

## **Controle de constitucionalidade no âmbito dos tribunais de contas: reflexões sobre uma aplicação mitigada da Súmula 347 do STF**

Control of constitutionality by the audit courts: reflections on a mitigated application of precedent 347 of Brazilian Supreme Court

**Rholden Botelho de Queiroz<sup>1</sup>**  
**Maysa Cortez Cortez<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

Este trabalho objetiva revisitar o debate sobre a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, nos termos da Súmula 347 do STF. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca-se compreender os posicionamentos recentes do STF sobre a aplicabilidade do citado verbete e discutir as implicações práticas dessa competência, à luz das características institucionais das Cortes de Contas. O estudo conclui a pertinência da Súmula 347 diante da Constituição Federal de 1988 e sugere possíveis circunstâncias em que a apreciação da constitucionalidade possa ser exercida sem grandes impactos à ordem institucional.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Súmula 347. Tribunais de Contas.

---

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: rholdenbq@yahoo.com.br

2 Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Assessora administrativa no Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: maysa\_cortez@hotmail.com

## ABSTRACT

This paper reviews the debate on the possibility of exercising constitutionality control by the Audit Courts, under the terms of Precedent 347 of Brazilian Supreme Court (STF). Through bibliographic and jurisprudential research, the objective is to understand the recent positions of STF on the applicability of this thesis and to discuss the practical effects of this competence, in light of the institutional characteristics of the Audit Courts. The study concludes that the Precedent 347 is suitable in the 1988 Federal Constitution and offers possible circumstances in which the evaluation of constitutionality can be practiced without major impacts on the institutional order.

**Keywords:** Control of Constitutionality. Precedent 347. Audit Courts.

Recebido: 22-09-2019

Aprovado: 07-10-2019

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa discutir o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, conforme possibilitado pela Súmula nº 347 (BRASIL, 2012b) do Supremo Tribunal Federal (STF), atentando para as controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência sobre o desempenho dessa competência.

Embora o debate sobre o tema não seja recente, entende-se que a discussão não foi superada, o que motiva reflexões de ordem prática sobre a dimensão dessa competência e o modo de exercício desse poder, considerando as peculiaridades próprias do controle de constitucionalidade incidental e a natureza das atividades desempenhadas pelas Cortes de Contas no exercício do controle externo da administração pública.

Para isso, o estudo aborda, inicialmente, uma contextualização do problema, trazido ao mundo jurídico por meio da edição da Súmula nº 347 do STF, em 1963, e as controvérsias sobre a possibilidade de aplicação do verbete após a Constituição de 1988, contexto em que se comentará os entendimentos mais recentes do STF sobre o tema. O objetivo do primeiro tópico é apresentar, em linhas gerais, o debate sobre a existência ou não da competência para controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

Num segundo momento, o estudo discute os fundamentos para apreciação da constitucionalidade de leis ou atos normativos pelas Cortes de Contas, de modo incidental, à luz da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, considerando a natureza do controle de constitucionalidade e a função institucional dos tribunais enquanto órgãos administrativos autônomos.

Em seguida, serão levantadas as controvérsias, de ordem prática, percebidas quando do exercício do controle incidental no âmbito dos processos administrativos em curso nos Tribunais de Contas e da (em)possibilidade, em tese, de realizá-lo à semelhança do controle difuso exercido nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

Com efeito, a partir dos argumentos apresentados, o estudo intenta refletir sobre a possibilidade de uma aplicação mitigada da Súmula nº 347, como forma de permitir que o controle externo exercido, nas três esferas de governo, zele, de forma ativa, pela constitucionalidade dos processos sob sua jurisdição, sem que isso usurpe competências próprias do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

## **2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SÚMULA Nº 347 DO STF**

O controle de constitucionalidade brasileiro, embora atualmente conte com um sistema misto, contemplando, de forma simultânea, carac-

terísticas dos modelos americano e austríaco, encontra suas raízes no controle difuso ou descentralizado, estabelecido, inicialmente, por meio da Lei nº 221, de 1894.

O referido diploma, promulgado ainda sob a égide da Constituição Imperial, foi o primeiro a conceder, a todos os juízes e tribunais do país, competência para apreciar validade de leis e regulamentos, bem como para deixar de aplicá-los, incidentalmente, quando considerados manifestamente inconstitucionais (MORAES, 2005, p. 641).

Com efeito, a implementação de competências institucionais próprias do sistema concentrado de controle constitucionalidade, com o passar dos anos, ocorreu sem que houvesse abandono do sistema difuso ou incidental (SILVA, 2006, p. 558).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, sob a ordem constitucional de 1946, editou, em dezembro de 1963, a Súmula nº 347, prevenindo, expressamente, que os Tribunais de Contas, cujas competências eram previstas no art. 77 da Constituição vigente, de igual modo, pudessem apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, no exercício de suas funções.

