

Universidade de Brasília - UNB

Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público e Controle Externo

Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União

Mariana Priscila Maculan Sodré
05/10807

Trabalho apresentado no curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo para Analistas de Controle Externo do TCU sob orientação de M. SC. José Jardim-Rocha.

BRASÍLIA
2006

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar como o Tribunal de Contas da União vem realizando o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições estabelecidas na Constituição Federal. Além disso, a pesquisa visa demonstrar que para se valer dessa prerrogativa seria necessária a adoção de determinados procedimentos, como condição de eficácia para as decisões da Corte de Contas, no que tange a inconstitucionalidade. Por fim, enfatiza-se a importância do controle de constitucionalidade exercido pelo TCU, como salvaguarda do patrimônio público federal.

Assim, foi abordada a possibilidade de aferição da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas e os fundamentos constitucionais que respaldam essa apreciação, bem como a possibilidade da Corte de Contas proceder a julgamento pela inconstitucionalidade. Com efeito, verifica-se que o tipo de controle de constitucionalidade realizado pelo TCU possui características de controle difuso ou incidental de constitucionalidade. Portanto, o juízo de constitucionalidade proferido pela Corte de Contas deveria estar respaldado pela regra do *quorum* qualificado estabelecido no art. 97 da Constituição Federal. Além disso, seria necessário proceder à regulamentação do procedimento para exame da constitucionalidade no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme preconizado no Código de Processo Civil. Por fim, são apontados alguns dos possíveis efeitos do controle de constitucionalidade realizado pelo TCU e sua importância para a preservação do erário.

Para tanto, o trabalho foi dividido em cinco tópicos, nos quais são abordadas: a “Competência do Tribunal de Contas para a apreciação da Constitucionalidade”, a “Função Judicante do Tribunal de Contas da União”, o “Controle Difuso de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas”, a “Inexistência de Distinção entre Afastar a Aplicação ou Declarar a inconstitucionalidade e a Questão do *Quorum* Qualificado” e o “Procedimento para Exame da Matéria Constitucional”.

2. Competência do Tribunal de Contas para a apreciação da Constitucionalidade

Atualmente não há mais dúvida de que o Tribunal de Contas da União possui a prerrogativa para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições estabelecidas na Constituição Federal. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm sido uniformes no sentido de que a Corte de Contas pode e deve se manifestar acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, em matérias de sua competência.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência do Tribunal de Contas para proceder à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições por meio da edição da Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.” Portanto, conforme definido na súmula da Suprema Corte, não apenas o Poder Judiciário, mas também os Tribunais de Contas possuem a prerrogativa de verificar se as leis e os atos normativos emanados pelo poder público encontram-se harmonizados com a Constituição Federal. Conforme comentário de Roberto Rosas ao enunciado sumular:

O art. 71 da Constituição prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da legalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, etc.; e a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões. Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo, são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bittencourt não foge deste ponto quando afirma caber essa declaração a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF (O Controle....., p.34), encontrando a adesão de Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição, v. III/263.) (ROSAS, 2004, p.152-153).

Os fundamentos para o exercício do controle da constitucionalidade pelo TCU encontram-se na própria Constituição, nos artigos 70 e 71 da Carta Magna, que atribuem ao Tribunal de Contas da União a competência para o julgamento da legalidade dos atos, contratos, reformas e pensões, com o objetivo de evitar a ocorrência de danos ao erário ou com o objetivo de se aplicar sanções, quando efetivamente caracterizada a ocorrência desses danos ou ainda quando caracterizada graves infrações a normas legais¹. Conclui-se que as questões submetidas ao TCU devem ser confrontadas com as leis, para que seja verificado se houve alguma violação legal, e portanto, ilegalidade. Com efeito, a lei suprema, que se encontra acima de todas as outras leis é a Constituição de um Estado². Assim, se compete ao TCU a verificação da legalidade de certos atos compete-lhe, sobretudo, a verificação da *superlegalidade*³, por meio do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, com o objetivo precípua de se salvaguardar o patrimônio público federal.

A competência para exercer controle de constitucionalidade também encontra fundamento na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. De acordo com o art. 66 da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU c/c o art. 15, inciso I alínea “e”, do Regimento Interno, compete privativamente ao Plenário do TCU deliberar originariamente sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal. (Lei nº 8.443/92, art. 66).

