, no ano de 1803.

Uma vez que não faz parte deste trabalho aprofundar-se nas raízes históricas do controle de constitucionalidade, é suficiente destacar, com base nos ensinamentos de Bulos (2011, p. 188), os principais aspectos da decisão americana acima mencionada:

- (i) fixou a primazia da superioridade das decisões judiciais sobre os atos de natureza política, tanto do Congresso como do Executivo;
- (ii) reconheceu a supremacia da Constituição sobre as atividades legislativas e administrativas do Estado; e
- (iii) estabeleceu a necessidade da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais pelo Poder Judiciário.

Barroso (2012, p. 69) define o controle difuso de constitucionalidade como sendo aquele em que o ordenamento jurídico defere a juízes e tribunais, na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição, a possibilidade de análise da questão prejudicial da (in)constitucionalidade.

Em outra vertente, o sistema austríaco de constitucionalidade adveio da Constituição da Áustria, de 1º de outubro de 1920 (*Oktoberverfassung*), que estabeleceu a fiscalização concentrada de constitucionalidade das normas, exercida pelo Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). (BULOS, 2011, p. 190).

O sistema austríaco de constitucionalidade, o qual encerra a fiscalização concentrada, caracteriza-se pelo fato de a apreciação da constitucionalidade ser o objeto principal da causa. Tal tipo de fiscalização, também é conhecida por abstrata, tendo em vista que o exame se dá, de forma genérica, na lei em si mesma, e não em

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

um caso concreto, como na via difusa, no qual a análise da constitucionalidade é feita de forma ancilar.

1.3.1. Controle Difuso de Constitucionalidade

Controle difuso de constitucionalidade é aquele em que a inconstitucionalidade não é o objeto principal da lide, mas reflete, apenas, uma questão prejudicial do mérito da causa, ou seja, há de ser examinada antes de o julgador analisar o mérito do pedido que lhe fora proposto.

Pressupõe, dessa maneira, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. (BARROSO, 2012, p. 113).

Nessa modalidade de controle de constitucionalidade, a decisão prolatada possui efeitos limitados às partes litigantes – *inter partes* –, podendo, todavia, alcançar efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos, se o Senado Federal deliberar por suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, consoante previsto no art. 52 da Constituição de 1988:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Por decisão definitiva do STF, referenciada no inciso acima, entende-se aquela prolatada na sede de controle difuso, tendo em vista que a decisão daquela Corte exarada no âmbito do controle abstrato possui, por força do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, efeitos *erga omnes* e vincula os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública das três esferas de governo:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. 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

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

A questão da inconstitucionalidade, na via difusa, pode ser abordada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar, incluindo-se a ação civil pública e a ação popular (BARROSO, 2012, p. 115).

Por dedução lógica, qualquer pessoa que esteja litigando em âmbito judicial, pode arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Questão relevante diz respeito ao alcance da decisão adotada em sede de controle difuso, quando exarada por juiz singular e quando prolatada por Tribunais.

Com efeito, sustenta Streck (2002, p. 362-363 *apud* BARROSO, 2012, p. 119) que, ao contrário dos Tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo, porque somente na forma do art. 97 da Constituição de 1988 é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade.

De acordo com Barroso (2012, p. 119), a tese defendida por Lênio Streck não encontra o amparo doutrinário de Clèmerson Merlin Clève e de Ronaldo Poletti, para os quais inexistente distinção entre a decisão prolatada por juiz singular e aquela exarada pelos Tribunais.

SODRÉ (2006, p. 134) defende, em linha de consonância com a doutrina citada por Luís Roberto Barroso, que inexistente diferença entre deixar de aplicar a lei ou declará-la inconstitucional:

No intuito de compreender a origem dessa distinção, atente-se para a explicação de José Afonso da Silva:

Tentou a doutrina divergente estabelecer, entre nós, a distinção que algumas constituições latino-americanas fazem entre inaplicabilidade da lei e declaração de inconstitucionalidade (El Salvador, artigos 95 e 96; Honduras, artigo 236; Uruguai; 258).

[...] Foi o que, de certo modo, se pretendeu sustentar no Brasil, sob a Constituição de 1946, querendo distinguir entre julgamento de inconstitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade, para concluir, sem razão, no entanto, que a “competência para a primeira é reconhecida, indistintamente e irrestritamente, a todos os órgãos do judiciário, tanto de primeira como de segunda instância”, ao passo que a “declaração de inconstitucionalidade é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade dos seus juízes.”

Pelo que vimos antes, essa doutrina ficou logo superada pela jurisprudência e pela corrente que sustentava que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do poder público, assim como os

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

tribunais; apenas a declaração destes, para valer, terá que decorrer do voto favorável da maioria absoluta de seus membros (SILVA, 1978, p. 130/131).

Em suma, controle difuso, concreto, incidental – *incidenter tantum* –, ou pela via de exceção, é aquele exercido de maneira em que a inconstitucionalidade não é o objeto do pedido postulado na lide, mas apenas questão que deve ser apreciada, de forma prévia, pelo julgador, para que possa prolatar sua decisão final de mérito. Em regra, a decisão adotada nesta modalidade de controle somente vincula as partes litigantes, podendo, todavia, ter os seus efeitos estendidos a todos, conforme dispõe o art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, o qual será objeto de abordagem em tópico específico deste trabalho.

1.3.2. Controle Abstrato de Constitucionalidade

Controle abstrato de constitucionalidade é aquele em que o exame da constitucionalidade é o próprio objeto da lide. Busca-se, dessa maneira, um pronunciamento, em tese, acerca da adequabilidade do normativo questionado frente à Constituição: “[...] o propósito em si da ação está jungido à declaração, em tese, da compatibilidade vertical ou não de uma Lei ou ato do Poder Público com a Constituição” (JORGE e NETO, 2008, p. 182).

Em tal modalidade de controle, como se está a examinar a questão da adequação, em tese, da lei frente à Constituição, a eventual declaração de sua inconstitucionalidade, nos ordenamentos jurídicos que adotam a teoria da nulidade da lei inconstitucional, como é o caso do Brasil, repercute sobre todos – efeitos *erga omnes* –, de forma vinculante e desde a sua prolação, ou seja, se a lei é nula, sequer chegou a existir no mundo jurídico.

A análise, em tese, da constitucionalidade de uma lei, é efetuada em molde à defesa, não de determinada pretensão individual, mas sim da própria higidez do texto

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

constitucional, o que implica ser esta modalidade praticada em âmbito de processo objetivo, no qual, a rigor, inexistem partes:²

O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. [...] A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição (BARROSO, 2012, p. 175-176)

1.4. Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil

A Carta de 1824 não previa mecanismo de controle de constitucionalidade. Mendes e Branco (2011, p. 1.093) asseveram que a influência francesa ensejara a outorga ao Poder Legislativo da atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como de zelar pela guarda da Constituição.

O controle de constitucionalidade passou a compor o ordenamento pátrio a partir da Constituição de 1891, que previa o exercício do controle difuso de constitucionalidade em seus arts. 59 e 60:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

[...]

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

Art. 60. Compete aos juízes ou Tribunais Federais processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;

A Constituição de 1934 introduziu duas grandes modificações no sistema de controle de constitucionalidade: a necessidade de a declaração de inconstitucionalidade

² O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a provocação da via abstrata de fiscalização da constitucionalidade, mediante a impetração de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal faz instaurar processo objetivo, no qual inexistem partes e litígio referentes a situações concretas ou individuais. (STF, RDA, 193:242, 1993, RCL 397, rel. Min. Celso de Mello).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

ser pronunciada pela maioria da totalidade dos membros do Tribunal (art. 179) – cláusula de reserva de Plenário –, bem como a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei, ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (arts. 91, inciso IV, e 96).

Na Carta de 1946, o controle de constitucionalidade estava previsto no seu art. 101:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965, foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República – PGR (art. 101, inciso I, alínea **k**).

Assim, a partir da emenda constitucional acima mencionada, o controle de constitucionalidade abstrato foi implementado em nosso ordenamento jurídico, sendo a legitimação ativa para provocar a Corte Suprema conferida a apenas uma autoridade, o Procurador Geral da República.

De acordo com Mendes e Branco (2011, p. 1.104):

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

A Constituição de 1967 manteve o controle difuso de constitucionalidade, bem como preservou a ação direta de inconstitucionalidade instituída por meio da Emenda nº 16/1965 da Carta de 1946 (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1.104).

Por fim, a Carta de 1988 consagrou o modelo de controle de constitucionalidade doutrinariamente conhecido como misto, ou seja, abarca tanto o controle difuso quanto a fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Barroso (2012, p. 86) destaca as inovações trazidas pela Carta de 1988 no tema controle de constitucionalidade:

a) a ampliação da legitimação ativa para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103);

b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com o mesmo objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);

c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); e

d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

2. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

2.1. Natureza Jurídica

O Tribunal de Contas da União é órgão de controle externo, colegiado, com sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, composto por nove ministros nomeados pelo Presidente da República, sendo três indicados pela Câmara Federal, três pelo Senado Federal, um de livre escolha do Chefe do Executivo Federal, um dentre os membros do Ministério Público junto ao TCU, e um dentre os Ministros Substitutos de seu quadro (Constituição Federal de 1988, art. 73, *caput*, e § 2º).

Embora não haja consenso acadêmico acerca da natureza jurídica do TCU, é forçoso reconhecer que não se trata de um Tribunal Judiciário, eis que a Corte de Contas não está expressamente incluída no capítulo da Constituição de 1988 a que se refere o Poder Judiciário (Capítulo III), tampouco é mencionada no rol de órgãos do Poder Judiciário, delineado, *numerus clausus*, no art. 92 da Carta.

Medauar (1993, p. 140) considera que a natureza do TCU: “[...] em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente”.

Sem embargo de adentrar a extensa discussão acerca do posicionamento institucional do TCU, que não é o objeto deste trabalho, pondera-se que não há fundamento constitucional para se afirmar que, nada obstante a denominação de tribunal, tal órgão seja enquadrado como integrante do Poder Judiciário.

Albuquerque e Cunha (2009, p. 64) arrematam asseverando que o Tribunal de Contas da União pode ser considerado como órgão integrante do Poder Legislativo em nível organizacional.