Somente em 1965, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 16, foi introduzido o sistema de controle abstrato de normas, prevenindo-se a possibilidade de instauração de procedimento específico, de competência do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de municípios em conflito com as Constituições estaduais.

No entanto, com o advento da Constituição de 1988, que ampliou os instrumentos e as competências para realização do controle concentrado, parte da doutrina e da jurisprudência entendeu que o novo texto constitucional teria optado por priorizar o exercício o controle abstrato dos atos normativos em detrimento do controle incidental.

Nesse sentido foi o entendimento do Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2006), proferido em sede de medida cautelar, no bojo do Mandado

de Segurança (MS) nº 25.888, impetrado pela Petrobrás contra decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que declarou inconstitucional dispositivos de Lei e Decreto federais<sup>3</sup> com base na dita Súmula nº 347.

Segundo o Ministro, a referida súmula não só foi editada pelo STF em contexto constitucional diverso do atual, como o foi antes mesmo do surgimento do controle abstrato de constitucionalidade, quando se entendia como legítimo que órgãos não jurisdicionais se recusassem a aplicar leis consideradas inconstitucionais<sup>4</sup>.

Porém, com a significativa ampliação no sistema de controle concentrado trazida pelo texto constitucional de 1988, entendeu o Ministro ter havido restrição intencional da amplitude do controle difuso:

Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988 (BRASIL, 2006, p. 6).

A Constituição ter ampliado, de modo indubitável, as ferramentas

3 O TCU há havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98 (Decisão nº 633/2002), determinando que a Petrobrás observasse os ditames da Lei nº 8.666/93.

4 Nessa mesma linha também se observam os seguintes julgados: MS 25.888 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/3/2006; MS 29.123 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2/9/2010; MS 28.745 MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 6/5/2010; MS 27.796 MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 27/1/2009; MS 27.337, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 21/5/2008; MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5/12/2011; MS 27.743 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 1/12/2008.

para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade não implica diretamente a redução das possibilidades de exercício do controle de modo incidental. Não parece haver lastro normativo que justifique a inferência defendida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Nota-se que, com o instituto da repercussão geral introduzido pela EC nº 45/2004, a apreciação da constitucionalidade das leis e atos, nos casos concretos, pelo STF, foi significativamente reduzida, cabendo somente nos casos cuja aplicação possa ser generalizada para toda a sociedade.

No entanto, admitir que as competências do STF ficaram mais restritas ao exercício do controle abstrato ou generalizado de constitucionalidade não equivale a entender o esvaziamento do controle difuso exercido no âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário. Tanto é verdade que a Corte suprema não foi transformada em uma Corte Constitucional propriamente dita, nos moldes dos sistemas de controle concentrado puro. Compete ao STF a guarda da Constituição de modo precípua, mas não exclusivo (FAJARDO, 2008, p. 21).

Se a ampliação das possibilidades de exercício do controle concentrado não implica, necessariamente, a restrição do exercício do controle difuso, tampouco parece implicar, de modo direto, uma inadequação da Súmula nº 347 à atual ordem constitucional.

Nesse sentido também entendeu o Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2012a) ao indeferir liminar pleiteada no MS nº 31.439, argumentando que a discussão sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas deixar de observar ato normativo por considerá-lo inconstitucional carecia de apreciação definitiva pelo Colegiado do STF, devendo prevalecer, até então, o entendimento já sumulado, que não havia sido revogado.

Além disso, em decisão mais recente da Corte (BRASIL, 2016), ao discutir a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão também de natureza administrativa, apreciar a constitucionalidade de lei que fundamentou ato submetido ao seu exame, a Min. Cármen Lúcia

(BRASIL, 2016) defendeu a pertinência dessa apreciação, argumentando se tratar de competência implícita ao exercício de suas funções administrativas<sup>5</sup>.

Com efeito, pautando-se no entendimento de Meirelles (1993), segundo o qual é legítimo o não acatamento, pela Administração, de normas contrárias à Constituição, a Ministra entendeu que tais premissas se estenderiam também aos órgãos administrativos autônomos, aos quais a Constituição atribuiu a tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, dentre os quais estão o Tribunal de Contas da União<sup>6</sup>, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

Se atos administrativos que afrontem a Constituição não podem ser tidos como válidos, o controle sobre sua validade implica, implicitamente, avaliar sua constitucionalidade, afastando, quando necessário, a incidência de normas que os tornem inconstitucionais. No dizer da Ministra, “quem dá os fins, dá os meios” (BRASIL, 2016, p. 8).

Nesse sentido, a relatora frisou a distinção existente entre declarar vício de inconstitucionalidade em lei ou ato normativo, tarefa exclusiva do órgão jurisdicional competente, e restringir ou impedir a aplicação de lei inconstitucional por ente da Administração Pública.

Trata-se este último de ato formal de juízo administrativo visando garantir a segurança jurídica dos atos sob seu controle, devendo o órgão autônomo em questão instar os entes legitimados para que proponham, se for o caso, ação de controle abstrato de constitucionalidade junto ao STF ou aos Tribunais de Justiça. Não haveria que se falar em usurpação de poderes, portanto.