O Tribunal de Contas tem tido a oportunidade de se pronunciar no que tange à constitucionalidade de leis e atos normativos, nos casos concretos, que lhe são submetidos. Diversos julgados da Corte de Contas espelham sua interpretação constitucional em matérias de sua competência⁴.

¹ A aplicação de sanção quando da ocorrência de graves infrações à norma legal está prevista no art. 58, inc. II da Lei Orgânica do TCU, mas não na Constituição.

² Consoante o postulado kelseniano, a legitimidade de um ordenamento jurídico decorre da hierarquia existente entre as normas, mediante a qual uma norma somente é válida, se estiver em harmonia com a norma hierarquicamente superior.

³ Expressão utilizada por Ricardo Lobo Torres para fundamentar a possibilidade de apreciação da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas (TORRES, 1994, p. 266).

⁴ Processos nº TCU: TC-600.086/93-3, Decisão nº 716/96; TC-006.005/98-5, Decisão 171/99; TC-016.126/2001-1, Acórdão 913/2005; TC-002.749/200-9, Acórdão 203/2004; TC-013.631/2001-5, Acórdão 1674/2005.

3. Função Judicante do Tribunal de Contas da União

Apesar de não se encontrar o Tribunal de Contas da União constitucionalmente inserido no capítulo do Poder Judiciário (III, arts. 92 a 126 da CF) é inegável a função judicante que lhe foi conferida pela Constituição Federal (art. 71, incisos II e III), eis que a Corte de Contas procede a um julgamento técnico-jurídico. Além disso, foram atribuídos aos membros da Corte de Contas os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (§ 3º do Art. 73 da CF). Acrescente-se que sua organização operativa se faz à semelhança do poder judiciário (Art. 73 c/c Art. 96 da CF).

Todavia, o Tribunal de Contas da União é na realidade um órgão independente e autônomo, não pertencendo a nenhum dos poderes da república, sendo na opinião de Pontes de Miranda magistratura *sui generis*, ou seja, órgão fiscalizador dotado também de função judicante em certos casos. Apesar de o Tribunal de Contas não figurar na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário, leciona Seabra Fagundes:

Não obstante isso, o art. 71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *julgamento*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo. (FAGUNDES, 1967, p.50-51).

A Constituição Federal determina que o Tribunal de Contas julgue a legalidade de determinados atos, prescrevendo-lhe a incumbência de verificar o aspecto jurídico desses

atos. Ora, deparando-se a Corte de Contas com a inconstitucionalidade desses atos e tendo que pronunciar-se a respeito, estará procedendo a um julgamento de inconstitucionalidade.

Pontes de Miranda já apresentava o entendimento de que o Tribunal de Contas, no julgamento de contas de responsáveis por dinheiros ou bens públicos, poderia interpretar a Constituição, definitivamente, e julgar da constitucionalidade das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo (MIRANDA, 1946, p.93).

Portanto, a função judicante exercida pelo TCU, nos casos determinados na Constituição, em vista de sua prerrogativa de apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelo poder público, fundamentada na Súmula nº 347 do STF, pode gerar julgamentos pela inconstitucionalidade dessas normas.

4. Controle Difuso de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas

De acordo com a Constituição Federal de 1988, são adotados atualmente no Brasil dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O controle concentrado é de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”) e o exame é feito de forma direta, por meio de ação própria proposta com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese (ação direta de inconstitucionalidade – ADIn) ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ação declaratória de constitucionalidade – ADECON).

Já o controle difuso, também chamado “incidental”, é exercício no curso de processo do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os tribunais ordinários e especiais. Assim, a questão constitucional, no controle difuso, é meramente questão prejudicial da causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar preliminarmente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Segundo Luis Roberto Barroso, quando leciona a respeito do controle difuso de constitucionalidade:

Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: Porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal. (BARROSO, 2004, p. 75).

Então, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.

Portanto, não há dúvida que o Tribunal de Contas da União possui competência para, por meio do controle difuso de constitucionalidade, deliberar, em matérias de sua competência, acerca de conflitos de leis e atos normativos com a Constituição Federal, apontados nos casos concretos que lhe são submetidos.