2.2. Competências Constitucionais e Legais

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

O art. 71 da Constituição de 1988, por meio de seus onze incisos, fixa a competência do TCU para a prática de atos que visam ao cumprimento de sua missão constitucional, que é a de efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Nesse ponto, cabe destacar que o titular do controle externo no Brasil é o Congresso Nacional, sendo o TCU órgão que o auxilia em tal tarefa (Constituição Federal, art. 71, *caput*).

Também a Lei nº 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU, estabelece as competências da Corte em seu art. 1º.

O ordenamento pátrio conta, ainda, com diversos diplomas legais que atribuem competências esparsas ao TCU. Cita-se, como exemplo, as Leis nºs 8.429/1992 (art. 15, parágrafo único e 21, inciso II), 8.666/1993 (arts. 102, 113, *caput* e §§ 1º e 2º, e 117), 10.028/2000 (art. 5º, inciso I, §§ 1º e 2º), 11.079/2004 (art. 14, § 5º), 11.107/2005 (art. 9º, parágrafo único) e a Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 56, 57, § 2º, e 59).³

Em todos os diplomas legais acima mencionados, e ainda na Constituição Federal, não há previsão normativa expressa de que o Tribunal de Contas efetue controle de constitucionalidade.

2.3. Exercício do Controle de Constitucionalidade

Consoante dispõe o art. 16 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução nº 246, de 30 de novembro de 2011, compete ao Plenário deliberar sobre propostas de determinações de caráter normativo, de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como daqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

³ No anexo A encontram-se, de forma detalhada, cada um dos dispositivos legais aqui mencionados.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Já o art. 28, inciso X, daquela norma regimental, informa que compete ao Presidente do TCU votar quando se aprecia inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

Como se vê, a apreciação acerca da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União é efetuada em sede difusa, eis que os efeitos da decisão limitam-se às partes envolvidas no processo.

Nesse ponto, cabe esclarecer que, a rigor, o processo no TCU possui características que o assemelham ao de natureza objetiva, ou seja, não há, como no processo judiciário, uma lide a ser decidida pela Corte de Contas. Quando o Tribunal julga um processo de Tomada ou Prestação de Contas, visa a persecução acerca da regularidade e da boa aplicação dos recursos federais geridos pelo órgão ou entidade jurisdicionados.

Como é cediço, processo de natureza objetiva implica inexistência de partes. Todavia, tendo em vista a possibilidade de aplicação de sanções aos jurisdicionados, tais como: declaração de inidoneidade de licitante fraudador (art. 46 da Lei nº 8.443/1992), multa (arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/1992), declaração de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança (art. 60 da Lei nº 8.443/1992), tanto o Regimento Interno, como a própria Lei Orgânica do TCU preveem a possibilidade de ampla defesa e de contraditório aos gestores, qualificando-os, dessa maneira, como parte para fins de observância dos mencionados princípios de cunho constitucional.

Nada obstante o caráter eminentemente objetivo do processo no TCU, a atuação da Corte de Contas na apreciação de constitucionalidade, como já dito, é de matriz difusa, eis que a apreciação, em abstrato, da constitucionalidade é de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988).⁴

⁴ Em sentido diverso, no sentido de que caberia ao TCU apreciar a constitucionalidade *in abstracto*, ver Fajardo et al, 2008, p. 17-34.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

2.3.1. Estatísticas sobre a Apreciação da Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União

Em pesquisa realizada à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, no sítio eletrônico www.tcu.gov.br, evidenciou-se a existência de seis deliberações, todas do Plenário, nas quais a Corte se pronunciou pela inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.⁵

Deliberação	Objeto
Decisão nº 171/1999	Pronunciamento requisitado ao TCU, pelo Senado Federal, quanto à legalidade do parágrafo 2º do artigo 26 da Medida Provisória nº 1.626-51, referente à competência dos órgãos do sistema de controle externo e interno, ao qual se vincule a entidade recebedora de recursos, para fiscalização da aplicação dos recursos federais descentralizados a estados e municípios por meio de convênio.
Decisão nº 223/2000	Representação formulada por unidade técnica do TCU acerca de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.784/98, que dispôs sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE e instituiu o Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE.
Decisão nº 168/2001	Representação formulada por unidade técnica do TCU sobre a inconstitucionalidade de Portaria do Ministério da Marinha que enquadrava auxiliares locais brasileiros em exercício nas repartições sediadas no exterior como funcionários públicos.
Decisão nº 663/2002	Auditoria na Petrobras acerca da utilização de regulamento do procedimento licitatório simplificado, a partir da edição do

⁵ A pesquisa foi efetuada com a inserção dos termos “inconstitucional” e “inconstitucionalidade” nos campos Acórdão (.acor.) e Decisão (.deci.).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

	Decreto nº 2.745/1998, que regulamentou o art. 67 da Lei nº 9.478/1997.
Decisão nº 420/2002	Levantamento de Auditoria na Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas nas obras e serviços de complementação e melhoria dos recursos hídricos da região do agreste e sertão alagoano.
Acórdão nº 574/2006	Representação acerca de eventual descumprimento da Decisão nº 601/1994 – Plenário em face da Instrução Normativa nº 01/2002 da Subsecretaria de Serviços Postais do Ministério das Comunicações.

Por meio da Decisão nº 171/1999, o Plenário do TCU deliberou por transmitir ao Senado Federal o seu entendimento pela inconstitucionalidade do *caput* e do § 2º do art. 21 da Medida Provisória nº 1.751-64, de 08/04/1999, e orientou as suas unidades técnicas a deixarem de aplicar a referida norma, por vício de inconstitucionalidade, reafirmando sua competência constitucional de proceder ao controle e à fiscalização dos recursos repassados pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios por meio de convênio, acordo, ajuste e outros instrumentos congêneres (art. 71, inciso VI, da Constituição Federal c/c o art. 5º, inciso VII, da Lei nº 8.443/92).

Na Decisão nº 223/2000, o TCU deixou assente seu entendimento sobre a inconstitucionalidade dos arts. 3º e 11 da Medida Provisória nº 1.979-16, de 09/03/2000, por considerar que a atribuição de competência aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios para analisar prestações de contas de recursos federais infringiam as disposições contidas nos arts. 70, 71, II e VI, e 75, da Constituição Federal. Nessa deliberação, a Corte de Contas informou sobre seu posicionamento ao Presidente da República, por intermédio do Chefe da Casa Civil da Presidência da República; aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; aos Presidentes das Comissões de Constituição e Justiça e de Redação, de Educação, Cultura e Desporto e de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados; aos Presidentes das

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, de Educação e de Fiscalização e Controle do Senado Federal; aos Líderes dos Partidos Políticos das duas casas legislativas e ao Ministro de Estado da Educação.

Já na Decisão nº 168/2001, a Corte de Contas fixou, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição de 1988⁶ c/c art. 45, *caput*, da Lei nº 8.443/1992⁷, prazo, para que o Ministro da Defesa adotasse providências no sentido de declarar nula a Portaria Ministerial nº 92, de 27/02/1996, do então Ministério da Marinha, e de todos os atos de enquadramento de auxiliares locais no Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União (Lei nº 8.112/1990) efetivados com base nessa portaria, por entendê-la ilegal e inconstitucional.

A Decisão nº 663/2002 – Plenário foi a que determinou à Petrobras que se abstinhasse de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto nº 2.745/1998 e o art. 67 da Lei nº 9.478/1997, por entendê-los inconstitucionais, e observasse os ditames da Lei nº 8.666/1993 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do art. 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Na Decisão nº 420/2002, o TCU firmou entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2.º, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993. Na oportunidade, a Corte de Contas fixou prazo para que a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas adotasse providências para extinguir os vínculos e relações jurídicas até então mantidos por uma empresa subcontratada para executar

⁶ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

⁷ Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

parte da obra Adutora do Agreste Alagoano, e fizesse com que a empresa originalmente contratada retomasse a condição de responsável única pelas relações jurídico-administrativas que emergiam do Contrato.

Por fim, no Acórdão nº 574/2006 – Plenário, o TCU entendeu inconstitucional a Lei nº 10.577/2002, e determinou à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, dentre outras medidas, que realizasse procedimento licitatório para a outorga de Agências de Correios, visando à substituição das Agências de Correios Franqueadas que deveriam ser substituídas por agências próprias.

Como se vê, ao longo de quase treze anos (1999-2012), o TCU se utilizou da faculdade que lhe fora deferida pelo Enunciado nº 347, apenas em seis oportunidades, o que equivale a cerca de uma apreciação a cada dois anos.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

3. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal

A controvérsia acerca da possibilidade de um órgão de cunho administrativo, não integrante do Poder Judiciário, efetuar controle de constitucionalidade, encontra-se vinculada à questão relativa à jurisdição constitucional, ou seja, a qual(ais) órgão(s) deve ser confiada a tarefa de ser(em) o(s) Guardião(ões) da Constituição.

Nesse sentido, antes de adentrar à discussão dos argumentos invocados pelo STF nos autos do MS nº 25.888 para cassar Acórdão do TCU fulcrado em deliberação que apreciou a inconstitucionalidade de atos normativos (Decreto nº 2.745/1998 e art. 67 da Lei nº 9.478/1997), cabe trazer à colação a discussão sobre jurisdição constitucional, efetuada a partir do marco teórico consubstanciado na clássica discussão doutrinária entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o tema.

Tendo em vista ainda que, nada obstante o brilhantismo das ideias aventadas por um e outro pensadores da teoria constitucional, a discussão entre Kelsen e Schmitt foi trazida a lume nos idos dos anos 30, buscar-se-á evidenciar, como um marco mais contemporâneo na abordagem sobre jurisdição constitucional, a teoria de Peter Häberle acerca da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição (*Die Offene Gesellschaft Der Verfassungsinterpreten*).

3.1. Jurisdição Constitucional

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (KELSEN, 2007, p. 123-124).

A questão acerca da jurisdição constitucional, de importância ímpar para o estudo do controle de constitucionalidade, está relacionada a quem deve ser o guardião da Constituição, ou seja, a qual(is) órgão(s) cabe a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Extenso debate acadêmico sobre o tema travou-se entre Carl Schmitt, filósofo alemão que viveu de 1888 a 1985, e Hans Kelsen, também filósofo, que, em 1931, publicou um ensaio intitulado “Quem deve ser o Guardião da Constituição”.

Schmitt publicara sua obra – O Guardião da Constituição – na qual afirmava, em síntese, que somente o Presidente do *Reich* – correspondente ao Presidente da República no Brasil – poderia ser o guardião da Constituição.

