



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA

ANÁLISE DA SÚMULA 347 DO STF À LUZ DA CF/1988: atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade

Luiz Antônio Santiago Corrêa

Brasília – DF

2022

LUIZ ANTÔNIO SANTIAGO CORRÊA

ANÁLISE DA SÚMULA 347 DO STF À LUZ DA CF/1988: atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa na área de Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientadora: Profa. Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

Brasília – DF

2022

LUIZ ANTÔNIO SANTIAGO CORRÊA

ANÁLISE DA SÚMULA 347 DO STF À LUZ DA CF/1988: atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre do Instituto Brasileiro de ensino, Desenvolvimento e pesquisa na área de Direito Econômico e Desenvolvimento.

Brasília - DF, ___ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Código de catalogação na publicação – CIP

C824a Corrêa, Luiz Antônio Santiago

Análise da Súmula 347 do STF à luz da CF/1988: atuação os tribunais de contas no controle de constitucionalidade / Luiz Antônio Santiago Corrêa. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2022.

112 f.

Dissertação — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

1.Direitos público. 2.Tribunais de contas. 3.Controle externo. 4.Controle de constitucionalidade. 5.Súmula 347 do STF I.Título

CDDir 341.1

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a possibilidade de participação dos Tribunais de Contas, órgãos independentes de estatura constitucional, no controle de constitucionalidade. O problema de pesquisa gira em torno da Súmula 347 do STF, que foi editada em 1963, durante a vigência da Constituição de 1946, a qual, formalmente, jamais foi revogada. Questiona-se, assim, se a referida Súmula teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 e se os Tribunais de Contas teriam ainda alguma participação dentro de um sistema de controle de constitucionalidade. O estudo se restringiu à possibilidade ou não de análise de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas no caso concreto e dos efeitos *inter partes* desta decorrentes, uma vez que, quanto aos efeitos *erga omnes* e vinculantes, já restou consolidada a sua impossibilidade pelo STF. A pesquisa se estruturou de forma eminentemente bibliográfica, por meio da qual foram construídas as premissas teóricas sobre os aspectos técnico-jurídicos da formação do controle externo, do controle de constitucionalidade e das competências dos Tribunais de Contas; foram, ainda, definidas as premissas a partir das quais se deve entender o relacionamento entre o papel do controle externo na interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade, bem com a análise de validade da Súmula 347 do STF à luz da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Direito Público. Tribunais de Contas. Controle Externo. Controle de Constitucionalidade. Súmula 347 do STF.

ABSTRACT

This study's theme is the Participation of the Court of Auditors in Constitutionality Control: The need to review Precedent 347 in light of the Federal Constitution of 1988, and had as its objective the study of the possible participation of the Court of Auditors, independent entities of constitutional stature, in the control of constitutionality. The research problem concerns the aforementioned Precedent, edited in 1963, when the Constitution of 1946 was in force, which was never formally revoked and was received by the Constitution of 1988, and if the Court of Auditors in the present day would have some participation in a system of constitutionality control. The study limits itself to the possibility (or not) of an analysis of constitutionality by the court of Auditors in a specific case with interparty effects, since erga omnes and binding effects are impossible within this forum, as determined in a precedent by the Supreme Court. The research was eminently structured on literature review, through which the theoretical premises were constructed on the legal-technical aspects of the origins of external control, constitutionality control, and jurisdiction for the Court of Auditors; the premises through which the relationship between the role of external control in the interpretation of the constitution and constitutional control, alongside the analysis of the validity of Binding Precedent 347 from the Supreme Court in light of the Constitution of 1988 were also defined through this means.

Keywords: Public Law. Audit Courts. External Control. Constitutionality Control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O CONTROLE EXTERNO E O TRIBUNAL DE CONTAS NO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1	Controle externo e direito administrativo	12
2.1.1	Origem do direito administrativo e o regime da administração pública.....	14
2.1.2	Indisponibilidade do interesse público como justificção do controle externo	16
2.2	Controle externo e Tribunais de Contas	20
2.3	Criação e formação dos Tribunais de Contas no Brasil	22
2.3.1	Natureza jurídica dos Tribunais de Contas e autonomia frente ao Poder Legislativo .	23
2.3.2	Competência dos Tribunais de Contas.....	24
2.3.3	O exercício de competência administrativa não jurisdicional pelos Tribunais de Contas	26
3	CONSTITUIÇÃO E CONTROLE	29
3.1	Supremacia da Constituição	29
3.2	Controle de constitucionalidade	32
3.3	Controle de constitucionalidade difuso	34
3.4	Controle de constitucionalidade concentrado	38
3.5	O Brasil e controle de constitucionalidade	41
3.6	A Constituição Federal de 1988 e os modelos de controle de constitucionalidade ...	45
3.7	A interpretação aberta da Constituição e o controle judicial nas decisões administrativas	48
4	A SUMULA 347 DO STF NO CONTEXTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL ..	52
4.1	A Súmula 347 e a Constituição de 1988.....	55
4.2	Controle de constitucionalidade e não aplicação de lei inconstitucional: análise dos julgados PET 4.656 e MS 26.739	65
4.3	O STF e o momento posterior aos julgamentos dos mandados de segurança 35.510/DF e 35.824/DF	70
5	A "RECEPÇÃO" DA SÚMULA 347 PELA CF/1988	73
5.1	Compatibilidade da Súmula 347 com a Constituição de 1988	75
5.2	Manifestação de inconstitucionalidade de lei no âmbito dos Tribunais de Contas..	80