No entanto, não raro se vê na doutrina e na jurisprudência entendimento divergente sobre a possibilidade de os entes da administração

---

5 Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12, de relatoria do Min. Ayres Britto, o STF entendeu que a Constituição Federal conferiu, ao CNJ, competência para zelar pela observância do art. 37 e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário.

6 Convém observar que o entendimento a respeito da competência do TCU, neste caso, deve ser estendido aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, em atenção ao princípio da simetria.

pública em geral se escusarem de cumprir normas sob o argumento de inconformidade com a Constituição (MENDES; BRANCO, 2018), haja vista a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e os atos normativos como pressuposto de validade e de segurança jurídica.

Com efeito, entende-se que a plausibilidade desse descumprimento se justificava na época em que o controle concentrado de constitucionalidade tinha como único titular o Procurador-Geral da República, não persistindo após a Constituição de 1988, notadamente após a ampliação do rol de legitimados à propositura das ações de controle. Afirma-se que não há justificativas para o descumprimento arbitrário de norma presumidamente constitucional, quando é possível instar as autoridades competentes para questioná-la pelas vias adequadas (MENDES; BRANCO, 2018).

Por consequência, também se argumenta não haver divergência ontológica entre declarar a inconstitucionalidade de uma norma e afastar sua aplicação por constatado vício de inconstitucionalidade (POLETTI, 2001, p. 198). O juízo interpretativo sobre a validade da norma ocorre em ambos os casos. Sendo assim, normas presumidamente constitucionais só poderiam ter seu juízo de constitucionalidade legitimamente exercido por quem goza de competência jurisdicional para fazê-lo.

Nesse sentido manifestou-se o Min. Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018), em decisão liminar proferida no MS 35.494 impetrado contra decisão do TCU que declarou inconstitucionalidade de lei federal, à semelhança do MS 25.888 anteriormente comentado.

Embasando-se nos mesmos argumentos levantados pelo Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2006) e divergindo dos fundamentos sustentados pela Min. Cármen Lucia (BRASIL, 2016), o Min. Alexandre de Moraes suspendeu, liminarmente, a decisão do TCU, entendendo não subsistir respaldo constitucional para que órgãos administrativos autônomos como CNJ e TCU exercessem controle de constitucionalidade, notadamente por não se encontrarem sujeitos ao sistema de freios e contrapesos tão caro à separação de poderes. Estaria a Súmula 347, então, superada:



Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Tribunal de Contas da União, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder.

[...]

Dessa forma, a Constituição Federal não permite ao Conselho Nacional de Justiça, tampouco ao Tribunal de Contas da União, o exercício do controle difuso de constitucionalidade, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo (BRASIL, 2018, p. 6, grifos dos autores).

Percebe-se, portanto, que as posições mais recentes do STF sobre a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas divergem entre os seguintes argumentos, em síntese: a) insubsistência da Súmula 347 frente à atual ordem constitucional e a consequente incompetência dos Termos Circunstanciados (TC) para apreciação da constitucionalidade de leis e atos administrativos; b) existência de um poder implicitamente atribuído aos órgãos administrativos para fazê-lo, como decorrência lógica do exercício de sua atividade fim.

Persistindo dúvidas sobre a possibilidade ou não dos TC exercerem o controle de constitucionalidade no desempenho de suas funções, convém analisar, de modo mais detido, o que significa o controle de constitucionalidade para o Estado Democrático de Direito e a relevância de se pensar em uma interpretação constitucional exercida pelos diversos atores da sociedade civil.

### **3 A NATUREZA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O IDEAL DE SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

Além da ausência de previsão expressa na Constituição sobre a apreciação de constitucionalidade por parte dos órgãos administrativos autônomos como o TCU, motivo pelo qual ainda se recorre à Súmula nº 347 do STF, o principal argumento a favor do seu descabimento repousa na presunção de constitucionalidade das leis, que tende a impedir que se afaste aplicação de uma norma em razão de suposto vício de inconstitucionalidade.

Mesmo que não se trate de uma declaração de inconstitucionalidade no sentido formal, que só pode ser proferida por quem goza de competência jurisdicional para fazê-lo e cuja decisão surte efeitos abrangentes sobre o ordenamento jurídico, não parece haver dúvidas de que a decisão administrativa que afasta a incidência de uma norma, no caso concreto, o faz precedida de um juízo sobre a constitucionalidade do ato normativo em si mesmo.

Em algum momento, quando do juízo de mérito sobre a questão posta, o órgão julgador realiza o confronto entre a norma que embasa o ato administrativo analisado e a Constituição, e o resultado desse esforço interpretativo converte-se em razão de decidir pela validade ou não do ato.

Resta saber, neste caso, se a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, que visa garantir a segurança jurídica na ordem constitucional, deve ter o condão de limitar as intenções de controle. Parece-nos que não.