Asseverara que as violações à Constituição não poderiam ser censuradas pelo Poder Judiciário, mas sim por um Poder neutro, situado não acima, mas ao lado dos demais, com poderes próprios:

Elas [as violações constitucionais] são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro *superior* – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas e resolvidas por meio de um órgão não em relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro *neutro* – este é o sentido de um poder neutro, de *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotados de poderes e possibilidade de ação singulares (SCHMITT, 2007, p. 193).

Inspirado nas ideias de Benjamin Constant, Schmitt ponderava que o poder neutro não concorreria com os demais, mas seria um poder de preservação:

[...] a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ele não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder. [...] Aqui, ela [a teoria do poder neutro] é, como já sabia Benjamin Constant, mesmo que essa parte de sua teoria tenha passado despercebida, um *pouvoir préservateur*, um “poder preservador” (SCHMITT, 2007, p. 200).

Apontava que, com base na Constituição de Weimar, a posição do Presidente do Reich, eleito pelo povo, somente poderia ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro, intermediário, regulador e preservador. Para ele, o Presidente do Reich estava munido de poderes que o tornariam independente dos órgãos legislativos. Em especial, o Presidente do Reich seria o encarregado de proteger a Constituição:

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

O peculiar equilíbrio [...], a relação de uma independência do parlamento do Reich devido aos poderes autônomos com uma dependência devido à exigência geral da referenda ministerial, [...] e, por fim, a proteção da Constituição (diferentemente da norma constitucional em particular) conforme o artigo 48 da Constituição do Reich, tudo isso seria uma mistura contraditória e absurda de determinações incompatíveis, se não se tornasse compreensível por intermédio dessa teoria [do terceiro neutro] (SCHMITT, 2007, p. 201).

Para o filósofo alemão, não haveria como ser formada uma maioria no parlamento do *Reich*, o que poderia, por fim, levar à ausência de governo, demandando, dessa maneira, que o Presidente se tornasse eficiente. Ilustra seu posicionamento com exemplos práticos de Presidentes os quais teriam levado a efeito, a assim conceituada por ele, a técnica política e de harmonia:

Uma grande parte da atividade tanto do Presidente Ebert, que, em um momento politicamente significativo, se credenciou como guardião da Constituição, quanto do atual Presidente Hindenburg, pode ser caracterizada pela conciliação neutra e intermediária de conflitos e teremos que reconhecer que ambos os presidentes do Reich, cada um a seu modo, melhor cumpriram sua difícil tarefa do que alguns chefes de Estado que não souberam compreender o que sobriaria de *régnier*, caso se subtraísse o *gouverner* (SCHMITT, 2007, p. 203).

Schmitt teoriza, por fim, acerca da independência político partidária do Presidente do Reich:

O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante (SCHMITT, 2007, p. 232).

Conclui, assim, que a função de guardião da Constituição atribuída ao Presidente do Reich atende ao princípio democrático sob o qual se baseava a Constituição de Weimar:

O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade o povo como uma totalidade política (SCHMITT, 2007, p. 233-234).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Divergindo das idéias de Carl Schmitt, Hans Kelsen publica, em 1931, seu ensaio denominado: Quem deve ser o Guardião da Constituição. Tal texto é um contraponto direto à tese do filósofo alemão, na medida em que questiona o fato de o detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado – Monarca ou Presidente –, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única capaz de efetuar controle de sua constitucionalidade.

As principais ideias de Hans Kelsen acerca de quem deve ser o guardião da Constituição foram compiladas na obra intitulada Jurisdição Constitucional, na qual estão dispostas as principais divergências que ele possuía em relação a Carl Schmitt.

Pondera, assim, que a busca político-jurídica por garantias da Constituição, por instituições, portanto, capazes de controlar a constitucionalidade das leis, corresponde ao princípio da máxima legalidade da função estatal (KELSEN, 2007, p. 239).

O filósofo austríaco atenta para o fato de que a função política da constituição é o estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder, e a garantia da Carta residiria, exatamente, na segurança de que tais limites não fossem ultrapassados (KELSEN, 2007, p. 240).

Destacando que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto ao de que ninguém pode ser juiz em causa própria, rechaçou a ideia de o monarca ser o guardião da constituição:

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava [...] de uma ideologia [...] [que] procurava mascarar [...] [uma das] tendência[s] básica[s] [do constitucionalismo]: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional (KELSEN, 2007, p. 240).

A crítica direta que Kelsen faz à obra de Schmitt reside no caráter dualístico da Constituição da monarquia constitucional, que divide o poder político entre parlamento e governo. Com efeito, exercendo o monarca, como chefe de governo, preponderância, tanto na realidade política quanto nas normas da Constituição, não há como afirmar que o poder confiado ao governo não está em permanente concorrência com o parlamento.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Kelsen (2007, p. 241) pondera, assim, que somente a partir da doutrina de que o monarca é uma terceira instância, objetiva, portanto, e situada acima de quaisquer antagonismos, é que se pode encobrir o caráter de sua função, de modo a justificar, dessa maneira, a noção de que a ele caberia o papel de guardião da constituição.

Ele objeta sobre a utilização da teoria de Benjamin Constant, do poder neutro, efetuada por Carl Schmitt para embasar sua tese de ser o presidente do Reich o guardião da Constituição:

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder *neutro*, apoia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo (KELSEN, 2007, p. 245).

Gilmar Mendes, em apresentação da obra de Carl Schmitt – O Guardião da Constituição – situou as diferenças teóricas entre as visões do filósofo alemão e do mestre da escola austríaca:

[...] a crítica de Schmitt ao positivismo alemão tradicional estava claramente ligada a uma rejeição muito mais ampla do autor em relação a toda uma estrutura estatal que ele fatalmente caracterizava como burguesa. Para um pensador que tinha convicção de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político, a pretensa neutralidade do positivismo de Laband e da Teoria Pura de Kelsen não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais na filosofia política e jurídica, visando garantir a segurança e liberdades burguesas perante o Estado. É principalmente a partir de sua visão antiliberal que Schmitt construirá seu “Der Hüter der Verfassung” (O Guardião da Constituição). Segundo Schmitt, a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, por outro lado, transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito. A recusa de Schmitt em aceitar um controle concentrado de constitucionalidade encontra sua origem na própria concepção que o autor alemão fazia de Constituição. Para Schmitt, a ideia de Constituição não se equipara a um simples conjunto de leis constitucionais. A Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência. De acordo com o pensador alemão, o princípio político que guiava a Constituição de Weimar era o princípio da democracia. A democracia de Schmitt, contudo, não se assemelha em nada à democracia kelseniana, que via na maioria um instrumento útil para a realização da ideia básica da democracia:

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

a liberdade. Para Schmitt, só há uma ideia verdadeiramente democrática: a igualdade, que é fundamento de todas as outras igualdades. No que concerne à jurisdição constitucional, tanto Schmitt como Kelsen atingiam conclusões bem distantes de seus pontos de partida. Enquanto Kelsen, que se reconhecia como herdeiro da tradição labandiana, projetara e desenvolvera um sistema concentrado de controle de constitucionalidade que contrariava frontalmente os princípios do positivismo legal do século XIX, Schmitt, que sempre construía suas obras em contraposição a uma imagem da teoria positivista liberal, acabara por chegar justamente ao posicionamento defendido por Laband cinquenta anos antes: a revisão dos atos legislativos por um tribunal independente é uma afronta clara à soberania estatal (SCHMITT, 2007, p. xi-xii).

Consoante já asseverado, o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt é considerado um clássico na discussão acerca da jurisdição constitucional, não tanto pelo contraponto que um efetuou à tese do outro, mas sim pelo lançamento das bases que influenciariam o mundo na escolha de suas instituições encarregadas de efetuar o controle de constitucionalidade.

O ato de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos é uma atividade sensível, pois, na medida em que um Poder declara nulo, ou afasta a aplicação de uma lei ou ato normativo, está, em regra, influenciando na delicada equação que rege o equilíbrio de poderes no Estado.

Dessa maneira, o estudo da jurisdição constitucional é, em síntese, tentativa da descoberta do método em que a apreciação da constitucionalidade das leis e atos normativos seja efetuada de modo a preservar o equilíbrio dos Poderes estatais, conferindo, ainda, legitimidade ao(s) encarregado(s) de tal prática.

Nesse sentido, o passar do tempo tem cobrado de juristas e pensadores do direito constitucional a emergência de um novo paradigma que superasse o simples dualismo entre o positivismo de Hans Kelsen e o antipositivismo de Carl Schmitt, matriz de suas ideias acerca da jurisdição constitucional.

Como alerta Müller (2009, p. 56-57):

Para uma certa forma do existencialismo jurídico o significado da norma jurídica se encolhe rumo à recomendação não vinculante ao juiz, que deve extrair a decisão correta, com todos os seus pressupostos e critérios de aferição, apenas da própria situação individual. Com efeito, o juiz deve incorporar a situação concreta do caso no fundamento de sua sentença, caso esta deva ser materialmente adequada, deva fazer justiça ao caso individual. A ideologia positivista da “aplicação” desconsiderara esse aspecto. Mas uma reação

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

contrária de molde existencialista desse perfil conduz o direito como positivação vinculante materialmente determinada a um ponto igualmente desprovido de sentido. Justo porque as normas jurídicas não existem simplesmente prontas, não estão disponíveis para a aplicação técnica; justo porque a estrutura da matéria e do problema, também do caso individual, faz parte dos elementos da sentença jurídica, a norma não é supérflua, mas necessária como ideia-diretriz materialmente caracterizada, normativamente estabilizadora. Do contrário, o discurso sobre o “direito” degenera em jogo nominalista de palavras.

Nessa busca de dar real concreção ao significado de norma que, como acima evidenciada, não existe por si própria, ou seja, não há de ser imaginada pronta, de forma pré-concebida, traz-se à colação a tese de Peter Häberle sobre a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição (*Die Offene Gesellschaft Der Verfassungsinterpreten*).

Häberle propõe a instigante ideia de que o controle de constitucionalidade não deve ficar restrito a um círculo fechado de intérpretes oficiais e autorizados a interpretar a Constituição.

Pondera que o cidadão, e as demais forças da sociedade, também são responsáveis pela interpretação da Constituição, adquirindo, dessa maneira, um caráter de protagonismo, em lugar de passividade, o que lhes garantiria influência na própria hermenêutica constitucional:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 2002, p.13).