5.3 Afastamento de leis inconstitucionais pelos Tribunais de Contas: sistematizando a jurisprudência.....	82
5.4 Atuação dos Tribunais de Contas conforme jurisprudência do STF	84
5.5 Aspectos subjetivos e objetivos da coisa julgada: a teoria dos motivos determinantes e a abstrativização da coisa julgada no parâmetro de controle	88
6 CONCLUSÃO	96

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é estudar a possibilidade de participação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988 (CF/88), tendo como parâmetro de análise a Súmula 347 do STF, a qual, em sua redação, diz que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público” (BRASIL, 1963).

Pode-se dizer que, classicamente, o direito administrativo possui quatro objetos: poder de polícia; fomento; serviço público e intervenção no domínio econômico. Contudo, a dinâmica atual da sociedade e o papel do poder público no Estado liberal fizeram com que um novo objeto fosse inserido dentro deste ramo do direito: a regulação. Assim, é através da atividade regulatória que o direito público ganha novos contornos, e o controle externo ganha maior relevância dentro do Direito Público.

Um dos órgãos mais afetos ao controle externo no âmbito constitucional brasileiro é o Tribunal de Contas, que, dentro do seu desenho normativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988, tem como objetivo promover a eficiência da gestão pública através de diversas competências legadas.

Como garantia dessas competências, as Cortes de Contas detêm poder de sanção, podendo aplicar multas, advertências, imposição de ressarcimento, entre outras penalidades. As sanções aplicadas podem, inclusive, transcender o controle externo, podendo levar à perda da função pública e à suspensão de direitos políticos. Além disso, os Tribunais de Contas sindicabilizam as contratações públicas, fazendo o controle externo das admissões de servidores públicos, sejam com vínculo efetivo, sejam com vínculo transitório, participando também do ato complexo de registro das aposentações do Regime Próprio de Previdência Social.

Diante do exercício dessas competências, não é incomum um Tribunal de Contas se deparar, em seus processos de contas, com condutas que serão julgadas em concreto tendo como parâmetro eventual lei com conteúdo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle difuso ou concentrado, ou mesmo em Recursos Extraordinários (RE) em que se estabelecem determinadas condutas que seriam vedadas à administração. Exemplo disso é a admissão de servidores efetivos sem o devido processo de concurso público, prática que ainda ocorre na Administração Pública Estadual e, sobretudo, Municipal. Em muitos casos, tais admissões são feitas por meio de leis que absorvem ou transpõem servidores públicos, em afronta a pacífico entendimento do STF quanto ao assunto.

A situação também pode ser observada em sede de tomada de contas de responsável por ordenação de despesa que não cumpriu determinado requisito legal oriundo de lei cujo conteúdo já tenha sido delimitado pela jurisprudência do STF, por exemplo.

Diante disso, a questão que se impõe quanto ao tema é: qual seria o papel dos Tribunais de Contas ao realizar o controle externo do registro de admissão ou de aposentação desses servidores? Se há lei que estabeleceu a admissão e esta lei não foi impugnada pelos legitimados constitucionais no exercício de controle de constitucionalidade, o Tribunal de Contas poderia atuar sem enfrentar a questão constitucional?

Questiona-se, ainda, se, ao tomar posição por eventual inconstitucionalidade de lei, o Tribunal de Contas estaria usurpando a jurisdição dos órgãos competentes do Poder Judiciário para tanto ou estaria tão-somente atuando dentro de suas competências administrativas constitucionalmente delimitadas.

Tendo a breve explanação acima como norte, a pergunta de pesquisa da presente dissertação de mestrado é: pode o Tribunais de Contas apreciar a constitucionalidade de leis para exercer sua competência administrativa? Em sendo afirmativa a resposta, cabe ainda questionar se a Súmula 347 do STF se encontra superada diante da ordem constitucional de 1988. Caso negativa a resposta, cabe ainda perquirir em que termos e condições a referida Súmula deve ser interpretada.

Para responder essas perguntas e desenvolver o presente trabalho, foi necessário estabelecer um ponto de partida com fundamento sobretudo no direito constitucional e no direito administrativo. Imprescindível, ainda, dar enfoque à teoria geral do Estado, na formação do Estado federado e na organização funcional. Para tanto, foram tratados aspectos técnicos e jurídicos do controle de constitucionalidade e da competência administrativa e formação dos Tribunais de Contas, bem como as posições do STF quanto ao tema.