A presunção de constitucionalidade das normas não tem um fim em si mesma. Não se trata de uma defesa a qualquer custo de constitucionalização de todas as normas, dificultando-se ou restringindo-se a prova em contrário.

Trata-se de uma ficção jurídica, que tem por escopo defender a força normativa e a supremacia da própria Constituição. Dizer que normas nascem constitucionais e o serão até decisão em contrário é, na verdade, um meio para afirmar que a Constituição será fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e que, por consequência, normas só serão tidas como válidas se essa constitucionalidade puder ser confirmada.

A relatividade da presunção de constitucionalidade é justamente o fundamento do controle, não um empecilho a ele. Só existem mecanismos de controle de constitucionalidade porque se admite que determinadas normas podem não estar de acordo com a Constituição.

Com efeito, a possibilidade de suscitação de dúvidas sobre a constitucionalidade de algo pressupõe um implícito e corriqueiro esforço interpretativo sobre o que diz a Constituição. Quem vive a norma acaba por interpretá-la, como defende Häberle (2014, p. 27).

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição entende o ato de interpretar o texto constitucional como uma atividade à qual estão vinculados todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos da sociedade civil, não cabendo falar em um elenco cerrado ou taxativo de intérpretes (HÄBERLE, 2014, p. 27-28):

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 intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

Nesse sentido, Häberle afirma que o modo como os destinatários da norma a preenchem de sentido não só auxilia a interpretação técnica feita pela jurisdição constitucional, como permite que a teoria da interpretação seja tão mais democrática quanto possível, ocasionando uma “mediação específica entre Estado e sociedade”.

A interpretação constitucional não seria, portanto, um evento exclusivamente estatal, mas sim um processo aberto, em cujo rol de participantes estão inseridos tanto os órgãos estatais, de quaisquer dos poderes e os sujeitos diretamente interessados, como também os peritos e *experts* no tema, os diversos grupos da sociedade civil e a opinião pública em geral.

O objetivo da ampliação do número de intérpretes, segundo Häberle (2014, p. 36-38), é integrar a realidade ao processo de interpretação, o que não se obtém com a limitação do exercício hermenêutico aos “intérpretes corporativos” ou funcionalmente autorizados pelo Estado.

Aliás, o autor ressalta que muitas das questões referentes à Constituição material sequer chegam ao conhecimento da Corte Constitucional (no caso do Brasil, ao STF), seja por falta de competência ou de abrangência, quando a causa não comporta repercussão geral, por exemplo, ou seja por falta de iniciativa para o controle abstrato. Defende-se, em razão disso, que o processo constitucional formal não seja a única via de acesso ao processo de interpretação da Constituição (HÄBERLE, 2014, p. 43).

Vale lembrar, conforme comentado acima, que o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil ocorreu de forma difusa, justamente em razão da necessidade prática de constante interpretação constitucional. A descentralização da interpretação mostra-se, muitas vezes, essencial à própria defesa da Constituição.

Com isso, não se intenta defender uma anarquização do controle de constitucionalidade ou uma usurpação das prerrogativas atribuídas pela própria Constituição ao STF. Busca-se, porém, atentar para a importância de que normas e questões práticas das diversas realidades sociais e administrativas encontrem fóruns de interpretação da Constituição mais próximos desses contextos.

Nisso consiste o controle incidental de constitucionalidade, que aproxima a interpretação constitucional da sociedade, permitindo que qualquer cidadão possa questionar a conformidade de uma lei com a

Constituição no bojo de processo que trate de lesão ou ameaça a direito subjetivo.

Observa-se, no tocante ao Tribunal de Contas, que o exercício do controle de constitucionalidade por via difusa não está descrito, no texto constitucional, dentre o rol de suas competências, assim como também não está expresso no rol de competências de juízes e demais órgãos do Judiciário, que tipicamente o fazem.

Trata-se, na verdade, de uma “atribuição instrumental para o exercício da jurisdição, e não de uma competência finalística”, como frisou Fajardo (2008, p. 2). Não é atividade fim nem dos Tribunais de Contas nem da jurisdição ordinária – com exceção do controle abstrato no âmbito dos Tribunais de Justiça – a apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos, mas sim atividade acessória, que viabiliza o melhor exercício tanto da jurisdição ordinária como do controle externo.

Caberia, então, às Cortes de Contas o que Torres (1993, p. 36) denominou controle de “superlegalidade”, que implica, como decorrência direta do controle da legalidade, a análise da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, de forma incidental, e como condicionante para aprovação destes.

Se não há ato plenamente válido que decorra de legislação eivada de inconstitucionalidade, o exame da sua conformidade com a Constituição mostra-se inerente. Do contrário, a Corte de Contas estaria obrigada a acatar e chancelar, por mera formalidade de estarem respaldados em lei, atos praticados em flagrante desacordo com a Constituição.