A perfeita compreensão da tese de Häberle somente é possível a partir da definição do que seja interpretação constitucional. Com efeito, para o pensador alemão, toda atualização da Constituição efetuada por qualquer indivíduo caracteriza, ainda que de forma parcial, uma interpretação constitucional antecipada:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

intérpretes jurídicos da Constituição que vive a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição (HÄBERLE, 2002, p.15).

Comungando da ideia de Friedrich Müller sobre norma, Häberle entende que ela, assim entendida como a Lei Fundamental – Constituição, não pode ser vista como um produto prévio, simples e acabado, mas sim como um produto que sofre, em seu desenvolvimento funcional, a participação ativa das forças de personalização e pluralização da interpretação constitucional:

A ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de meditação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (Grundrechtsverwirklichung) [...] (HÄBERLE, 2002, p.36).

Como visto, Häberle alerta para o fato de que a democracia não mais pode ser encarada, apenas, na outorga estatal conferida ao cidadão para que ele possa, mediante sufrágio, escolher seus representantes.⁸

É certo que a interpretação constitucional, dada a proeminência da Lei Maior no ordenamento, é um claro fator que influencia, de forma direta, na vida das pessoas. Nesse sentido, parece que o pensador alemão se inquieta diante do fato de que os cidadãos e demais potências da sociedade, em que pesem serem afetados pela hermenêutica constitucional, não possuam voz em tal processo.

Propõe, assim, que o cidadão não pode ser encarado como agente passivo no processo de interpretação da Carta, eis que o seu agir também moldaria a Constituição, mas sim como atuante no processo de interpretação constitucional, ainda que como pré-intérprete.

Traz um elenco provisório dos possíveis participantes do processo de interpretação constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 21-23):

⁸ Paulo Vargas Groff, em artigo sobre o pacto federativo brasileiro, alerta que: “No Brasil, o grande problema da democracia representativa é que o povo, via de regra, manifesta sua opinião apenas durante as eleições.” (GROFF et al, 2011, p. 192).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

- 1) as funções estatais;
- 2) o recorrente e o recorrido, no recurso constitucional, ou seja, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um diálogo jurídico;
- 3) outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte;
- 4) os pareceristas ou *experts*;
- 5) os peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento;
- 6) associações e partidos políticos que atuam no processo de escolha de juízes da Corte Constitucional;
- 7) os grupos de pressão organizados;
- 8) a opinião pública democrática e pluralista, e o processo político como grandes estimuladores;
- 9) a mídia, em geral, imprensa, rádio e televisão;
- 10) os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;
- 11) igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos e associação de pais; e
- 12) a doutrina constitucional, por tematizar a participação de outras forças e participar nos diversos níveis.

Häberle questiona que uma possível crítica a sua teoria residiria no fato de a ampliação do leque de intérpretes por ele proposta resultar em um grande número de interpretações, o que poderia implicar perda da normatividade constitucional.

Ele entende, porém, que admitir apenas àqueles formalmente legitimados a interpretação constitucional é um paradigma da ideologia passiva de mera subsunção que estaria superado por novos conhecimentos da teoria da interpretação, entendida como um processo aberto de integração da realidade em tal processo.⁹

⁹ Para uma crítica à teoria positivista de interpretação constitucional e a proposta de uma nova teoria, pós-positivista, ver MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito. Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Bonavides (2008, p. 516) assevera que a aplicação da teoria de Häberle demanda a existência de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores que, em seu entender, seriam difíceis de serem encontrados em nações subdesenvolvidas ou em processo de desenvolvimento.

Nada obstante a crítica do constitucionalista cearense, afirma-se que a contribuição da tese de Häberle reside justamente no fato de tentar aproximar o cidadão e outras instâncias não oficiais do processo de interpretação constitucional, ou seja, parte da ideia de que a interpretação, outrora restrita a um círculo fechado, é uma atividade plural, porquanto todos, de alguma maneira, estariam nela envolvidos.

Em síntese, a proposta de Häberle está fundamentada em duas idéias centrais:

a) a de que o juiz constitucional não está isolado no processo de interpretação constitucional, pois muitos são os participantes do processo; e

b) na constatação de que, na posição que antecede a interpretação constitucional jurídica dos juízes, muitos são os intérpretes da Constituição, o que terminaria por obrigar a Corte Constitucional a interpretar a Carta em correspondência com a sua atualização pública.¹⁰

3.2. Histórico do Mandado de Segurança nº 25.888

Por meio da Decisão nº 663/2002 – Plenário, o TCU deliberou pela inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 do Governo Federal, que prevê regime diferenciado de contratação pela empresa Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras. A Corte de Contas decidiu, ainda, pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/1997, o qual dispõe que os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, devem ser precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

¹⁰ Para uma descrição da teoria de Peter Häberle na jurisprudência do STF, ver MENDES, Gilmar; VALE, Andre Rufino do. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. Disponível em, <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Transcreve-se, por oportuno, o subitem 8.1 daquela deliberação:

8.1. determinar à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto nº 2.745/1998 e o artigo 67 da Lei nº 9.478/1997, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei nº 8.666/1993 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998;

No presente trabalho não é cabível a discussão acerca dos fundamentos técnicos que levaram o TCU a exarar a mencionada decisão, mas sim, ponderar sobre a competência do Tribunal para efetuar controle de constitucionalidade à luz dos fundamentos elencados na decisão monocrática do STF, no âmbito do MS nº 25.888, que determinou a suspensão de deliberação do Tribunal de Contas da União que aplicara o entendimento veiculado na citada Decisão nº 663/2002.

O TCU, em apreciação do processo TC nº 008.210/2004-7, determinou, por meio do Acórdão nº 1.498/2004 – Plenário, dentre outras medidas, que a Petrobras obedecesse ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/1993 no que se referia às modalidades de licitação e seus respectivos limites, em função do valor estimado de contratação. Tal determinação teve por fundamento a necessidade de a Petrobras utilizar os ditames da Lei de Licitações em função da já mencionada declaração de inconstitucionalidade de seu Regulamento simplificado de torneios licitatórios (Decreto nº 2.745/1998).

A Petrobras recorreu dessa decisão, mediante pedido de reexame¹¹, ao qual fora negado provimento mediante o Acórdão nº 1.767/2005 – Plenário. Por fim, a empresa interpôs, ainda junto ao TCU, Embargos de Declaração, os quais não foram acolhidos por meio do Acórdão nº 39/2006 – Plenário.

Contra este último *decisum*, a Petrobras impetrou, junto ao Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança nº 25.888, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar

¹¹ Art. 286 do Regimento Interno do TCU: Cabe pedido de reexame de decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos e contratos.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Mendes. A recorrente postulou no *mandamus* a concessão de liminar suspendendo os efeitos da decisão do TCU.

Em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a segurança pleiteada pela Petrobras, determinando a suspensão dos efeitos do Acórdão nº 39/2006.

3.3. Fundamentos da Liminar concedida no Mandado de Segurança nº 25.888

Segue a transcrição, no que interessa ao objetivo deste trabalho acadêmico, de excerto da decisão do Relator do MS nº 25.888:

Existe plausibilidade jurídica no pedido.

[...]

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das consequências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7.

À decisão monocrática exarada no MS nº 25.888, seguiram-se deliberações, também monocráticas, que acompanharam o entendimento trazido naquele *mandamus*, no sentido de suspender a eficácia de Acórdãos do TCU que determinavam à Petrobras a utilização dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, em lugar do Decreto nº 2.745/1998, considerado inconstitucional pela Corte de Contas.¹²

Depreende-se da leitura dos fundamentos elencados pelo Relator do MS nº 25.888 que a faculdade de o TCU efetuar controle de constitucionalidade deveria ser revista, mediante a reavaliação da subsistência, no contexto constitucional pós Carta de 1988, do Enunciado nº 347.

Em síntese, pode-se vislumbrar que os argumentos aventados para questionar a validade do multicitado enunciado sumular foram:

- a) a edição do Enunciado nº 347 ocorreu em 1963, ano em que inexistia no país controle abstrato de constitucionalidade;
- b) a ampla legitimação conferida pela Constituição de 1988 à propositura de instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade teria restringido a amplitude do controle difuso;
- c) a Carta de 1988 possibilita que pleitos “tipicamente individuais” possam ser levados a questionamento junto ao STF mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3.3.1. Edição do Enunciado nº 347

O Enunciado nº 347 foi editado em 13/12/1963, nos autos do Mandado de Segurança – MS nº 8.372/Ceará, de Relatoria do Ministro Pedro Chaves. Apreciava-se, na espécie, recurso impetrado por um Delegado de Polícia contra decisão do Tribunal de Contas do Ceará que negara registro ao seu ato de aposentadoria, e, ainda, contra

¹² No anexo B encontram-se, de forma detalhada, os 19 Mandados de Segurança impetrados pela Petrobras contra atos do TCU que resultaram na concessão de liminares desfavoráveis à Corte de Contas.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que mantivera a decisão daquele Tribunal de Contas (FAJARDO, 2008, p. 27).

O Relator assim consignou em seu voto:

Nego provimento ao recurso. Considerando sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentadoria do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe 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 poderia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade, esta declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado. Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso (FAJARDO, 2008, p. 27).

Com base na leitura do voto acima, é possível notar que o Relator não tencionou deferir ao Tribunal de Contas a faculdade de declarar a inconstitucionalidade de leis, eis que tal competência não lhe competiria.

O que fora enfatizado na decisão que serviu de fundamento à edição da Enunciado nº 347 foi a obrigatoriedade, não só do Tribunal de Contas, mas de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado, de negar aplicação a leis inconstitucionais.

Assim, poder-se-ia indagar se melhor não teria procedido a Corte máxima se tivesse sumulado o entendimento de que qualquer órgão dos poderes do Estado, ou tribunal, deveria negar aplicação à lei tida por inconstitucional, como expressamente declinado pelo Ministro Pedro Chaves.

Nada obstante esse não ter sido o caminho adotado pelo STF, é forçoso reconhecer que, embora o Enunciado Sumular nº 347 faça menção expressa à faculdade de o Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade das leis, tal competência não lhe fora deferida, por meio daquela Súmula, em razão de sua missão institucional, mas sim com base no entendimento de que qualquer órgão ou tribunal deveria negar aplicação à lei por ele considerada inconstitucional.