O propósito da pesquisa é contribuir para o desenvolvimento dos estudos de controle externo e atuação dos Tribunais de Contas dentro de suas competências constitucionais diante de casos concretos. Isto é, busca-se demonstrar se há a possibilidade de atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade sem que se invada a competência do Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis. Por consequência, objetiva-se verificar se a Súmula 347 do STF está superada ou se ainda é compatível com o ordenamento jurídico vigente estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Isso porque, dentro da estrutura do pacto federativo, ficou a cargo dos Tribunais de Contas auxiliar o Poder Legislativo no controle externo, exercendo competências próprias de forma independente que entram em confronto em casos concretos, cujo objeto, inevitavelmente,

engloba aspectos que adentram no âmbito do controle de constitucionalidade de leis. Dessa forma, para atuar dentro da competência administrativa, seja no processo de contas, seja no controle de admissão ou aposentação de servidores, o paradigma de admissibilidade e de controle é uma norma.

Estudar esse tema é de suma importância para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do controle externo e de um processo legislativo mais eficiente, em maior harmonia com as decisões judiciais pacíficas do Supremo Tribunal Federal, considerando, ainda, a prerrogativa dos Tribunais de Contas de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Poder Público, conforme Art. 71 da CF/88.

Nesse contexto, os Tribunais de Contas possuem competência administrativa para julgar as contas dos responsáveis por ordenação de despesa e administração do erário; realizar o controle externo da admissão de pessoal e realizar registro de aposentadorias, entre outras inúmeras competências administrativas de fiscalização para exercício do controle externo.

Diante disso, não é incomum que uma Corte de Contas se depare com obrigações impostas aos responsáveis com base em normas com conteúdo eventualmente inconstitucional. No entanto, por não exercer jurisdição, mas tão-somente competência administrativa, não poderia, em tese, um Tribunal de Contas declarar inconstitucionalidade de uma lei.

Nesse sentido, por não exercer jurisdição, a Súmula 347 do STF, editada em 1963, teria sido superada pelo sistema institucional estabelecido pela Constituição de 1988? A polêmica existe e há diversos doutrinadores que advogam pela superação da referida Súmula, ainda que, formalmente, ela não tenha sido revogada.

Recentemente, os Ministros da Suprema Corte Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, aparentemente, teriam se manifestado pela superação da Súmula. No julgamento do MS 35410/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 12/04/2021, ficou estabelecida a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União (TCU) (BRASIL, 2021a).

Argumentam nesse sentido que, por não exercer jurisdição, eventual controle de constitucionalidade usurparia o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade. Esse mesmo raciocínio se aplicaria para outros órgãos administrativos, como o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as Agências Reguladoras, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF): todos também estariam impedidos de realizar controle de constitucionalidade.

No entanto, no mesmo julgamento, os Ministros Luís Roberto Barroso (acompanhou com ressalvas o Relator) e Luiz Edson Fachin (divergiu do Relator) discordaram do fundamento que impediria o TCU de declarar a inconstitucionalidade de lei em todo e qualquer julgamento. Para os Ministros, toda autoridade administrativa de nível superior poderia incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto (BRASIL, 2021a).

Assim, vê-se que dentro do STF há divergência quanto ao entendimento insculpido na Súmula 347, sendo certo que, formalmente, ela não foi cancelada, tampouco pode se dizer que foi superada, já que o julgado não enfrentou diretamente o tema quanto à possibilidade de exercício dos Tribunais de Contas diante de um caso concreto e seus efeitos *inter partes*.

Desta forma, no presente trabalho, analisamos de forma teórica e dogmática, com base na doutrina jurídica e na análise de julgados, se a referida Súmula ainda mantém sua higidez e, por conseguinte, se seria possível eventual análise de inconstitucionalidade de lei pelos Tribunais de Contas no caso concreto.

Dentro desse contexto, a pesquisa se subdivide em dois pontos: primeiramente, aborda-se a possibilidade de análise de constitucionalidade de lei cujo tema é contrário a jurisprudência pacífica do STF; em seguida, analisa-se a possibilidade de exame de constitucionalidade de lei de temas ainda não apreciados pelo STF.

Vale ressaltar, porém, que a pesquisa se restringiu à possibilidade ou não de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas no caso concreto e com efeitos *inter partes*, uma vez que, quanto aos efeitos *erga omnes* e vinculantes, já restou consolidada no STF (MS 35410/DF¹) a impossibilidade de os Tribunais de Contas assim procederem.

¹CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004 (BRASIL, 2021a).

2 O CONTROLE EXTERNO E O TRIBUNAL DE CONTAS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Controle externo e direito administrativo

O controle externo é aquele exercido de forma exógena a determinado órgão ou instituição, normalmente por ente independente que pode tomar decisões contra o outro que está cometendo alguma falta que pode ser sindicabilizada pelo órgão controlador ou que, por autorização de alguma norma, pode sofrer uma ingerência externa em seu funcionamento.

Pode-se dizer que há controle externo no sistema de *checks and balances*, no qual os Poderes se autorregulam, exercendo determinadas ingerências nos demais autorizadas por normas vigentes, normalmente constitucionais. Outrossim, é possível afirmar que o controle de legalidade exercido pelo Judiciário em face da Administração Pública, assim como o exercido pelo Ministério Público, também é um exemplo de controle externo.

Contudo, no presente capítulo, atentaremos para o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas em face da gestão pública na execução financeiro-orçamentário e gestão dos bens públicos, isto é, o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração Pública.