Alguns julgados demonstram que a Corte de Contas vem procedendo, de certa forma, ao controle caracteristicamente incidental de constitucionalidade.

Conforme Relatório do Ministro Ubiratan Aguiar, consignado no voto do Acórdão nº 913/2005:

20.2 De fato, o controle de constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/98 não veda a realização controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado. Ressalva apenas a vinculação à decisão do STF nas Ações Direta e Indireta de Inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu.

20.3 Assim, está plenamente legitimado este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, em velar pela constitucionalidade dos

atos do poder público, especialmente os atos de natureza infra-legal, como é o caso da Resolução 388/97 do TST, que receberá mais comentários adiante. (TCU, 2005a, p. 5/6).

Também o Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, ao sustentar tese acerca do Controle Difuso da Constitucionalidade pelas Corte de Contas, no 18º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, assim se manifestou: “Foi nessa época que aquela Corte reconheceu ao Tribunal de Contas o poder de exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos do poder público, ao criar o enunciado sumular nº 347.”. (ROCHA, 1995, p.126).

Portanto, o objetivo precípua do controle de constitucionalidade pelo TCU não é o ataque direto e frontal à lei ou ato normativo, visto que exerce somente o controle incidental de constitucionalidade, mas sim a proteção ao erário que poderia vir a ser afetado por despesas respaldadas em leis ou atos normativos inconstitucionais.

5. Inexistência de Distinção entre Afastar a Aplicação ou Declarar a inconstitucionalidade e a Questão do *Quorum* Qualificado.

Se o Tribunal de Contas possui competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade e efetivamente vem exercendo esse tipo de controle, então deveria estar sujeito à regra do *quorum* qualificado estabelecida na Constituição Federal, como condição de eficácia para suas decisões.

Note-se que apesar de não ter sido expressamente atribuída ao Tribunal de Contas da União a faculdade de declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, a partir da regra do *quorum* qualificado preconizada no art. 97 da Constituição, é de se observar que o mencionado artigo também não impede que o Tribunal de Contas da União exerça tal “competência”.

Eis que o artigo 97 da Constituição de 1988 determina que: “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.” (Constituição Federal de 1998, art. 97).

No entanto, uma parte da doutrina sustentava que ao Tribunal de Contas não competiria a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da CF.

Afirmou Roberto Rosas:

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que da essa competência aos tribunais enumerados no art. 92.

Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado (ROSAS, 2004, p.153).

Clemerson Mérilin Cléver, ao interpretar o art. 97 afirmou que, com a expressão “tribunais”, pretenderia o constituinte referir-se, apenas aos órgãos colegiados do judiciário, estando, por isso, os Tribunais de Contas fora da exigência de satisfação do número reclamado pelo art. 97 da Lei Fundamental. O eminente jurista sustentou seu argumento nas opiniões de Fernando Whintaker da Cunha, com apoio em José Luiz de Anhaia Mello (CLÈVE, 1995, p. 82).

Em 1965, José Luiz de Anhaia Mello, ex-Conselheiro do TCE/SP e ex-Professor de Direito Constitucional da USP, escreveu a obra intitulada “Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação a Leis Inconstitucionais”. Naquela época, sustentava-se que havia grande diferença entre deixar de aplicar uma lei e declará-la inconstitucional. Assim, quando manifestou sua opinião acerca do problema do *quorum* (art. 200 sob a égide da Constituição de 1946) para manifestação da inconstitucionalidade, se pronunciou da seguinte forma:

Em nossa opinião como o Tribunal apenas nega cumprimento e não está qualificado entre os Tribunais, razão não há para seguir o mesmo processo, o mesmo rito determinado pelo citado art. 200.

Basta maioria simples para que a decisão possa valer no sentido da inaplicabilidade de lei inconstitucional.

Na verdade, não há julgamento de inconstitucionalidade, há apenas ato inaplicando e nesse particular não pode o Tribunal deixar de assim atuar.

Na verdade, entre declarar e não cumprir vai grande distância.