Nesse sentido, a assertiva do Relator do MS nº 25.888, de que à época de edição do Enunciado nº 347, em face da inexistência de controle abstrato, era permitido

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

a qualquer órgão, inclusive não jurisdicional, negar aplicação à lei inconstitucional, parece consentânea com o entendimento declinado, expressamente, pelo Relator do MS nº 8.372/Ceará, repisa-se:

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado. Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso (FAJARDO, 2008, p. 27).

Como destacado na exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 16/1965, a introdução da representação de inconstitucionalidade no ordenamento pátrio teve por objetivo fortalecer o papel do STF e, ainda, proporcionar economia para as partes, na medida em que o julgamento da contenda em sede abstrata possuiria efeitos *erga omnes*, ou seja, a decisão do Supremo seria a todos oponível:

[...] pretende-se o reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de *legitimidade constitucional*, que ele mesmo propôs: a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que já existe no direito estadual (art. 8º., parágrafo único, da Constituição Federal); b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo, em curso ante outro juízo. A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inc. VII do art. 7º.; de algum modo, a invocação, estendendo à vigilância às *leis federais em tese*, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos. [...] Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingresso em nossa legislação, mas presentemente suplantado pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948 [...] (PALU, 2001, p. 130-131).

Delineava-se, assim, a instituição do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, cuja provocação ainda continuava sendo restrita a apenas uma autoridade – Procurador-Geral da República.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Nada obstante a criação da representação de inconstitucionalidade, não houve por bem o STF cancelar o Enunciado nº 347, questionado hodiernamente no multicidado MS nº 25.888.

3.3.2. Legitimação da Carta de 1988 à Iniciativa do Controle Abstrato e Restrição à Amplitude do Controle Difuso

Como expressamente consignado pelo Relator do MS nº 25.888:

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.

Para Bulos (2011, p. 272), a ampliação dos legitimados a suscitar o controle abstrato de constitucionalidade, outrora restrito ao Procurador-Geral da República, caracterizou-se por uma ruptura da tradição constitucional instaurada desde 1965.

Comentando sobre o tema, Palu (2001, p. 196) assevera que, nada obstante a Carta de 1988 ter extinto o monopólio do Procurador-Geral da República na instauração do controle abstrato, não admitiu uma legitimidade ampla:

Mas se não aceitou o Constituinte a legitimidade exclusiva, não admitiu também, uma legitimidade ampla, como existe na Alemanha, onde qualquer pessoa pode acionar a jurisdição constitucional em casos de lesão a direitos individuais.

O sistema do Constituinte de 1988 foi o da legitimação *restrita e concorrente* na expressão do Min. Celso de Mello. A legitimação ativa ampliada tornou a jurisdição constitucional mais acessível pela desconcentração de poderes havida, sendo sempre desaconselhável que *apenas* órgãos públicos possam defender a ordem jurídica.

Silva (2007, p. 51) lamenta que, nada obstante o fato de o Constituinte de 1988 ter ampliado o elenco daqueles capazes de provocar o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, não se incluiu o cidadão como legitimado.

Acerca da possível restrição do controle difuso de constitucionalidade mediante a ampliação daqueles a quem é franqueado o acesso à provocação da fiscalização

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

abstrata de constitucionalidade, é de se notar que a tese ganha a aderência de Motta e Douglas (2002, p. 83):

Outro efeito, esse mais discreto, dessa ampliação [do rol de legitimados a instaurar controle abstrato] é o esvaziamento do significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, permitindo-se que o Supremo Tribunal Federal analise e resolva praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes através de controle abstrato.

Parece forçoso reconhecer o movimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ampliar o espaço reservado à fiscalização em tese da constitucionalidade, em detrimento da via difusa, iniciativa cunhada por Didier Júnior (2006, p. 119-133) como a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Sob o fundamento de que o número de processos levados a conhecimento do STF, em sua função de instância revisora – na qual se apreciam processos de natureza subjetiva, portanto –, tem crescido de forma acentuada, significativas mudanças, tanto em sentido legislativo – levadas a efeito, em especial, pela Emenda Constitucional nº 45, conhecida como a emenda da reforma do Judiciário –, quanto na própria jurisprudência da Corte, indicam a sua tendência de apreciar, apenas, processos objetivos, o que aproximaria sua feição de verdadeira Corte Constitucional.

Em termos jurisprudenciais, pode-se citar o entendimento do STF, consubstanciado no Recurso Extraordinário – RE nº 190.728 e no Agravo de Instrumento nº 168.149, no sentido de dispensar a exigência da cláusula de reserva de plenário nos casos em que o Supremo, ou ainda o próprio Tribunal, já tivesse apreciado a inconstitucionalidade do ato normativo.

A Lei nº 9.756/1998 positivou tal entendimento ao acrescentar o parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil:

Art. 481. [...]

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Como descrito por MENDES, BRANCO e COELHO (2008, p. 1072):

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Tal posição sinaliza com (ainda que tímida) a equiparação entre efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle incidental com os efeitos da declaração em controle concentrado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

Ainda em termos de mudança na jurisprudência, cita-se o emblemático caso trazido a lume na Reclamação Constitucional n. 4.335-5/AC, por meio da qual o Relator – Ministro Gilmar Ferreira Mendes – afirmou em seu voto ter havido mutação constitucional no papel do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, em sede de controle difuso (art. 52, inciso X, da Constituição de 1988).

Mencionado processo cuida de Ação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre e tem como objeto a concessão da progressão de regime aos interessados relacionados na Ação, em função da alegação de descumprimento da decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 82.959, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, por meio do qual a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Descartada a discussão na esfera de direito penal, que não guarda relação com este trabalho, o que se vê na Reclamação n. 4.335-5/AC é a aplicação, pelo Ministro Relator, da tese de que o STF poderia, em sede de fiscalização concreta, estender efeitos típicos do controle abstrato – *erga omnes* –, sem que, para tal, houvesse a participação do Senado Federal, consoante previsto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Em seu entender, no que fora acompanhado pelo então Ministro Eros Grau, a decisão do Supremo que declara a inconstitucionalidade de determinada lei, em sede de controle concreto, tem eficácia vinculante *erga omnes*, independentemente da suspensão da execução da lei pelo Senado, pois àquela Casa Legislativa caberia, tão somente, conferir publicidade à decisão do STF.

Para ambos os Ministros, o art. 52, inciso X, da Constituição, teria sofrido mutação constitucional, eis que, para eles, competiria ao Senado apenas dar

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

publicidade à decisão do STF que declara, em sede concreta, uma lei inconstitucional, haja vista que tal decisão seria, *per se*, a todos oponível.

Cumpriu ao próprio Ministro Eros Grau explicitar o que é o fenômeno da mutação constitucional:

A mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, *mais do que interpretação*, esta concebida com processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de *um texto a outro texto, que substitui o primeiro* (Voto vista do Ministro Eros Grau na Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC *apud* BULOS, 2011, p. 225).

O então Ministro Sepúlveda Pertence e o Ministro Joaquim Barbosa proferiram seus votos no sentido de que é indispensável a atuação do Senado Federal para a concessão de efeitos *erga omnes* à decisão do STF exarada em sede concreta de constitucionalidade. Para eles, há de ser mantida a leitura tradicional do indigitado art. 52, inciso X, ou seja, somente a suspensão da execução, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF é capaz de conferir eficácia contra todos à decisão daquela Corte.

Para Bulos (2011, p. 227), a situação descrita na Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC trata-se de verdadeiro exercício de atividade legislativa positiva. Tecendo severa crítica à linha de raciocínio do Relator, pontua que:

Na realidade, a linha de raciocínio proposta pelo Min. Gilmar Mendes, inteligentemente defendida pelo Min. Eros Grau, na Recl. 4.335-5/AC, culmina num exercício de legiferação positiva, inadmitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Ora, o fenômeno da mutação constitucional é algo que em nada se compara ao trabalho desenvolvido pelos legisladores positivos, juízes legisladores ou ativistas judiciais, ainda quando estes a invoquem para defenderem determinados pontos de vista e fundamentarem, inclusive na melhor das intenções, os seus vereditos.

O que vemos na Recl. 4.335-5/AC é algo muito comum na vida constitucional dos Estados: a existência de outro fenômeno [...], que se chama manipulação constitucional (BULOS, 2011, p. 227).

Barroso (2012, p. 157), contudo, entende que a competência atribuída ao Senado Federal trata-se de um anacronismo:

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênua devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenário do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor a ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é.

Streck (2007, p. 07-08) faz dura crítica à situação descrita na Reclamação nº 4.335-5/AC, pois, em seu entendimento, não há como afastar a competência, deferida pelo constituinte originário, ao Senado Federal de integrar o processo de controle difuso de constitucionalidade:

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

Outro mecanismo que pode ser apontado como abstrativizador do controle difuso é o instituto da repercussão geral. Como é cediço, a admissibilidade do Recurso

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Extraordinário – impetrado perante o STF – depende do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional discutida na lide:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá 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, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A delimitação da repercussão geral foi estabelecida na Lei nº 11.418/2006, a qual, dentre outras providências, acrescentou o art. 543-A ao Código de Processo Civil que dispôs ser considerada, para fins de repercussão geral, a existência, ou não, de causa relevante sob a ótica jurídica, política, econômica ou social que desborde dos interesses concretos versados na pretensão em causa:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Instituída sob o argumento de diminuir o número de processos a serem analisados pelo STF, a repercussão geral consiste em filtro que limita a admissão do Recurso Extraordinário.

Aponta-se que a Repercussão Geral abstrativiza o controle difuso porquanto, uma vez não admitido o Recurso Extraordinário por ausência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Tal mecanismo, na medida em que concede efeitos *erga omnes* a uma decisão adotada em sede de controle difuso – com eficácia *inter partes*, portanto, termina por aplicar a esta espécie de controle um efeito característico de decisão abstrata de constitucionalidade, objetivando, dessa maneira, um processo subjetivo levado a conhecimento do STF, para que este atuasse, não como Corte Constitucional, mas sim como órgão máximo da cúpula do Poder Judiciário, ou seja, em grau de revisão.