A origem do termo controle no sentido aqui tratado remonta ao século XIV, evoluindo no decorrer do tempo para um sentido mais moderno, vinculado à fiscalização das autoridades. A partir de então, pode-se dizer que ele passa a ter um sentido axiológico mais próximo da atualidade², consolidando-se a partir do século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa.

Já teorizava Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, de 1718, que, em razão da natureza humana, na qual o homem que tem o poder tende a abusar dele, o ideal seria um sistema em que um “poder freie o outro poder” (MONTESQUIEU *apud* SCAFF, 2018, p. 13). Por sua vez, James Madison, em 1788, escreveu nos Artigos Federalistas sobre a necessidade de se limitar o poder para garantir as liberdades e o próprio ideal de Estado Democrático, tendo em vista sua descrença com a natureza humana, o que demandaria um exercício de controle para contê-la:

² De início, vale analisar o termo, para melhor compreensão da sua utilização e alcance. Controle, no sentido empregado neste estudo, é a palavra originária do francês controle, anotada, segundo pesquisadores, desde 1367, como também do latim medieval *contrarotulus*, significando, àquela época, “contralista”, isto é, segundo exemplar do catálogo dos contribuintes, com base no qual se verificava a operação do cobrador de tributos, designando um segundo registro, organizado para verificar o primeiro. O termo evoluiu, a partir de 1611, para a acepção mais próxima da atual, aproximando-se de domínio, governo, fiscalização, verificação (GUERRA, 2005, p. 17).

Mas o que é o governo em si próprio senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo; mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 326).

Já na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 15, estabeleceu o controle com a ideia da prestação de contas à sociedade por parte do gestor: “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração” (A DECLARAÇÃO..., 2017).

É também na França deste período, pouco tempo depois, que, com algum consenso, a doutrina administrativista diz ter surgido o direito administrativo, como arremata Zanobini (1947, p. 33): “O ato de nascimento do direito administrativo é geralmente encontrado na lei de 28 do pluviose do ano VIII (1800) que, pela primeira vez, deu à administração pública uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória”.

Assim, pode-se ver um entrelaçamento entre controle externo e direito administrativo, tendo em vista que ambos necessitam de um Estado minimamente organizado em que seus agentes possam ser responsabilizados, como leciona Pascoal (2006, p. 120):

A necessidade de um órgão de controle dos atos de índole administrativo-financeira surge com o próprio desenvolvimento do Estado, sobretudo no Estado em que os bens administrados pertencem à coletividade, ao povo, como é o caso do Estado Republicano. O princípio do controle é, pois, corolário do princípio republicano.

Neste sentido, pode-se dizer que a noção moderna de controle externo tem seu início contemporaneamente ao próprio nascimento do Estado Moderno e do direito administrativo, já que perpassa pela noção de responsabilidade da autoridade administrativa no exercício da atuação de função pública, advinda com o fim do Estado Absoluto.

Nessa linha de pensamento, nascem os postulados teóricos que fundamentam o regime jurídico de Direito Público, notadamente baseados em dois grandes princípios basilares: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Não se descuida aqui das recentes críticas que parte da doutrina contemporânea vem tecendo acerca do princípio da supremacia do direito público sobre o privado, questionando até mesmo se seria este um princípio. No entanto, é certo que, nos primados da Formação do Estado moderno, é inquestionável sua utilização como pilar do regime jurídico de Direito Público, o

que é reconhecido por grande parte dos doutrinadores contemporâneos, como leciona Mello (2016, p. 70):

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. Pelo menos entre nós, o mais amplo e aprofundado estudo sobre o histórico e o alcance de tal supremacia deve-se ao jovem e alumiado professor paranaense Daniel Wunder Rachem em primorosa monografia na qual discute as supostas deficiências do conceito.

Enquanto o primeiro princípio dá à Administração Pública o poder extroverso, de império, é o segundo que informa que este interesse não é da Administração Pública em si, mas de todos, não podendo o gestor dispor deles, já que é um interesse alheio àquela que seria então sua gestora. Teoricamente, é na indisponibilidade do interesse público que repousa o dever de prestar contas, chancelando o controle na administração pública.

2.1.1 Origem do direito administrativo e o regime da administração pública

As revoluções liberais do século XVIII tinham como combustível a insatisfação da população com o Antigo Regime (absolutista), no qual o monarca confundia-se com Deus, Estado e Norma, utilizando seu poder supremo para achacar a classe burguesa. Os arroubos e devaneios da nobreza, bem como a cumplicidade do Clero, em grossas linhas, foram o estopim da insatisfação generalizada no Antigo Regime, que encontrou na burguesia uma fonte de financiamento para combater o absolutismo.

A partir de então, têm origem as revoluções liberais, as quais, muito embora não tenham acontecido uniformemente e tenham se iniciado fora da Europa, com a Revolução Americana de 1776, chegaram rapidamente ao Velho Continente, se espalhando pela sua porção ocidental.

Dentre as revoluções ocorridas na Europa, destacamos a mais emblemática e importante para o pensamento jurídico: a Revolução Francesa de 1789. Na França do século XVIII, tida como berço do direito administrativo pela doutrina majoritária, havia uma acentuada divisão de classes (estamentos) a qual Emmanuel Joseph Sieyès, em sua obra “O Que é o Terceiro Estado?”, publicada em 1789, classifica em: Primeiro Estado, correspondente ao Clero (Igreja); o Segundo Estado, destinado à nobreza; e o Terceiro, correspondente à burguesia. Podemos, ainda, dividir a nobreza em alta (os mais ricos), média e baixa nobreza (composta por artesões, pequenos comerciantes etc. (SIEYÈS, 1997).