Mas se ao Tribunal de Contas não compete declarar, é-lhe defeso omitir-se. (MELLO, 1965, p. 12)

Observa-se que os juristas que entendiam estar os Tribunais de Contas fora da “regra de competência” estabelecida no art. 97 da Constituição, fundavam-se sobretudo na existência de distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais. No intuito de compreender a origem dessa distinção, atente-se para explicação de José Afonso da Silva:

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

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

Pelo que vimos antes, essa doutrina ficou logo superada pela jurisprudência e pela corrente que sustentava que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do poder público, assim como os tribunais; apenas a declaração destes, para valer, terá que decorrer do voto favorável da maioria absoluta de seus membros (SILVA, 1978, p. 130/131).

Segundo Ronaldo Poletti, citado também por Clemerson Mérlin Clever:

Inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator. A diferença é de eficácia, quanto aos efeitos, daquela decisão dos tribunais e daqueloutra pelos juízes singulares ou pelo Supremo Federal. (POLETTI, 2001, p. 198).

Aliás, Ronaldo Poletti afirma categoricamente que a regra do *quorum* se aplica aos Tribunais de Contas. O autor argumenta que a exigência do *quorum* não significa exclusividade dos tribunais para exercer a “competência” de declarar a inconstitucionalidade, pois a regra do art. 97 da Carta Magna seria de natureza instrumental, e, portanto, não indicaria competência. (POLETTI, 2001, p. 197).

Nesse mesmo sentido se expressou Lúcio Bittencourt, ao manifestar seu entendimento acerca da questão do *quorum*:

O art. 200 da Constituição não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao voto – nem mesmo à presença, mas ao voto, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer – da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, em si mesmo, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma condição de eficácia. (BITTENCOURT, 1997, p. 45/46).

Se a regra do art. 97 da Constituição não indica competência, mas apenas exige um *quorum* especial para o julgamento da inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, infere-se que o Tribunal de Contas da União ao proceder ao controle incidental de constitucionalidade, deveria adotar *quorum* qualificado como condições de eficácia jurídica de suas decisões.

Já sob a égide da Constituição de 1946, lecionava Pontes de Miranda ser necessário a maioria absoluta de votos dos membros do Tribunal de Contas para apreciar a constitucionalidade e decretar a nulidade de normas ou atos emanados pelo poder Público:

Se bem que seja igualmente ilegal o ato que infringe a Constituição e o ato que infringe lei ordinária, porque o Poder Judiciário e, no caso do art. 77, I, II e III, o Tribunal de Contas tem, em ambos os casos, de decretar a nulidade, pode dar-se que o ato esteja conforme a lei e não conforme a Constituição, por ser a lei mesma contra a lei. A lei, que contra ela é, seria, então inconstitucional. A constitucionalidade [sic] não é mais do que espécie – a espécie mais conspícua – de ilegalidade. O Tribunal de Contas pode apreciá-la e decretar a nulidade do contrato, por maioria absoluta de votos dos seus membros (art. 200: “os tribunais”) (MIRANDA, 1946, p. 105).

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao realizar análise acerca da competência que possuem os Tribunais de Contas para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, também defendeu a necessidade de *quorum* qualificado para o exercício dessa atribuição:

Há os que entendam, todavia, que essa competência há de ser exercida, incidentalmente, pelas referidas Cortes, na apreciação do caso concreto, no qual se verifique a eventual aplicação de lei ou ato tido por inconstitucional. Ainda nessa hipótese, não se deveria olvidar o disposto no art. 97 da Constituição, qual seja de *quorum* qualificado.

[...] Se a constitucionalidade é declarada incidentalmente (art. 97 da Constituição Federal), então não poderá o agente eximir-se de culpa por seus atos, porque terá agido em desobediência à decisão do Tribunal, no exercício do seu poder de dizer da constitucionalidade, enfocando-se aqui a Súmula nº 347/STF (FERNANDES, 2002, p.18 e 20).

Em que pese como condição de eficácia jurídica para a declaração de inconstitucionalidade, o pronunciamento da maioria absoluta dos membros do Tribunal de Contas, conforme preconizado no art. 97 da Carta Magna, observa-se que o Regimento

Interno da Corte de Contas não estabeleceu o número de membros do Tribunal necessários para votação da matéria constitucional.