Também no caso da existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Importa reconhecer, no ponto, a impossibilidade de ampla defesa e de contraditório daqueles que tiverem seus processos recursais indeferidos, de forma liminar, em função de uma decisão que negou a repercussão geral da matéria, eis que seu pleito, sequer será conhecido.¹³

Este o quadro, nota-se nitidamente que o STF, com apoio da legislação positivada, vem trilhando o caminho de aproximar os efeitos do controle difuso e abstrato, emprestando àquele características típicas desta última forma de fiscalização da constitucionalidade.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

A par de observar o dissenso doutrinário sobre os benefícios e prejuízos da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, cabe obtemperar que a restrição ao controle difuso é consentânea com a tese esposada no MS n. 25.888 no sentido de se reavaliar a subsistência do Enunciado nº 347.

É que sendo o controle de constitucionalidade exercido pelo TCU de característica marcadamente difusa, torna-se claro que o enfraquecimento de tal modalidade de controle opera contra a Corte de Contas.

Traz-se, por fim, o magistério de Bonavides (2008, p. 308), no sentido de que o controle difuso é o que melhor resguarda os direitos individuais dos cidadãos:

A teoria constitucional tem dado preferência a essa última modalidade de tribunais, atenta sem dúvida às objeções relativas ao reforço de poderes que o controle traria à jurisdição ordinária, fazendo assim avultar ainda mais o conflito dificilmente dissimulável entre o juiz e o legislador, com grave dano à pureza do princípio das separação dos poderes.¹⁴

É de assinalar que os escrúpulos doutrinários a esse respeito têm inclinado em matéria de controle de constitucionalidade diversos publicistas a se manifestarem mais favoráveis ao controle por via de exceção que por via de ação. Reputam o primeiro por sua natureza um controle de essência mais jurídica do que política e por isso mesmo mais fácil de acomodar-se a um sistema de Estado de direito com base na teoria clássica de Montesquieu.

Demais, o controle por via de ação não parece ser aquele que melhor se presta a resguardar os direitos individuais, os quais encontrariam proteção bem superior, do ponto de vista da eficácia, no remédio jurisdicional da via de exceção.

3.3.3. Possibilidade de Apreciação, em sede Abstrata de Constitucionalidade – via Ação Direta de Inconstitucionalidade –, de Pleitos Individuais

Como apontado pelo Relator do MS nº 25.888: “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”.

¹³ Para uma crítica ao instituto da atuação do STJ e do STF nos Recursos Especiais e Extraordinários, ver BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

¹⁴ Para uma síntese da teoria da separação dos poderes, ver SILVA, Daniel Cavalcante. “**Checks and balances**” e **conflitos políticos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2867, 8 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19065>>.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

De acordo com o previsto no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal, o rol de legitimados a instaurar o controle abstrato de constitucionalidade é ali estabelecido, *numerus clausus*, ou seja, de forma taxativa.

Assim, somente as autoridades mencionadas naqueles nove incisos podem dar início à fiscalização abstrata, o que implica dizer que, para o cidadão, na falta do controle concreto de constitucionalidade, seu eventual pleito de inconstitucionalidade de dada lei ou ato normativo, somente seria levado ao STF se um dos legitimados decidisse fazê-lo.

De ressaltar, ademais, que o exercício da provocação abstrata de constitucionalidade não é amplo para todos os legitimados. Como explica Gulart (2005, p. 64-65):

Os legitimados são divididos em duas classes: legitimados universais e legitimados especiais. Os primeiros, Presidente da República, Mesas da Câmara e do Senado, Procurador-Geral da República, partido político e Conselho Federal da OAB, não precisam demonstrar interesse e menos ainda a relação de pertinência temática com o objeto da ação, e os segundos, Governador de Estado, Mesa da Assembleia Legislativa, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, precisam demonstrar seu interesse e a pertinência temática entre este e o objeto da ação.

Dessa maneira, somente seis, dos nove legitimados a iniciar a fiscalização abstrata de constitucionalidade, podem fazê-lo de forma ampla e irrestrita, o que implica restrição ao exercício do questionamento de constitucionalidade pelo cidadão, via provocação junto aos legitimados elencados no art. 103 da Constituição de 1988.

Deve-se mencionar que, diferentemente do sistema alemão, de matriz austríaca, no qual a fiscalização da constitucionalidade é efetuada por uma Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) em molde de fiscalização abstrata, no Brasil, não é permitido, como naquele ordenamento, que o cidadão provoque o controle, em tese, da constitucionalidade.

Decerto, pleitos de índole individual podem ser levados ao conhecimento do STF por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, mediante a provocação de qualquer um dos seis legitimados à instauração da fiscalização abstrata.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Todavia, é forçoso reconhecer que, nada obstante a elevada ampliação dos legitimados a provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade, não elencou o constituinte o cidadão em tal rol, facultando-lhe, porém, a provocação mediante a via de exceção, ou difusa, a qual, de acordo com parte da doutrina, é a modalidade que mais tende a concretizar os postulados do Estado democrático de direito, na medida em que franqueia, de forma ampla e irrestrita, o questionamento da constitucionalidade de leis e atos normativos na defesa de seus direitos individuais.

3.4. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: Perspectivas

Como visto nos tópicos *supra*, parece haver uma tendência do STF de aproximar-se, cada vez mais, de um órgão com características de Corte constitucional, relegando a segundo plano, dessa maneira, a sua função de órgão de cúpula do Poder Judiciário como instância recursal.

A abstrativização do controle difuso é um mecanismo por meio do qual fica nítida a preponderância do STF ao julgamento de processos objetivos, em lugar da defesa de interesses subjetivos.

A prevalecer tal tese, é inegável o esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que o STF, por meio dos mecanismos de abstrativização do controle difuso, decide casos que lhe são levados, em concreto, estendendo, todavia, efeitos *erga omnes* a sua decisão, vinculando o seu entendimento aos demais órgãos e instâncias a quem caberia o papel de fiscalizar, em sede difusa, a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Nesse cenário, parece pouco provável que aquela Corte, em futura apreciação do MS nº 25.888, ou de qualquer outro Mandado de Segurança de igual teor àquele, mantenha o Enunciado nº 347, eis que o controle de constitucionalidade praticado pelo TCU, como visto, possui características de fiscalização concreta.

Destaca-se, contudo, que o Ministro Marco Aurélio Melo, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.783, em apreciação de Embargos de Declaração opostos pela

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Petrobras S.A. à decisão adotada pela Ministra Ellen Gracie – então na qualidade de Presidente do STF – de suspender efeitos de decisão do TCU embasada na declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 e do art. 67 da Lei nº 9.478/1997, consignou, de forma expressa, que o Enunciado nº 347 não deveria ser cancelado:

6. O controle de constitucionalidade, na atual sistemática adotada pela Constituição da República, pode e deve ser realizado por todos os poderes constituídos, impondo-se que a eventual análise do cancelamento do enunciado nº 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal se dê sob este contexto. A Súmula 347 nada mais fez do que explicitar as atribuições outorgadas ao TCU pela Carta Magna, hoje constantes de rol bem mais extenso do que o da Constituição de 1946, para que sejam efetivamente realizadas. Com efeito, no exercício de suas atribuições constitucionais, o TCU procede à análise de conformidade dos atos praticados pelos gestores públicos e demais responsáveis por bens e valores da União com o ordenamento jurídico vigente, em cujo vértice encontra-se a Constituição Federal. Em muitos casos, portanto, essa análise depende da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a Constituição Federal. Daí a razão de ser da multicitada Súmula 347 do STF.

7. O pretendido cancelamento do enunciado nº 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal representaria uma *capitis diminutio* das competências constitucionais atribuídas a esta Corte de Contas pelo constituinte originário, uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão-somente à lei e não à Constituição Federal.

8. A determinação do Tribunal de Contas da União no sentido de que a Petrobras S.A. observe os princípios constitucionais da Administração Pública, servindo a Lei nº 8.666/1993 apenas como parâmetro de atuação, já que omissa o processo simplificado no caso concreto, tem como único objetivo evitar as fraudes e irregularidades praticadas no âmbito daquela empresa e amplamente noticiadas pela imprensa nacional no âmbito da operação Águas Profundas desencadeada pela Polícia Federal.

Assim, nada obstante o posicionamento do Ministro Marco Aurélio não ter sido exarado em caráter meritório, é de se reconhecer que a tese de cancelamento do Enunciado nº 347 não é unânime no STF.

Nessa esteira de pensamento, caso a Corte se oriente no sentido do fortalecimento do controle difuso de constitucionalidade, o que significaria uma reversão à abstrativização de tal modalidade de fiscalização, é de se supor que o teor do Enunciado nº 347 seja mantido.

Tal hipótese, ou seja, da manutenção do Enunciado nº 347, encontra abrigo na tese de Peter Häberle acerca da pluralidade de intérpretes que a Carta deve possuir.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Para o autor alemão, não é possível a fixação de um elenco cerrado de intérpretes da Constituição. Todas as potências e forças da sociedade atuam no sentido de conferir, diuturnamente, a feição da norma constitucional, entendida esta como o texto interpretado.

Com efeito, o Tribunal de Contas da União, como órgão auxiliar de controle externo, a quem cabe zelar pela boa e regular aplicação dos recursos públicos federais, poderia ser encarado como um intérprete da Constituição, no sentido que lhe atribui o pensador alemão.

Ao considerar inconstitucional determinado ato normativo, o Tribunal de Contas da União estaria sinalizando, no exercício de interpretar a Constituição, o seu entendimento acerca do tema, cabendo à Corte máxima a decisão final, em sede abstrata, a decisão sobre a constitucionalidade de tal ato.

De ressaltar que no Brasil, diante do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, é dado ao jurisdicionado que se sentir prejudicado com a decisão do TCU buscar o socorro daquele Poder no sentido de resguardar seu ponto de vista, situação, aliás, verificada no caso da Petrobras que originou o Mandado de Segurança nº 25.888.

Com efeito, pelo mecanismo de freios e contrapesos, caberia ao STF decidir sobre o acerto, ou não, da deliberação do Tribunal de Contas da União, impondo à Corte de Contas o seu entendimento final sobre a matéria, com a força da coisa julgada.

Nada obstante, em uma perspectiva mais restrita da interpretação da Constituição, a qual abarca a restrição ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, e, ainda, a adotar-se o entendimento de que a atividade de controle de constitucionalidade deve ser confiada somente ao Poder Judiciário – em clara oposição à tese de Häberle – não há como sustentar a competência do Tribunal de Contas da União para a prática de controle de constitucionalidade.

Importante ressaltar que a Carta de 1988 não possui dispositivo expresso prevendo o controle difuso de constitucionalidade, por parte de juízos singulares.