Parece, neste caso, que a posição da Min. Cármen Lúcia, de que a apreciação da constitucionalidade é um poder implícito aos órgãos administrativos autônomos, é a que melhor se coaduna com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Com efeito, a Constituição tende a ser mais bem interpretada e ter sua supremacia melhor defendida quando se amplia o rol de intérpretes e

se permite que os órgãos aos quais a própria Constituição atribuiu o dever de controle possam sanar, de modo incidental, inconsistências decorrentes de notáveis vícios de inconstitucionalidade.

Argumentada a plausibilidade da apreciação da constitucionalidade de leis pelos Tribunais de Contas, em atenção à natureza de sua função constitucional de órgão autônomo de controle, passa-se, no tópico seguinte, à análise da dimensão prática desse controle incidental.

#### **4 A DIMENSÃO PRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Os Tribunais de Contas, órgãos autônomos de controle externo, atuam como “coprotagonistas” do cenário democrático, por meio do exercício da fiscalização da gestão e das políticas públicas, bem como do controle externo das finanças públicas, nas respectivas esferas de governo, cabendo-lhes decidir sobre a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, de acordo com art. 71 da Constituição.

Nesse sentido, convém frisar que a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade por esses Tribunais, nos termos do que dispõe a Súmula 347 do STF, deve ocorrer “no exercício de suas atribuições”, o que implica observar as competências que foram atribuídas às Cortes pela própria Constituição e pelas respectivas leis orgânicas e regimentos internos<sup>7</sup>.

No tocante à dimensão prática do controle de constitucionalidade, dois pontos merecem destaque, sobre os quais se debruçará a seguir: a) a

<sup>7</sup> O Regimento Interno do TCU, por meio da alínea ‘e’ do inciso I do art. 15, dispõe que compete ao Plenário deliberar originariamente sobre “conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria de competência do Tribunal.

discussão sobre a (im)possibilidade de apreciação da constitucionalidade, em tese, em sede de consulta formulada ao Tribunal de Contas; e b) as divergências substanciais e procedimentais entre o controle incidental exercido pelo Poder Judiciário e o exercido no âmbito dos Tribunais de Contas.

Dentre as atribuições conferidas pela Lei nº 8.443/1992 (LOTUCU) ao TCU, as quais estão reproduzidas de modo semelhante nas leis orgânicas dos de vários tribunais de contas estaduais, está a de decidir sobre consulta formulada por autoridade competente a respeito de dúvida na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares concernentes à sua atuação. Ocorre que, nos termos da LOTUCU, a referida consulta possui “caráter normativo” e “constitui prejulgamento da tese, não do fato ou do caso concreto.”

Com efeito, cabe ao Tribunal de Contas esclarecer aos gestores ou autoridades públicas, por meio da resposta à consulta, a interpretação a ser dada à norma, a fim de auxiliar no modo como a Administração deve proceder.

No entanto, dado o caráter normativo da resposta, cuja posição deve ser acatada pelo ente, e tendo em vista que a decisão se dá no plano abstrato, considerando o arcabouço normativo em tese, surge a dúvida sobre como deve o Tribunal proceder quando o objeto da consulta for a discussão sobre a constitucionalidade de uma norma. Ao proferir, em sede de consulta, juízo sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese, estaria o Tribunal de Contas agindo de acordo com suas competências funcionais?

No âmbito do TCU, o entendimento que tem prevalecido é o de que isso não seria juridicamente possível. A Corte só deve apreciar a constitucionalidade das normas em casos concretos<sup>8</sup>, evitando pronunciar-se sobre a matéria constitucionalmente controvertida em sede de mera abstração normativa, visto que a decisão em tese obriga não só o consulente, mas todos

---

8 Cita-se como exemplos: Acórdão 2.000/2017 – Plenário; Acórdão 963/2019 – Plenário; Acórdão 1.758/2018 – Plenário; Acórdão 990/2017 – Plenário; Acórdão 2.391/2017 – Plenário.

que se submetam à jurisdição daquela Corte (FERNANDES, 2005, p. 240).

Vale ressaltar que a própria disposição legal que atribui efeito normativo às decisões de consultas dos Tribunais de Contas já teve sua constitucionalidade questionada, e esta foi confirmada pelo STF, no bojo da ADI-MC nº 1691/DF, de 1997, em que se reconheceu expressamente o dito caráter normativo da resposta à consulta pelo TCU (BRASIL, 1997).

Assim, uma vez entendida como válida a norma da LOTCU atinente à natureza e efeitos da consulta, resta inafastável a conclusão de que o enfrentamento de questão de constitucionalidade neste tipo de processo muito se aproximará do controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo STF, o que se afigura, salvo melhor juízo, indevida invasão de competências.

O Tribunal de Contas é um órgão fundamental para a República, especialmente nos dias de hoje, em que a sociedade, exige um maior controle e qualidade dos gastos públicos. Percebe-se que é de suma importância toda iniciativa tendente a fortalecer este órgão, expandindo suas atribuições, dentro dos limites traçados na Constituição. Neste sentido, parece de extrema relevância a perpetuação da Súmula 347 do STF, a qual confere aos Tribunais de Contas um instrumento ímpar para bem desenvolver sua missão constitucional.