6. Procedimento para Exame da Matéria Constitucional

Normalmente o procedimento para apreciação do incidente de constitucionalidade é tratado de forma mais detalhada nos regimentos internos dos tribunais, sendo que o Código de Processo Civil, nos artigos 480 a 482, também dispõe sobre ele.

Com efeito, conforme o Código de Processo Civil, a declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é realizada em duas etapas. A primeira ocorre perante a câmara, turma ou outro órgão fracionário competente para o julgamento do caso e a segunda, perante o pleno ou órgão especial.

Argüida a inconstitucionalidade, no curso de um processo, por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo relator ou por um de seus pares, o relator, ouvido sempre o Ministério Público, submeterá a questão prejudicial à câmara. Se a alegação for rejeitada, o processo prossegue normalmente, com a aplicação da norma, que teve sua constitucionalidade inicialmente questionada, tendo em vista que a eficácia da norma não terá sido afetada.

Se, no entanto, a câmara admitir a procedência da argüição de inconstitucionalidade, ou seja, se considerar que a norma realmente é inconstitucional, será lavrado acórdão nesse sentido, será sobrestado o julgamento do caso concreto e será encaminhada a questão ao tribunal pleno, que, conforme o artigo 97 da CF é o órgão competente para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. O pleno declara a inconstitucionalidade, por meio de voto da maioria absoluta, isto é, metade mais um, de seus membros. Observa-se que se não for alcançado o quorum de maioria absoluta para votação, a norma é considerada constitucional e passível de aplicação.

Após a declaração da inconstitucionalidade ou não, o julgamento é retomado na Câmara, que deverá resolver o caso concreto, em consonância com a decisão do plenário do tribunal. Isso significa que a decisão do plenário, pela inconstitucionalidade ou não, vincula o julgamento de mérito a ser proferido pela câmara.

Conforme leciona Luis Carlos Barroso:

No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a cisão funcional da competência, pela qual o pleno (ou órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial (BARROSO, 2004, p. 80).

Deve-se ressaltar que não cabe recurso da decisão do Plenário que aprecia a constitucionalidade. A impugnação, inclusive da questão relativa à inconstitucionalidade, deverá ser contra o acórdão que vier a julgar o caso concreto.

No que se refere ao regime para a apreciação da constitucionalidade adotado no âmbito do Tribunal de Contas, observa-se que apesar de ter sido reservado ao plenário a decisão sobre a existência de conflito de norma com a Constituição, art. 66 da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU c/c o art. 15, inciso I alínea e, do Regimento Interno, não foi regulamentado ainda procedimento próprio para exame da matéria constitucional pela Corte de Contas, nos moldes do Código de Processo Civil.

É razoável pensar que talvez a matéria ainda não tenha sido totalmente disciplinada, em função de entendimento que ainda parece estar predominando, no Tribunal de Contas, consubstanciado em pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, da lavra do Ex-Procurador, Dr. Jatir Batista da Cunha, proferido nos autos no TC 650.120/94-9. De acordo com o referido pronunciamento, a declaração da inaplicabilidade de norma legal, em face de conflito com a Constituição, consoante disposto no Regimento Interno do TCU, restringir-se-ia à não aplicação da norma constitucional, sendo-lhe vedada declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, na medida em que representaria invasão de competência do Egrégio STF insculpida na Constituição. A tese foi acatada pelo então

Ministro Relator Paulo Affonso, em seu voto, e aparenta estar, ainda hoje, exercendo alguma influencia nos julgados proferidos no âmbito do Tribunal de Contas.

Por meio da análise de algumas decisões proferidas pelo TCU, em sede de controle difuso de constitucionalidade, observa-se que a Corte de Contas jamais declara a lei ou o ato normativo inconstitucionais, limita-se apenas a considerar a norma aplicável ou inaplicável, no âmbito do Tribunal de Contas; a recomendar que a unidade jurisdicionada deixe de aplicar determinada norma, por entendê-la inconstitucional; ou ainda, a dar uma interpretação constitucional para o caso.

Veja-se a Decisão 663/2002 – Plenário:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 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 19/98 (TCU, 2002b, p. 6).