O Terceiro Estado arcava com o custo do Clero e da nobreza, já que estes últimos eram isentos de impostos, enquanto toda a carga tributária era arrecada dos cofres da burguesia. Tal situação levou ao ambiente propício para deflagração de revoltas e movimentos que culminaram com a Revolução Francesa de 1789, a qual, naquele momento, carregava em seus pensamentos os ideais iluministas vividos fortemente pelos intelectuais europeus daquela época.

Essa ruptura com o modelo absolutista de Estado, partindo para a formação do Estado Moderno, tem forte impacto no mundo daquela época, não só no campo jurídico, mas também nos campos político e social, como leciona Hobsbawm, citado por Cândido Rodrigues (2010, p. 344):

A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. [...] A Revolução Francesa pode não ter sido um fenômeno isolado, mas foi muito mais fundamental do que os outros fenômenos contemporâneos e suas consequências foram portanto mais profundas.

Nesse contexto, é de se pensar que o Estado Francês, então, formar-se-ia dentro dos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, pensamentos iluministas que marcaram a Revolução, e que isso também “iluminaria” o nascimento do direito administrativo. Contudo, a transição não foi pacífica, já que aqueles que perderam o poder tentavam reconquistá-los de seus novos detentores.

A reação aos princípios e efeitos da Revolução Francesa foi violentíssima em várias regiões da Europa [...]. Com a República Jacobina do Ano II, há um acirramento da resistência por parte do rei, da nobreza francesa e da emigração aristocrática e eclesiástica, defendendo a ideia de que somente uma força de reconquista da França, vinda do exterior, poderia “restaurar o velho regime”. Hobsbawm descreve essa movimentação como expressão tanto dos cerca de 300 mil franceses emigrados entre 1789 e 1795 como do impacto causado pela Revolução na Europa (RODRIGUES, 2010, p. 344).

Nessa esteira, ganha destaque na luta contra as forças contrarrevolucionárias o General Napoleão Bonaparte, que, em poucos anos, após um golpe que o tornou cônsul (1799), coroou-se Imperador no ano de 1804.

Veja-se que a lei 28 de Pluviose foi promulgada no ano de 1800, dentro desse contexto de conflitos e lutas pelo poder. Dessa forma, pode-se concluir que o romantismo que se dá no berço revolucionário em que se desenvolve o direito administrativo não é tão libertário e igualitário como o pregado. Nesse contexto, Moreira Neto (2000) adverte que os conceitos que mantiveram a autoridade do regime, agora no contexto do direito administrativo, ganharam

importância à medida que se tornou praticamente unânime na dogmática central da disciplina de que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, sendo, assim, externo e contraposto ao cidadão.

É essa conjuntura de luta pelo poder, parafraseada de luta por liberdade, em que se pretendia alcançar uma sociedade utópica, que desaguou na distopia autoritária em que nasce o direito administrativo e as bases e princípios que o sustentam como a supremacia do interesse público. Nesse contexto, para a doutrina clássica, tal princípio é um dos pilares do regime jurídico do direito administrativo e permite ao Estado gozar de atributos e prerrogativas que lhe permitem uma atuação extroversa e imperativa. Não obstante, essa atuação é, também, sujeita ao imposto pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, outro fundamento da estrutura clássica do regime jurídico de direito público que rege a Administração Pública, vinculada a esse binômio de prerrogativas e sujeições.

No entanto, apesar da transição traumática e autoritária, muito se avançou em relação ao regime anterior. Dessa forma, por mais que tenha havido uma inspiração autoritária na formulação das bases teóricas, é aqui que nasce a possibilidade de controle do gestor público como vemos hoje em dia, sobretudo por meio da ideia da indisponibilidade da Administração Pública.

2.1.2 Indisponibilidade do interesse público como justificação do controle externo

A ruptura do Estado Absoluto, baseada na figura teocrática de um rei que nunca errava (*the king can do no wrong*), para um Estado Democrático de Direito trouxe consigo a necessidade de se instituírem mecanismos de responsabilização para aqueles que agora não mais seriam representantes divinos na terra.

Passado esse período, agora o Estado não somente é o responsável por estruturar e instituir os comandos normativos que alicerçam o Direito, mas também a ele se submete, de sorte que todo aquele responsável por bens e recursos públicos deve estar submetido a mecanismos de controle estatal que permitam responsabilizá-lo pela malversação de bens e recursos públicos.

Daí a instituição de vários tipos de controle. Basicamente, pode-se dizer que a Administração Pública, no Brasil de hoje, sujeita-se ao controle externo, exercido pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último com auxílio do Tribunal de Contas, quando se trata de fiscalização financeira, contábil e orçamentária; e ao controle interno, exercido pela própria Administração Pública. Além disso, no sistema atual, atribui-se ao Ministério Público importantíssima função de controle da Administração Pública, não só pela sua competência para atuação na esfera criminal, mas também pela atribuição de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros

interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal), isto sem falar no seu relevante papel de controle da improbidade administrativa (DI PIETRO, 2013, p. 2).