Entretanto, deve-se observar que o afã de expandir a atuação do Tribunal de Contas no controle de constitucionalidade, visando fortalecer a sua posição institucional, pode terminar por surtir o efeito contrário, engrossando as fileiras dos que preconizam a completa revisão da mencionada Súmula, o que, de todo, é indesejável. A orientação de apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público em sede de consulta parece trilhar este perigoso caminho.

É certo que seria praticamente impossível ao Tribunal de Contas responder consultas sobre dúvidas quanto à aplicação de dispositivos legais sem levar em consideração os parâmetros constitucionais, em razão do princípio da supremacia da Constituição.



Com efeito, as normas constitucionais são, há um tempo, o fundamento de validade e os vetores interpretativos de todos os atos normativos. Afastar da análise do Tribunal qualquer consideração de ordem constitucional é o mesmo que, utilizando uma metáfora existencialista, querer separar o homem de suas circunstâncias.

Também é válido frisar que não é sempre que o Tribunal será colocado diante da situação de ter que considerar constitucional ou inconstitucional o dispositivo objeto de dúvida, muito embora, para responder à autoridade consulente, tenha que, necessariamente, recorrer à interpretação constitucional.

No entanto, diante de uma consulta cuja resposta demande o juízo sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, resta ao Tribunal a possibilidade de não conhecer da consulta, por entender fugir de suas competências funcionais, ou de conhecê-la e, no mérito, tecer comentários a respeito de sua constitucionalidade.

No caso de conhecimento da consulta e confirmação da constitucionalidade da norma, estaria a Corte tão somente reforçando a presunção de que goza a lei. A norma já deveria ser aplicada antes da resposta à consulta e continuará sendo depois. A rigor, nada se altera no ordenamento jurídico, e o caráter normativo da resposta à consulta apenas reproduz a força normativa da própria constituição.

Além disso, nada impede que a norma cuja constitucionalidade tenha sido afirmada no âmbito do Tribunal de Contas seja, posteriormente, questionada e considerada inconstitucional em sede de controle concentrado no âmbito do STF ou do Tribunal de Justiça competente.

No entanto, o mesmo não se pode afirmar quando o Tribunal conhece da consulta e manifesta-se pela inconstitucionalidade da norma. Tal ato equivaleria, na prática, a uma declaração de inconstitucionalidade em abstrato, em claro avanço nas competências constitucionalmente atribuídas ao Judiciário (STF e TJ, no caso de haver cotejo da norma estadual com a constituição estadual).

Em vista disso, defende-se que a postura mais coerente a ser adotada pelos Tribunais de Contas é a de negar conhecimento às consultas que intentem discutir, em tese, a constitucionalidade de leis ou atos normativos, a fim de não usurpar as prerrogativas conferidas ao STF e aos Tribunais de Justiça.

Não obstante, não se pode desconsiderar o papel pedagógico que permeia a atividade das Cortes de Contas, notadamente se a interpretação constitucional for considerada um processo plural, conforme comentado.

A prevenção é uma das facetas do princípio da eficiência. Assim, admite-se que, em situações específicas, considerando-se a relevância da questão posta na consulta, e avaliando-se o interesse público e sua repercussão, possa o Tribunal, mesmo sem conhecer da consulta, oferecer ao consulente, a título informativo, o posicionamento do Tribunal sobre a matéria, além de instar as instituições competentes a adotar as providências cabíveis (representação ao Procurador-Geral da República para o ajuizamento de ADI perante o STF, por exemplo).

Debatida a questão referente à (im)possibilidade de os Tribunais de Contas discutirem constitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de consulta, visto que lhes é vedado o controle de constitucionalidade em abstrato, importa discorrer sobre o modo como a apreciação da constitucionalidade pode ser exercida de forma incidental.

Como discutido nos tópicos anteriores, tem-se defendido como inerente às atividades dos Tribunais de Contas o juízo sobre a constitucionalidade das normas que embasem os atos sob seu controle, conforme também dispõe a Súmula 347 do STF. No entanto, resta saber em que circunstâncias essa apreciação de constitucionalidade poderia ser exercida e sob quais ritos.

O controle exercido de forma difusa difere do controle abstrato não só em relação à competência, como também quanto aos seus efeitos. Sabe-se que o controle em via difusa não reconhece vício absoluto na norma a

fim de negar-lhe a eficácia, daí o seu caráter incidental, além de produzir efeitos somente sobre o caso em questão e para os sujeitos envolvidos no processo.

