

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE GOVERNMENT AND JUDICIAL REVIEW

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em direito administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da PUC-SP. Líder do Grupo de pesquisa "Ponderação de interesses no direito administrativo e contrafações administrativas".
ricmarconde@uol.com.br

O Prof. Georges Abboud se centrou no CADE e, apesar de apresentar isso no livro, não falou muito do Tribunal de Contas. Eu vou me centrar mais no Tribunal de Contas¹. O Supremo tinha uma súmula antiga – aliás, ele tem –, a Súmula 347, que foi editada em 1963, estabelecendo que o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a inconstitucionalidade dos atos do poder público.

Agora, eu não trabalho com o Gilmar Mendes, e, por isso, me sinto à vontade para falar (rs)... a questão voltou à baila no Supremo – vejam, a súmula é de 1963, e poucos anos depois, na verdade, dois anos depois, em 1965, saiu um trabalho importante na doutrina, de um Ministro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, José Luiz de Anhaia Mello, pela Saraiva, “Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a leis inconstitucionais”. Havia naquela época, entre 1963 e 1965, algo meio que pacificado na jurisprudência do Supremo com súmula – Súmula 347 – e na doutrina, a partir desse trabalho do José Luiz de Anhaia Mello.

Agora, a questão veio à baila, acreditem, pela Petrobras. Por quê? No Governo do FHC foi promulgada a lei federal do petróleo, a Lei 9.478 de 1997, essa lei estabeleceu no artigo 67 que a Petrobras não precisaria se submeter à legislação de licitação no Brasil – a Lei 8.666 não precisava aplicar –, bastaria que ela cumprisse

-
1. Conferência proferida no Seminário “Administração Pública e controle de constitucionalidade”, promovido pelo Grupo de Pesquisa Ponderação de Interesses no Direito Administrativo e Contrafações Administrativas, em 11.09.2019, no auditório 100-A do prédio OABM da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

por força da hierarquia devo fazê-lo e, por isso, não tenho culpabilidade. O Roxin, na Alemanha, diz que é um erro, que isso deveria ser uma excludente de antijuridicidade. O legislador brasileiro consagrou como excludente da culpabilidade, e há argumentos doutrinários em prol de quem sustenta haver aí uma excludente da culpabilidade.

Isso desde que o ato não seja inexistente, porque se o ato for inexistente ele é manifestamente ilegal. A doutrina chama isso de manifestamente ilegal. Manifestamente ilegal é, na minha opinião, equivalente à inexistência normativa do ato administrativo, aí ele tem sim o dever de representar e ele não pode cumprir. Mas, se não for manifestamente ilegal, ou seja, se não for inexistente, se for simplesmente inválido, ele, regra geral, tem que cumprir, e há uma excludente de culpabilidade. Isso se for ato administrativo, porque, se a lei foi inválida, há uma excludente de antijuridicidade, não de culpabilidade. Ele tem total prerrogativa como estrito cumprimento do dever legal de fazê-lo.

Bom, para terminar, eu vou encarar o argumento contrário, que me parece o mais forte; o Prof. Georges Abboud traz esse argumento no texto dele. Ele diz: “Mas não existe uma responsabilidade civil de Estado por cumprir leis inconstitucionais?”. Existe! Parece-me inegável que se o cumprimento de uma lei inconstitucional gera danos a alguém, regra geral, esses danos devem ser reparados – responsabilidade civil do Estado. E, diante disso, é um bom argumento: deveria haver um dever de descumprir leis inconstitucionais, inclusive para os subalternos, dever de representar e dever de propor ação judicial caso não aceite a representação. É um bom argumento, mas não me convence.

Não me convence, porque, primeiro, eu tenho que interpretar o Direito com os olhos abertos para a realidade. Não funciona, e o próprio Prof. Georges Abboud reconhece isso, não funcionar achar que a gente vai entrar com uma ação contra o superior hierárquico. Vou entrar com uma ação contra o Procurador-Geral? Imagina, nunca! Ninguém vai fazer isso, e nunca ninguém fez. Salvo raríssimas hipóteses, que são tão raras que justificam a afirmação de que praticamente ninguém faz. Mas, pode-se dizer, eu não estou preocupado com o mundo do ser, estou preocupado com o mundo do dever-ser. É, mas não existe a dupla personalidade, o Estado não é um monstro totalmente caótico; há uma unidade ali. Houve uma atuação do Estado, do Poder Legislativo em prol da edição daquela lei, do poder competente. Parece-me que o subalterno está, sim, vinculado, de uma certa forma, a essa lei e, como eu disse, não se exige dele ser um cientista do Direito, que ele saiba que está diante de uma inconstitucionalidade... Não! Regra geral, ele tem a prerrogativa de cumprir, ainda que esse cumprimento gere uma responsabilidade civil do Estado. É plausível que gere, porque, afinal de contas,

o Poder Legislativo violou a Constituição; todos os órgãos de controle não funcionaram, não houve o controle preventivo, não houve um veto, o órgão encarregado de dar a última palavra sobre as questões jurídicas não atuou. Enfim, não funcionou bem e, por isso, gera a responsabilidade civil do Estado; mas não porque o subalterno não funcionou bem.

Bom, fico por aqui, passo a palavra ao Georges Abboud, para as suas considerações em relação à minha análise e, depois, passo a palavra à plateia. É isso, muito obrigado.