A partir do momento em que o Estado deixa de ser pessoalizado na figura de um representante que detém o poder de forma patrimonial, os administradores públicos não mais ostentam a condição de irresponsabilidade, não mais sendo “donos” da coisa pública e sim gestores de coisa alheia. É nesse sentido que Mello (2016, p. 76) afirma que a indisponibilidade do interesse público se revela no caso de interesses qualificados como próprios da coletividade, os quais não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por serem inapropriáveis, de modo que o próprio órgão administrativo que os representa não tem a disponibilidade sobre esses bens, incumbindo-se tão-somente de suas curadorias na estrita conformidade da lei.

Dessa forma, é, antes de qualquer coisa, um pressuposto lógico de que aquele que gere coisa alheia responda pela gestão, já que não pode dela dispor a seu bel prazer. Assim, como já dito anteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 normatiza em seu texto a possibilidade de se exigir a prestação de contas da gestão desses administradores. Nesse princípio se alicerçam as sujeições da Administração Pública, já que esta não deve ser um instrumento inócuo ou um fim em si mesma, tampouco um meio de enriquecimento pessoal. Ao invés, a Administração Pública tem a função de dar concretização ao Estado Democrático de Direito, impactando positivamente os administrados.

Na nova dogmática do direito administrativo (Neue Verwaltungsrechtswissenschaft) – que granjeia, hoje, grande notoriedade na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus – sustenta-se a necessidade de passagem de uma “perspetiva de controlo jurisdicional para uma perspetiva centrada na própria ação administrativa”. Considerando a autonomia da função administrativa no quadro das várias funções do Estado, a categoria determinante passou, hoje, a consistir na “responsabilidade” (Verantwortung) da Administração Pública pelas escolhas que ela faz e pelos resultados que ela alcança – cfr. E. Schmidt-Assmann, “Principes de base d’une réforme du droit administratif”, *Revue française de droit administratif*, Mai-Juin, 2008, p. 443. A boa administração deixa de ser apenas e somente aquela que cumpre a lei (a legalidade formal) – “administração burocrática” – para passar a ser a Administração que produz resultados positivos e com impacto na coletividade – “administração de resultados” (CORREIA, 2016).

Esse processo se evidencia ainda mais na evolução dos Estados republicanos, que saem de um modelo liberal para um modelo cada vez mais pautado no *Welfare State* no qual há uma gama cada vez maior de necessidades e utilidades públicas a serem satisfeitas para a promoção do ser humano e da sua dignidade.

Segundo essa visão, os recursos orçamentários obtidos pelo Estado, seja por meio de tributação ou por meio da exploração do próprio patrimônio, são escassos; porém, as

necessidades humanas a serem satisfeitas com esses recursos são ilimitadas. Para suprir esta demanda e financiar políticas públicas e o seu próprio funcionamento burocrático, o Estado depende de sua atividade financeira, isto é, ele precisa arrecadar, gerir e aplicar recursos voltados à consecução dos fins constitucionais.

Com efeito, a existência de grandes desigualdades regionais exerce pressão negativa em relação ao aspecto civilizatório e ao desenvolvimento de um país, podendo levar ao colapso do pacto federativo e à erosão dos direitos fundamentais. No entanto, a crença no mercado como elemento suficiente para induzir um processo de convergência da renda nacional ou de desenvolvimento nacional, sem levar em conta o papel do orçamento público no desenvolvimento, fomento econômico e distribuição de renda, não parece se sustentar, até porque o desenvolvimento econômico tem se mostrado cada vez mais dependente dos gastos públicos, principalmente em momentos de crise, tais como os programas de subvenção e socorros econômicos, como vimos na União Europeia, EUA e Brasil na recente crise sanitária (e econômica) provocada pela pandemia do vírus Sars-Cov-2 (FERRAZ, 2021; MARANHÃO; SENHORAS, 2020).

Por essa razão, a conduta estatal deve ser voltada ao emprego dos recursos de modo eficiente a fim de que se possa garantir a satisfação do maior número possível de necessidades prementes. Dessa forma, o planejamento da ação do Estado mediante a racionalização no uso dos recursos é uma necessidade, restando evidente a relação entre o orçamento público, as políticas públicas e os programas constitucionais voltados à garantia de direitos e à função social aplicada ao orçamento público.³

Todo o aparato estatal voltado para a existência de uma República que defende direitos necessita de recursos para satisfazê-los. Nas lições de Dworkin, citado por Holmes e Sunstein (2000, loc. 1412), os direitos são “trunfos” que, em contexto judicial, poderiam ser postos na mesa contra as autoridades governamentais.

Em um rol ainda mais especial de direitos podemos alocar os direitos fundamentais. De forma simplista, podemos dizer que os direitos fundamentais, aqueles mais caros ao homem, são os direitos humanos que o Estado de Direito buscou salvaguardar com maior grau de zelo em sua Carta Maior.