No âmbito do Judiciário, quando debatidos pleitos subjetivos, notadamente os que envolvam direitos fundamentais, é possível vislumbrar, sem grande esforço, o reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto. Pode o juiz ou tribunal, sem fazer qualquer juízo sobre a constitucionalidade da norma em abstrato, afastar sua aplicação, no caso concreto, por entender que a sua incidência sobre determinados sujeitos ou relações jurídicas produziria um efeito contrário à Constituição.

No entanto, cenário diverso se observa quanto aos Tribunais de Contas. É preciso cautela com o argumento de que, estando diante de um caso concreto, o Tribunal de Contas estaria autorizado a declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tal qual o faz qualquer juiz. Algumas diferenças institucionais merecem atenção.

Os Tribunais de Contas têm configurações e atribuições bastante diferentes das do Poder Judiciário. Enquanto este se caracteriza pela inércia, dependendo de provocação para atuar, aqueles são órgãos fiscalizadores, que podem e devem agir por impulso próprio para desempenhar o seu mister. Ademais, suas decisões não se destinam a resolver disputas entre partes, mas, de uma forma geral, provocam efeitos para toda a Administração Pública correspondente (federal, estadual ou municipal).

Assim, o que se tem é um órgão que pode iniciar fiscalizações e auditorias e instaurar procedimentos para apurar supostas irregularidades, cujas decisões tendem a se espalhar por toda a Administração. Se, por exemplo, o Tribunal de Contas vislumbrar que um gestor pratica determinados atos com base em uma lei que a Corte entende como inconstitucional, poderia instaurar procedimento específico contra o referido gestor e declarar, incidentalmente neste procedimento, a inconstitucionalidade da norma. Nesse caso, o gestor ficaria inviabilizado de praticar quaisquer

atos com base na referida lei, o que poderia implicar uma verdadeira sustação de efeitos dessa norma de forma geral (e não inter partes, como no controle incidental clássico), assemelhando-se, na prática, ao que ocorreria se a lei houvesse sido declarada inconstitucional em controle abstrato pelo Judiciário.

Esse cenário conduz à reflexão de que, muito embora defenda-se a manutenção da Súmula 347 pelos vários motivos já expostos, é necessário estabelecer algumas balizas para a sua aplicação.

Nesse sentido, é pouco razoável que o Tribunal de Contas possa suscitar, de ofício, a discussão sobre a constitucionalidade de norma ou acatá-la, quando arguida em sede de denúncia, representação ou comunicação de terceiros, de modo a sancionar gestor que tenha praticado ato embasado em lei presumidamente constitucional.

A presunção de constitucionalidade deve operar-se, nesse caso, em favor do gestor ou responsável garantindo-lhe segurança jurídica, notadamente por ser o controle da legalidade uma das atividades fins do Tribunal de Contas.

Se não seria possível, em tese, superar a presunção de constitucionalidade em prejuízo de gestor ou responsável que tenha agido nos termos da lei, por outro lado, em atenção ao contraditório e à ampla defesa, parece plausível admitir a discussão sobre a (in)constitucionalidade da norma, quando esta for suscitada pelo próprio responsável.

Seria razoável, por exemplo, apreciar a constitucionalidade de uma norma que tenha sido intencionalmente descumprida pelo gestor ou responsável por reputá-la inconstitucional. O juízo sobre a constitucionalidade, nesse caso, seria determinante para decidir sobre a regularidade da conduta sob análise.

Parece também ser possível apreciar, no bojo dos processos, a validade de norma quando houver pacífica jurisprudência no STF sobre a matéria, ocasião em que funcionariam os Tribunais como reprodutores do

entendimento, sem que se fale em usurpação de competências.

Por fim, se a apreciação da constitucionalidade se mostra como um poder implícito, decorrente da função institucional de órgãos autônomos de controle, como entende a corrente encabeçada pela Ministra Cármen Lúcia, também seria admissível pensar na possibilidade de afastamento, pelas Cortes de Contas, da aplicação de normas infraconstitucionais que inviabilizassem ou dificultassem o exercício das missões institucionais.

Com efeito, diante de normas que obstaculizem o pleno exercício das competências previstas na Constituição Federal, seria razoável, aos Tribunais de Contas, suscitar o seu afastamento, em defesa de suas prerrogativas institucionais.

Outro ponto que merece destaque na temática da declaração incidental de inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas é o que diz respeito ao rito a ser utilizado. O Código de Processo Civil apresenta procedimento próprio para o incidente de arguição de constitucionalidade.

Quando o juízo sobre a constitucionalidade de uma norma mostra-se determinante para o julgamento do caso concreto, decide-se, de forma incidental e apartada, o mérito sobre a questão constitucional e, somente após esse julgamento, que observa competência e quórum próprios, decide-se a lide.

Tem-se, portanto, que a apreciação da constitucionalidade no caso concreto, cuja peculiar decisão pode vir a permitir o descumprimento de uma norma, de modo excepcional, não deve ser tratada como mera razão de decidir, no bojo dos fundamentos de mérito. Deve-se garantir o devido processo legal para esse questionamento.