Nesse sentido, a doutrina aponta que qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do direito nas situações, tem dever de examinar a constitucionalidade das

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

leis e atos normativos nos casos concretos que lhes são submetidos (BARROSO, 2012, p. 118-119 e BULOS, 2011, p. 201).

Mendes e Branco (2011, p. 1.128) enumeram os arts. 97, 102, inciso III, alíneas “a” a “d”, e 105, inciso III, alíneas “a” e “b” da Carta de 1988 como dispositivos que outorgam a juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto*.

Tais artigos assim dispõem:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

Como se vê, os dispositivos acima se referem a competências de Tribunais (art. 97), do Supremo Tribunal Federal (art. 102) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105), de realizar controle difuso de constitucionalidade, sem haver menção, todavia, a tal competência por parte de juízes singulares.

Tal questão não é nova e foi enfrentada, pela primeira vez, quando da apreciação do *leading case* por meio do qual foram fixadas as bases do controle difuso de constitucionalidade (Marbury v. Madison).

Consoante descrito pelo Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa, no Voto condutor do Acórdão TCU nº 2.305/2007 – Plenário:

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law.

This doctrine would subvert the very foundation of all written Constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that, if the Legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the Legislature a practical and real omnipotence with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

(“É enfaticamente a seara e o dever do Poder Judiciário dizer o direito. Aqueles que aplicam uma disposição jurídica aos casos concretos devem necessariamente interpretar essa disposição.

Assim, se uma lei está em oposição à Constituição, e se tanto a lei quanto a Constituição aplicam-se ao caso concreto, de tal modo que o caso tem que ser decidido ou conforme prescreve a lei, desconsiderando a Constituição, ou conforme prescreve a Constituição, desconsiderando a lei, o Tribunal precisará determinar qual dessas disposições em conflito prevalecerá no caso concreto. Essa é a própria essência da função judicial.

Ora, se os tribunais estão vinculados à Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição, e não esse ato ordinário, deverá prevalecer no caso concreto sobre o qual as duas normas incidem.

Portanto, aqueles que questionam o princípio segundo o qual a Constituição tem que ser considerado pelos tribunais o direito supremo terão forçosamente que sustentar que os tribunais devem desviar os seus olhos da Constituição e mirar apenas na lei.

Essa doutrina subverteria os próprios fundamentos de toda Constituição escrita. Ela declararia que um ato normativo que, considerando os princípios e a teoria do nosso sistema institucional, é inteiramente nulo seria, nada obstante, na prática, absolutamente vinculante. Ela declararia que, se o Poder Legislativo elaborar uma norma expressamente vedada, essa norma, a despeito da proibição expressa, seria de fato efetiva. Isso significaria conceder ao Legislativo uma onipotência real e prática, ao mesmo tempo em que se professa restringir o seu poder dentro de limites estritos. Estar-se-ia prescrevendo limites ao Legislativo, ao mesmo tempo que declarando que esses limites poderiam ser ultrapassados segundo a sua vontade”).

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

No ordenamento pátrio, a jurisprudência do STF se orientou no sentido de que a Constituição de 1988 assegura a plena possibilidade de o juiz de primeiro grau realizar controle difuso de constitucionalidade, conforme se nota dos seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 117.805-PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e Reclamação nº 721-0/AL, de Relatoria do Min. Celso de Mello.

Como descrito na decisão da Suprema Corte Americana que estabeleceu o controle difuso de constitucionalidade nos Estados Unidos, é da essência da função judicial dizer se determinada lei ou ato normativo está em colisão com a Constituição, ou seja, é um poder implícito que não necessita estar positivado, eis que para atingir determinado fim, a Constituição deve garantir os meios para tal, doutrina conhecida como teoria dos poderes implícitos (MORAES, 2009, p. 610):

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos US — 272 — 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

Nesse sentido, o só fato de não haver outorga expressa na Constituição de 1988 para que o Tribunal de Contas da União efetue controle difuso de constitucionalidade não poderia justificar a sua impossibilidade de proceder a tal fiscalização, eis que, também para juízes singulares, não traz a Carta menção à faculdade do controle na via concreta.

Destarte, a questão deve ser objeto de deliberação pelo STF quando do julgamento meritório do STF nos autos do MS nº 25.888, ou, ainda, em qualquer um dos 19 Mandados de Segurança que tramitam perante o Supremo sobre o *leading case* do reconhecimento, pelo TCU, da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 e do art. 67 da Lei nº 9.478/1997.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade de controlar a constitucionalidade das leis pressupõe a existência de uma Constituição formal, o reconhecimento de sua supremacia e, ainda, a previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para tal atividade.

Os sistemas de controle de constitucionalidade dividem-se em modelo austríaco, de matriz abstrata, ou seja, no qual a lei é analisada como objeto principal da ação – defesa do ordenamento jurídico –, e o modelo americano, no qual a análise é feita em sede difusa, isto é, o exame da constitucionalidade é efetuado com questão prejudicial ao mérito da causa. No modelo austríaco, por estar em jogo a defesa da higidez do ordenamento jurídico, a decisão produz efeitos *erga omnes*, ao passo que na matriz difusa, a decisão, em regra, possui efeitos *inter partes*.

No Brasil, até a edição da Emenda Constitucional nº 16/1965, o sistema era essencialmente difuso. Com a promulgação da mencionada emenda, passou o ordenamento a contar com a possibilidade de apreciação, em tese, da constitucionalidade das leis e atos normativos, tarefa cometida ao Supremo Tribunal Federal, mediante a provocação do Procurador Geral da República.

Em 1963, foi editado o Enunciado nº 347 da Súmula de Jurisprudência do STF, o qual dispôs ser cabível aos Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

A possibilidade de um órgão administrativo efetuar controle de constitucionalidade foi questionada junto ao STF, pela Petrobras, em Mandado de Segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União que determinara àquela empresa a utilização, em suas licitações, da Lei nº 8.666/1993. A decisão do TCU teve por fundamento o seu entendimento pela inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 e do art. 67 da Lei 9.478/1997, o qual em síntese, previam, respectivamente, um regulamento simplificado de licitações e contratos, a ser utilizado pela Petrobras e, a faculdade deferida ao Presidente da República para editar tal normativo.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

A partir da análise dos normativos legais e da Constituição Federal que regem o Tribunal de Contas da União foi possível evidenciar que inexistia previsão expressa para que tal órgão efetue controle de constitucionalidade, ou seja, ele o faz com apoio, exclusivo, no Enunciado nº 347.

Notou-se, ainda, que a Corte de Contas tem se utilizado de tal faculdade com bastante parcimônia, sendo que a última deliberação que apreciara a inconstitucionalidade datou de 2006.

Em uma perspectiva acerca da jurisdição constitucional, o trabalho demonstrou os posicionamentos clássicos de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição, apontando, ainda, o entendimento mais contemporâneo de Peter Häberle sobre o tema, consubstanciado em sua obra *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*.

Na sistemática de Häberle, não há como fixar um elenco fixo de intérpretes da Constituição, eis que os cidadãos e as demais forças do Estado, também são responsáveis por interpretar a Carta.

Häberle propõe, assim, uma visão mais ampla de interpretação, outrora restrita à mera operação de subsunção lógica da situação fática ao texto da lei, no sentido de que ela deve ser vista como uma atividade da qual todos participam, ou seja, no processo de concretização da Carta, todos contribuem com suas visões e entendimentos.

Trazidos a lume os posicionamentos acima, o trabalho adentra ao exame dos fundamentos elencados no Mandado de Segurança nº 25.888, por meio do qual o STF apreciou o primeiro de uma série de *mandamus* impetrados pela Petrobras contra decisão do TCU que apreciou a inconstitucionalidade do já mencionado Decreto nº 2.745/1998.

Em tal exame, ficou evidenciado, com base na recente jurisprudência do STF, bem em mudanças legislativas, que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de restringir o escopo de amplitude do controle difuso de constitucionalidade, mediante a tendência cunhada por Fredie Didier Júnior como a abstrativização do controle difuso.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

Embora tal movimento seja criticado por parte da doutrina, trata-se de uma realidade a aproximação que o STF vem buscando no sentido de se tornar um Corte Constitucional, em detrimento de sua função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, como instância revisora.

Nesse sentido, a permanecer tal tendência, com evidente restrição ao exercício do controle difuso, parece bastante provável que o STF, quando do julgamento de um dos 19 Mandados de Segurança que tramitam na Corte sobre o *leading case* da Petrobras, cancele o Enunciado nº 347, eis que a atividade de controle de constitucionalidade praticada pelo Tribunal de Contas da União é de matriz difusa.

Todavia, se a Corte se orientar no sentido do fortalecimento do controle difuso, tal qual asseverado pelo Ministro Marco Aurélio Melo nos autos do Mandado de Segurança nº 26.783, no sentido de que o controle de constitucionalidade, não somente pode, mas deve ser efetuado por todos os poderes da República, há boas chances de o teor do Enunciado nº 347 ser ratificado pelo STF no contexto pós Constituição de 1988.

Esta última hipótese parece encontrar amparo na contemporânea doutrina de Peter Häberle, por meio da qual pugna por um elenco ampliado de intérpretes da Constituição, em lugar de tal atividade concentrar-se, apenas, nas instâncias oficiais encarregadas do controle de constitucionalidade.

Com efeito, tal postura valorizaria uma visão mais pluralista acerca da interpretação constitucional, concretizando, dessa maneira, o princípio democrático de possibilitar às diversas instâncias estatais participar, de forma ativa, na sensível atividade de controlar a constitucionalidade.

Destaca-se, por fim, que a última palavra acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição Federal caberá, sempre, ao Supremo Tribunal Federal, órgão constitucionalmente encarregado de tal *mister*, não havendo, dessa maneira, nenhuma invasão à competência daquela Corte o fato de o Tribunal de Contas da União, no exercício de seus encargos constitucionais, apreciar, de forma incidental, a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcio e CUNHA, Estevão. **Curso de Controle Externo**. Brasília: Obcursos Editora, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 1º mar. 2012.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 1º mar. 2012.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 1º mar. 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º mar. 2012.

_____. **Decreto nº 2.745 de 24 de agosto de 1998**. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS previsto no art. . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

_____. Constituição (1946). **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Dá nova redação aos arts. 95, 101, 103, 104, 110, 112, 121, 122, 124, 125 e 201 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em:

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

<<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-norma-pl.html>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

_____. **Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____. **Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____. **Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

_____. **Lei nº 9.756 de 17 de dezembro de 1998.** Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9756.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012.