³ “O orçamento é uma espécie de síntese do direito financeiro, pois reúne diversos dos principais aspectos dessa disciplina jurídica, como arrecadação (receita pública), o gasto (despesa pública) e o crédito (dívida pública) Neste tópico o enfoque será na análise de aplicação do princípio republicano ao orçamento, aqui denominado de orçamento republicano, considerado como o instrumento jusfinanceiro estruturado de modo a permitir que o governo aja em prol do bem comum, aplicando à coisa pública uma função social, em busca dos direitos fundamentais, com respeito à lei” (SCAFF, 2018, p. 267).

Deste modo, se todo direito tem um custo, a preocupação do Estado com a alocação de recursos para a defesa e a implantação de políticas públicas em prol da efetividade dos direitos fundamentais deve ser ainda mais priorizada — tudo isso com o norte dos princípios fundamentais constitucionais que refletem o programa constitucional republicano. Nesse sentido, destacam-se os princípios guias da República, insculpidos no texto da norma do art. 3º e incisos da CF/88, que nas lições de Scaff (2018, p. 214) são assim definidos:

O artigo, lido em seu conjunto, indica um objetivo único de desenvolvimento socioeconômico equilibrado, a ser realizado de forma incluída das pessoas e regiões do país que estejam em níveis menos avançados de desenvolvimento, sem discriminação.

Contudo, por mais que os direitos sejam exigíveis em face do Estado (e nas relações entre particulares) e este não possa simplesmente ignorá-los, devendo respeitar o programa constitucional, no mundo dos fatos, “lamentavelmente, a escassez de recursos é uma razão legítima para que um direito não seja protegido” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, loc. 1534).

Neste sentido, bem lembra Sarlet e Figueiredo (2007) que, passadas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, o problema sobre a eficácia dos direitos fundamentais ainda é questão da ordem do dia, o que pressiona cada vez mais o Estado (através do Judiciário) para que se posicione quanto à alocação de recursos públicos no controle de ações da Administração Pública na esfera dos direitos fundamentais, na garantia dos direitos e na salvaguarda de sua aplicação entre particulares.⁴

A situação, portanto, leva a diversos problemas, entre os quais podemos destacar a questão do déficit de legitimidade do Poder Judiciário para interferir na alocação de recursos, modificando a aplicação da lei orçamentária; a escassez dos recursos e a “reserva do possível”; o mínimo existencial a ser garantido dentro da esfera dos direitos fundamentais; a desigualdade regional e o desenho federativo dentro de uma sociedade multicultural, entre outros.

Portanto, assegurar os recursos necessários para a consecução dos direitos e para o funcionamento do Estado é tarefa árdua. Desta forma, justifica-se a existência de meios e instrumentos de controle externo do gestor público, que tem o dever de administrar a coisa pública de forma a concretizar os direitos fundamentais e garantir que a utilização da coisa pública seja voltada para o desenvolvimento do ser humano.

⁴ Passadas já quase duas décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que o debate em torno dos direitos fundamentais e da eficácia social (efetividade) que estes alcançam no cotidiano das pessoas não perdeu em atualidade, mas, pelo contrário, lamentavelmente (considerando justamente o problema da falta de efetividade) segue ocupando dos grandes desafios para o Estado e a sociedade (BARCELLOS, 2008, p. 13).

2.2 Controle externo e Tribunais de Contas

Controlar é um complexo de atividades que podem ser resumir em fiscalizar, corrigir e punir, incidindo sobre um sujeito que pratica determinado ato e tendo um parâmetro de análise.⁵ Lucas Rocha Furtado (2016) define objetivamente o conceito de controle externo como o realizado por poder ou unidade administrativa distinto daquele de onde o ato ou atividade foram emanados. Assim, se o Poder Legislativo ou Judiciário são chamados a atuar no Poder Executivo, estar-se-ia diante do exercício de controle externo.

Desta forma, dentro de toda complexidade de um Estado Republicano estruturado que respeita o direito posto, vários são os tipos de controle que podem incidir. No entanto, é necessário que este controle seja exercido por uma instituição minimamente independente e capaz de exercer a função, caso contrário resumir-se-ia a mera formalidade. Nesse sentido, Valdecir Pascoal (2006) afirma que, não obstante a estrutura de cada Poder e órgãos públicos, é necessário que exista uma instituição autônoma e independente com o objetivo de fiscalizar a atividade financeira do Estado, isto é, como os recursos da coletividade são aplicados.

No Brasil, quanto ao controle externo financeiro-orçamentário, essa instituição independente é corporificada na figura dos Tribunais de Contas, seja da União, pelo Tribunal de Contas da União (TCU) seja pelos seus congêneres estaduais (Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais de Contas dos Municípios) e, excepcionalmente, municipais (Tribunal de Contas dos Municípios).

Assim, pode-se dizer que o controle externo evolui com a própria Administração Pública, que, de início, exercia uma análise muito mais formalística, dentro de um sistema burocrático pautado no orçamento tradicional, mero instrumento contábil, onde não se verificava a eficiência do gasto público, mas tão-somente os registros de entrada e saída de acordo com as receitas previstas e despesas autorizadas. Contudo, a partir da Administração Pública gerencial, passa a ser necessária uma análise de eficiência no controle da gestão pública.