De modo semelhante, pode-se inferir que, para que o Tribunal de Contas realize o juízo de constitucionalidade sobre ato normativo, seria conveniente adotar procedimento específico, previsto em lei própria, ou valer-se, de modo subsidiário, do procedimento de incidente de arguição de constitucionalidade previsto no CPC, no que couber.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do texto, foram abordadas as controvérsias percebidas, no âmbito do STF, sobre o tema. Percebeu-se que as posições dos Ministros divergem entre uma ausência de respaldo constitucional para a competência discutida, que implica uma inadequação da Súmula 347 à Constituição, e o entendimento de que se trata de competência implícita ao dever administrativo de controle da legalidade.

Assim, a antiguidade da Súmula 347 e a conseqüente conclusão por sua inadequação à Constituição de 1988 não parecem argumentos sólidos para afastar a discussão sobre a possibilidade do controle, visto que o seu exercício por via difusa e incidental não foi mitigado pela Constituição.

Além disso, também não parece suficiente admitir que a presunção de constitucionalidade das leis tenha o condão de restringir os fóruns de interpretação constitucional. A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição fornece subsídios para se pensar a interpretação constitucional como um processo plural, do qual participem não só os órgãos estatais, de quaisquer dos poderes, como também grupos representantes de toda a sociedade civil.

Com efeito, as raízes do controle difuso, que não foram afastadas com a ampliação do controle concentrado, acabam descentralizando os ambientes de discussão sobre matérias constitucionais, viabilizando e democratizando a interpretação, além de reforçar a própria supremacia da Constituição. Nesse sentido é que parece se inserir a possibilidade de controle de constitucionalidade pelas Cortes de Contas.

No entanto, apesar da Súmula 347 conferir aos Tribunais de Contas um instrumento ímpar para bem desenvolver sua missão constitucional, é importante que o exercício dessa competência se dê de forma responsável, respeitando-se, sobretudo, as peculiaridades institucionais.

No tocante ao controle abstrato ou concentrado, tem-se que a Constituição, expressamente, atribuiu a competência para o seu exercício ao

STF e aos Tribunais de Justiça, quanto às Constituições estaduais. Por essa razão, entendeu-se a impossibilidade de que os Tribunais de Contas apreciem a constitucionalidade de normas em tese, quando das respostas às consultas formuladas por autoridades públicas.

Quanto ao controle incidental, único passível de ser exercido no âmbito das Cortes de Contas, também se ponderou as dificuldades de realizá-lo à semelhança do controle judicial.

A função fiscalizadora dos Tribunais de Contas exige-lhes postura ativa quanto à análise da validade dos atos sob seu controle, em contraponto à inércia judicial. Ademais, os efeitos de suas decisões tendem a impactar a Administração correspondente (federal, estadual ou municipal) de forma geral, transcendendo a lógica do efeito inter partes do controle incidental clássico.

Em vista desses e de outros dilemas práticos da apreciação da constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, como também a ausência de um procedimento próprio para arguição da inconstitucionalidade, é necessário que se construa um arcabouço prático e teórico que forneça balizas capazes de conferir maior segurança e certeza para a aplicação da Súmula 347.

Importa aqui lançar luzes sobre o debate de como esse controle pode ser exercido sem que se escorregue em atecniais ou invasões de competência. Sugere-se como possíveis circunstâncias em que a apreciação da constitucionalidade possa ser exercida sem grandes impactos à ordem institucional, aquelas em que já houver pacífica jurisprudência acerca da matéria; os casos concretos em que a inconstitucionalidade de norma seja alegada como matéria de defesa e as hipóteses em que o afastamento de normas tidas como inconstitucionais ocorra para assegurar prerrogativas e competências do próprio Tribunal de Contas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1984**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Brasília: Câmara dos Deputados, 1984. Disponível em: <https://bit.ly/2MjjiyF>. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888 – . Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de março de 2006. **Procuradoria Geral da República**: Brasília, DF, p. 1-14, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/2Iv4KdU>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 31.439 – . Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de julho de 2012. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Brasília, DF, 2012a. Disponível em: <https://bit.ly/33c29xI>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 35.494 – . Impetrante: Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Alexandre Moraes, 7 de fevereiro de 2018. **Supremo Tribunal Federal**: Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3396ZLX>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.691-7 – . Requerente: Procurador-Geral da Re-



pública. Requerido: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Moreira Alves, 30 de outubro de 1997. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, p. 264-265, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/2p4WXwz>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 4.656 – . Requerente: Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário da Paraíba. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. **Supremo Tribunal Federal**: Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2oXuYiA>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de outubro de 2012. **Supremo Tribunal Federal**: Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <https://bit.ly/2JTDVxU>. Acesso em: 10 ago. 2019.

FAJARDO, C. M. S. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público. **Revista do TCU**, Brasília, DF, n. 111, p. 19-37, 2008.

FERNANDES, J. U. J. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEIRELLES, H. L. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

POLETTI, R. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, R. L. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, 1993.