Observa-se que os julgados do Tribunal de Contas têm procurado ser cautelosos no que tange a não invadir competência constitucional exclusiva, reservada ao Supremo Tribunal Federal, para declarar a inconstitucionalidade das normas em abstrato (art. 102, I da CF). No entanto, deve-se recordar que ao afastar a aplicação ou declarar a inconstitucionalidade de uma norma, não estará o Tribunal, no sentido técnico-processual, declarando a inconstitucionalidade em tese da norma, mas sim resolvendo o incidente de inconstitucionalidade como pressuposto para resolução do caso concreto que lhe foi submetido. Isso porque, no controle difuso de constitucionalidade a que compete o Tribunal de Contas, declarar a nulidade ou a inconstitucionalidade, não se confunde com anular ou

revogar a norma entendida inconstitucional, mas simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, inaplicando-a ao caso concreto⁵.

Conforme leciona Luis Roberto Barroso, afastar a incidência de uma norma seria, na realidade, proceder a uma declaração de inconstitucionalidade:

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independente de argüição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte foi o de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta. (BARROSO, 2004, p. 78).

Conclui-se assim que o Tribunal de Contas vem de certa maneira declarando a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, já que vem negando aplicação de normas a casos concretos, sem, no entanto, adotar procedimento específico para a apreciação do incidente de inconstitucionalidade.

Por isso, seria oportuno que o Tribunal de Contas implementasse um regime específico para apreciação da matéria constitucional, por meio da regulamentação do processo decisório da argüição de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, no âmbito de seu Regimento Interno.

⁵ No caso de consulta que seja formulada a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à constitucionalidade de matérias de competência do TCU, observa-se que a resposta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, conforme estabelecido no Art. 264 do Regimento Interno do TCU. No entanto, o fato de apreciar a norma em tese não constitui usurpação da competência privativa do STF, visto que o eventual pronunciamento do TCU consiste apenas na interpretação da norma centrada a parâmetros constitucionais.

O procedimento estabelecido no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça para apreciação incidental de constitucionalidade das normas, poderia ser adaptado às necessidades regimentais do TCU⁶. Com efeito, observa-se a existência de algum paralelo entre o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que foram atribuídos aos membros da Corte de Contas os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do STJ, conforme § 3º do art. 73 da CF.

7. Conclusão

O Tribunal de Contas da União pode examinar a constitucionalidade das leis e atos normativos, e, portanto, declará-los inconstitucionais, com a finalidade de afastá-los da aplicação a um caso concreto. No entanto, só poderá proceder a esse exame na via incidental e com efeitos restritos as partes, relativas aos processos submetidos a sua apreciação, e em matérias de sua competência.

Não obstante, a interpretação das leis e atos normativos, a partir de parâmetros estabelecidos na Constituição, realizada nas decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas, deverá possuir caráter informativo e orientador para todos os órgãos jurisdicionados.

Além disso, a decisão do Tribunal pela inconstitucionalidade, poderá sinalizar um entendimento assentado no âmbito da Corte, que poderá servir de precedente para uniformização de sua jurisprudência, subsidiando novos julgamentos pela irregularidade, caso haja reincidência, no âmbito do TCU, da lei ou ato normativo eivado do vício da inconstitucionalidade.

Assim, o efetivo controle de constitucionalidade exercido pelo TCU poderá prevenir a ocorrência de despesas inconstitucionais, contribuindo para a prevenção de danos ao patrimônio público federal.

⁶ No Superior Tribunal de Justiça, o procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 199 a 200 do respectivo Regimento Interno.

Nas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O pragmatismo do procedimento a ser adotado pelo Tribunal quanto à constitucionalidade de lei poderá dar um tom de uma nova postura atenciosa aos desígnios constitucionais tão amplamente invocados, e em respeito aos anseios de evolução do controle da despesa pública.

Sem embargo, o dinamismo da atual realidade sociopolítica recomenda postura pragmática mais consentânea na defesa ágil e efetiva da legalidade, em oposição à visão misoneísta do controle jurisdicional mais conservador e restrito da constitucionalidade. (FERNANDES, 2000, p. 38).