_____. **Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. **Lei nº 10.028 de 19 de outubro de 2000.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10028.htm>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

_____. **Lei nº 11.107 de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. **Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 168.149.** Agravante: União Federal. Agravado: Farmácia Verdebranco Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 jun. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+168149%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+168149%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Enunciado nº 347 da Súmula de Jurisprudência.** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 25.888.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25888%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 25.986.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25986%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 26.410.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 55 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26410%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

_____. **Mandado de Segurança nº 26.783.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. Brasília, DF, 6 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2E%2E+26783%2E%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 26.808.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 25 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2539150>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 27.232.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 13 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2E%2E+27232%2E%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 27.337.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2E%2E+27337%2E%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 27.344.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 26 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2619901>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 27.743.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 1º dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2E%2E+27743%2E%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 27.796.** Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 27 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2E%2E+27796%2E%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

SCLA%2E+E+27796%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 27.837**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+27837%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 28.252**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 23 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3760398>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 28.626**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3834110>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 28.744**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 11 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+28744%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 28.745**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 6 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+28745%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 28.897**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910327>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 29.123**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF,

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

2 set. 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+29123%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 29.326**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 out. 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+29326%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 29.468**. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 dez. 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+29468%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Reclamação nº 4335**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 ago. 2006. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. **Recurso Extraordinário nº 190.728**. Recorrente: Luiz Feller & Cia. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 27 jun. 1995. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=101&dataPublicacaoDj=30/05/1997&incidente=1613511&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=3>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 171/1999 – Plenário**. Solicitação formulada pelo Senado Federal. Pronunciamento do TCU quanto à legalidade do parágrafo 2º do artigo 26 da Medida Provisória nº 1.626-51, atual artigo 21 e parágrafos da Medida Provisória 1.751-64, referentes à competência dos órgãos do sistema de controle externo e interno, ao qual se vincule a entidade recebedora de recursos, para fiscalização da aplicação dos recursos federais descentralizados a estados e municípios por meio de convênio. Afronta às constituições estaduais e municipais. Matéria de competência do Congresso Nacional. Análise da matéria. Senado Federal. Relator: Ministro Marcos Vilaça. 28 abr. 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 mai. 1999.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

_____. **Decisão nº 223/2000 – Plenário.** Representação formulada por Unidade Técnica do TCU. Inconstitucionalidades presentes na MP 1.784/98, que dispôs sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE e instituiu o Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE. Atribuição de competência do exame de prestação de contas da aplicação dos recursos federais aos tribunais e conselhos de contas dos estados e municípios, afrontando o princípio federativo. Análise da matéria. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Relator: Ministro Humberto Souto. 5 abr. 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 abr. 2000.

_____. **Decisão nº 168/2001 – Plenário.** Representação formulada por Unidade Técnica do TCU. Avaliação dos efeitos decorrentes da edição de portaria do Ministério da Marinha. Enquadramento irregular de auxiliares locais brasileiros em exercício nas repartições sediadas no exterior como funcionários públicos. Análise da matéria. Ministério da Marinha. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 28 mar. 2001. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 abr. 2001.

_____. **Decisão 663/2002 – Plenário.** Auditoria. Petrobras. Área de licitação e contratos. Aplicação ilegal do regulamento do procedimento licitatório simplificado, a partir da edição do Decreto nº 2.745/1998, que regulamentou o art. 67 da Lei 9.478/1997, por serem inconstitucionais, abstendo a entidade da observância dos preceitos da Lei nº 8.666/1993. Análise da matéria. Alceu Barroso Lima Neto, Antônio Carlos de Souza Sampaio Filho, Antonio Carlos Sobreira de Agostini, Arnaldo Leite Pereira, Aurílio Fernandes Lima, Carlos Frederico Leipnik Kotouc, Joel Mendes Rennó, José Carlos Ávila Betencourt, José Carlos da Fonseca, Luiz Carlos Quintella Freire, Nelson Taveira da Costa, Orlando Galvão Filho, Percy Louzada de Abreu, Roberto Fernandes Orzechowsky, e Sebastião Henriques Vilarinho. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 19 jun. 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 jul. 2002.

_____. **Decisão nº 420/2002 – Plenário.** Levantamento de Auditoria. Secretaria de Infra-Estrutura do Estado de Alagoas. Obras e serviços de complementação e melhoria dos recursos hídricos da região do agreste e sertão alagoano. Irregularidades na licitação e na contratação. Análise da matéria. Olavo Calheiros Filho e José Jailson Rocha. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. 24 abr. 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 mai. 2002.

_____. **Acórdão nº 1.767/2005 – Plenário.** Pedido de Reexame interposto pela Petrobras em face do Acórdão TCU nº 1.498/2004 – Plenário, referente aos autos que cuidam de auditoria, incluída no Fiscobras/2004, realizada nas obras e serviços relativos à Modernização e Adequação do Sistema de Produção da Refinaria Gabriel Passos. Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 9 nov. 2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 2005.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

_____. **Acórdão nº 39/2006 – Plenário.** Embargos de Declaração opostos contra o Acórdão nº 1.767/2005 – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 25 jan. 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º fev. 2006.

_____. **Acórdão nº 574/2006 – Plenário.** Representação. Eventual descumprimento de Decisão do TCU em face da Instrução Normativa nº 1/2002 da Subsecretaria de Serviços Postais do Ministério das Comunicações. Análise da matéria. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. 19 abr. 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 abr. 2006.

_____. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.** Aprovado pela Resolução Administrativa nº 246, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, p. 157.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: BAHIA, Saulo José Casali (Org). **Reforma do Judiciário.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 119-133.

FAJARDO. Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano 40, nº 111, jan./abr. 2008.

FUX, Luiz; JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Brasília: Editora Saraiva, 2009.

GROFF, Paulo Vargas. Um novo pacto federativo para o Estado brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 5, nº 19, jul./set. 2011.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

GULART, Vyviany Viana Nascimento de Azevedo. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora Fortium, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JORGE, Manoel; NETO, Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires;. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. 6.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo TCU. In: GERALDO JUNIOR, José (Org.). **Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 129-142.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o**



CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <
<http://jus.com.br/revista/texto/10253%3E/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

ANEXO A

Legislação	Dispositivo
Lei nº 8.429/1992	<p>Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.</p> <p>Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.</p> <p>[...]</p> <p>Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:</p> <p>[...]</p> <p>II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.</p>
Lei nº 8.666/1993	<p>Art. 102. Quando em autos ou documentos de que conhecerem, os magistrados, os membros dos Tribunais ou Conselhos de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes verificarem a existência dos crimes definidos nesta Lei, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.</p> <p>[...]</p> <p>Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e</p>

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

	<p>sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.</p> <p>§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.</p> <p>§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) [...]</p> <p>Art. 117. As obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas.</p>
Lei nº 10.028/2000	<p>Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:</p> <p>I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; [...]</p> <p>§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.</p> <p>§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público</p>

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

	envolvida.
Lei nº 11.079/2004	<p>Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:</p> <p>[...]</p> <p>§ 5º O órgão de que trata o <i>caput</i> deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.</p>
Lei nº 11.107/2005	<p>Art. 9º A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.</p> <p>Parágrafo único. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.</p>
Lei Complementar nº 101/2000	<p>Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.</p> <p>[...]</p> <p>Art. 57. Os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio conclusivo sobre as contas no prazo de sessenta dias do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais.</p> <p>[...]</p> <p>§ 2º Os Tribunais de Contas não entrarão em recesso enquanto existirem contas de</p>

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

	<p>Poder, ou órgão referido no art. 20, ppendentes de parecer prévio.</p> <p>[...]</p> <p>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:</p> <ul style="list-style-type: none">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. <p>§ 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:</p> <ul style="list-style-type: none">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
--	--

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

	<p>pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;</p> <p>V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 39.</p>

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB CURSO DE DIREITO

ANEXO B

Relação dos Mandados de Segurança impetrados pela Petrobras contra Acórdãos do TCU que efetuaram determinações, e, ou, aplicaram multa a gestores daquela empresa com base no entendimento pela inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998 e do art. 67 da Lei nº 9.478/1997.

MS	Data da Liminar	Relator no STF	Acórdãos do TCU Impugnados
25888	22/03/2006	Min. Gilmar Mendes	1.498/2004 – Plenário 1.767/2005 – Plenário 39/2006 – Plenário
25986	21/06/2006	Min. Celso de Mello	1.261/2004 – Plenário 1.704/2005 – Plenário 139/2006 – Plenário
26410	15/02/2007	Min. Ricardo Lewandowski	150/2006 – 2ª Câmara
26783	06/07/2007	Min. Marco Aurélio	1.249/2007 – Plenário
26808	25/07/2007	Min. Ellen Gracie	2.383/2006 – Plenário 920/2007 – Plenário 1.312/2007 - Plenário
27232	13/05/2008	Min. Luiz Fux	2.354/2006 – Plenário 2.442/2007 - Plenário
27337	21/05/2008	Min. Luiz Fux	1.125/207 – Plenário 18/2008 – Plenário
27344	26/05/2008	Min. Luiz Fux	447/2003 – 2ª Câmara 806/2003 – 2ª Câmara 27/2008 2ª Câmara
27743	1º/12/2008	Min. Cármen Lúcia	1.398/2008 - Plenário
27796	27/01/2009	Min. Cezar Peluso	1.763/2008 - Plenário
27837	19/01/2009	Min. Cármen Lúcia	2.115/2008 - Plenário

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
CURSO DE DIREITO

28252	23/09/2009	Min. Luiz Fux	2.689/2009 – 2ª Câmara
28626	25/02/2010	Min. Dias Toffoli	2.457/2009 – Plenário
28744	11/11/2010	Min. Rosa Weber	2.920/2009 – Plenário
28745	06/05/2010	Min. Rosa Weber	2.905/2009 – Plenário
28897	23/06/2010	Min. Cármen Lúcia	2.413/2009 – Plenário
29123	02/09/2010	Min. Gilmar Mendes	859/2010 – Plenário
29326	13/10/2010	Min. Cármen Lúcia	663/2002 – Plenário 560/2010 – Plenário 1.325/2010 – Plenário
29468	19/12/2010	Min. Dias Toffoli	1.732/2009 – Plenário