Para tanto, é oportuno que o Tribunal defina precisamente seu importante papel nesse mister, por meio da regulamentação de procedimento específico para exame da inconstitucionalidade em seu Regimento Interno.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle da Constitucionalidade das Leis.** 2.ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. Lei nº 8.443, de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília (DF), 17.7.92. Seção 1, p. 9449.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU. Possíveis irregularidades praticadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Pedido de reexame de acórdão que considerou procedente a Representação e determinou a anulação de ato de nomeação de parente de juiz para o exercício de cargo em comissão. Alegação da inexistência de vedação legal para a nomeação. Quaisquer atos de nomeação para cargos em comissão posteriores a 28.03.94 e mesmo anteriores a 26.12.96, data de publicação da Lei nº 9.421/96, devem ser considerados ilegais. Conhecimento. Negado Provimento. Acórdão 913/2005 – Segunda Câmara. Célia Maria Martins da Silva Alcure. Relator: Sr. Min. Ubiratan Aguiar. 07 jun. 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, 15 jun. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Petrobrás. Área de licitação e contratos. Aplicação ilegal do regulamento do procedimento licitatório simplificado, a partir da edição do Decreto 2.745/98, que regulamentou o art. 67 da Lei 9.478/97, por serem inconstitucionais, abstendo a entidade da observância dos preceitos da Lei 8.666/93. Análise da matéria. Decisão 663/2002 – Plenário. José Carlos Ávila Betencourt, Carlos Frederico Leipnik Kotouc e Nelson Taveira da Costa. Relator: Sr. Min. Ubiratan Aguiar. 19 jun. 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, 08 jul. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Regimento interno e súmulas**. organizado pelo Gabinete do Diretor da Revista Ministro Eduardo Ribeiro. 3. ed., rev., ampl. e atual. Brasília : STJ, 1996.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 33, n.94, out/dez 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do Administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n.1, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional: Funções próprias e funções delegadas, **Revista de Direito Administrativo**, n. 109, p.8, jul/set. 1972.

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

COSTA, Coqueijo. Controle Constitucional, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.13-15, p. 9-32, dez. 1978/ Dez. 1979.

CUNHA, Luiz Fernando Whintaker da. **Direito Constitucional do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese**. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FAGUNDES, Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário: quarta parte. **Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba**, v.2, n.4, p.45-55, jul./nov. 2003.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. O controle de constitucionalidade no Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, v.28, p.35-76, jan./dez. 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Tribunais de Contas e o Exame de Constitucionalidade de Lei. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v.26,p.33-53,jan./dez.2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A apreciação da constitucionalidade das normas pelos tribunais de contas. **L&C: Revista de Licitações e Contratos**, v.5, n.51, p.16-21, set. 2002.

FRANCA FILHO, Márcio Toscano. Os tribunais de contas e o controle de constitucionalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, v.17, n.9, p.705-706, set. 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

JARDIM-ROCHA, José. Problemas com o Governo dos Juízes: Sobre a Legitimidade Democrática do *Judicial Review*. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, 2001.

LEAL, Vitor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba**, v.2, n.4, p.91-105, jul./nov. 2003.

MELLO, José Luiz de Anhaia Mello. **Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação a Leis Inconstitucionais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva,1965.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. 1. ed. 4 v. Rio de Janeiro: H.Cahen,1947.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo. **Revista Forense**, v. 79, n. 284, p. 101. Out./dez. 1983

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003**. 2. ed., rev. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de O. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v.18, p.1-246, 1992.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed., rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, 8. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Controle Difuso da Constitucionalidade pelas Cortes de Contas. Anais: 18º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil "Seabra Fagundes". Belo Horizonte: TCEMG, 2 v, 1995.

ROSAS, Roberto. **Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 12. ed., rev. e atual., com referências ao Código civil de 2004. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Interesse Público**, v.5, n.25, p.13-20, maio/jun. 2004.

_____. Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.13-15, p.71-105, dez.1978/dez. 1979.

TCU. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Aprovado pela Resolução Administrativa nº 15/93, de 15 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília (DF), 21.6.93. Seção 1, p. 8241.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público**. São Paulo: LTr, 1985.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, a.31, n.121, p.265-271, jan./mar. 1994.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999 e 9.882, de 03.12.1999. 3. ed., 2. tir., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.