No entanto, ainda que os estados modernos e, em seu turno, o Direito Administrativo tenham como objetivo a superação da perspectiva pessoal absolutista anterior, muitos dos valores das sociedades do antigo regime permaneceram a ele arraigados.⁶ Dessa forma, a

⁵ É a fiscalização, a inspeção, exame, acompanhamento, verificação, exercida sobre determinado alvo, de acordo com certos aspectos, visando averiguar o cumprimento do que já foi predeterminado ou evidenciar eventuais desvios com fins de correção, decidindo acerca da regularidade ou irregularidade do ato praticado. (GUERRA, 2005, p. 90).

⁶ “A crise do modelo burocrático de administração pública, que foi introduzido no país nos anos 30, no governo Vargas, começou ainda no regime militar, devido a sua incapacidade de extirpar as práticas patrimonialistas ou

passagem de uma Administração Pública patrimonialista para uma Administração Pública burocrática não é total, muito embora já represente uma mudança de paradigma.

A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração, o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. Esse tipo de administração revelar-se-á incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares, que surgem no século XIX. É essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; a democracia só pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo que o controla. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal (PEREIRA, 1996, p. 10).

Por sua vez, as mudanças constitucionais e o caminhar das nações para um Estado Democrático de Direito, abraçando o *Welfare State* em detrimento do Estado Liberal e buscando cada vez mais proporcionar impactos positivos à coletividade, também forçam a Administração Pública a evoluir, passando da fase burocrática à gerencial, em busca de desenvolver seus esforços voltados à efetividade de sua atuação.

Atualmente, o controle é mais que a análise de receitas e despesas, entradas e saídas, cabendo ao controlador a análise de eficiência e o cumprimento dos programas constitucionais que devem ser garantidos com o orçamento público.

No início, o controle exercido pelos Tribunais de Contas era meramente formalístico, enfatizando apenas aspectos atinentes à legalidade (sentido estrito) dos atos públicos. O sistema de Controladorias, por sua vez, enfatizava, a partir de sofisticadas técnicas de auditoria (*test audit*), aspectos atinentes ao mérito dos atos administrativos: economicidade e resultados de gestão. [...] Não obstante, o sistema de Tribunais de Contas evoluiu. Roque Citadini assinala que no sistema de Tribunais de Contas, cuja origem é marcada pelo controle da legalidade, esses novos conceitos de controle, que têm como base as auditorias, trouxeram grandes mudanças em suas formas de atuação. Hoje é praticamente inconcebível uma fiscalização do ato administrativo ater-se apenas ao julgamento de legalidade. Procura-se agora incorporar as novas técnicas de auditoria que permitam a apreciação das contratações e execuções de obras e serviços de modo mais abrangente, superando mera análise formal (CITADINI *apud* PASCOAL, 1995, p. 120).

O exercício do controle externo no Brasil é feito pelo Poder Legislativo, através do Congresso Nacional, com o auxílio dos Tribunais de Contas, órgãos de tradição, sobretudo, em países de origem latina (europeus e americanos) que se apresentam através de uma estrutura colegiada com membros indicados pelo parlamento, com mandato limitado e prerrogativas de magistratura (PASCOAL, 2006, p. 118).

clientelistas da administração. O regime militar foi capaz de criar agências burocráticas insuladas, mas elas coexistiram com o clientelismo e o corporativismo” (NUNES, 1984, p. 184)

No Brasil, sua formação se encontra normatizada na Constituição Federal (art. 71), segundo a qual seus membros não possuem mandato limitado, tendo as mesmas garantias e prerrogativas da magistratura nacional, bem como seus impedimentos.

2.3 Criação e formação dos Tribunais de Contas no Brasil

A influência iluminista somente chega ao Brasil tardiamente e de forma progressiva. Pode-se dizer que tem início com o Dia do Fico em 1824 e se concretiza com a Proclamação da República em 1890.

Durante esse período de transição, as ideias de responsabilização, ainda que embrionárias e tentando manter alijadas as figuras de poder, começaram a ser conjecturadas. Assim, ainda no Império, já se vislumbrava a ideia de instalação de um Tribunal de Contas, como bem lembra Maranhão (1993, p. 256–257):

Em 1826, no Senado do Império, o Visconde de Barbacena e José Inácio Borges apresentavam projeto a esse respeito, o qual foi combatido por Manoel Jacinto Nogueira da Gama, Conde e logo depois Marquês de Baependi. Alguns anos depois, em 1845, Manuel Alves Branco, então Ministro da Fazenda, de "grande competência e prestígio", propôs a organização de um Tribunal de Contas que, "sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem de prestar".

Nesse contexto, a par de vários modelos existentes de estruturação de controle externo, no Brasil destaca-se o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

No entanto, ainda que se tenha tentado criar os Tribunais de Contas no período imperial, estes só apareceram pela primeira vez após o Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que instituiu o Tribunal de Contas da União (TCU), da lavra do Marechal Deodoro da Fonseca, que viria a ser presidente do Brasil em 1891 após a Proclamação da República (BOGONI, 2008).

No entanto, o TCU somente foi instalado em 1893, sobre a presidência de Floriano Peixoto, graças aos esforços do Ministro da Fazenda, Inocêncio Serzedelo Corrêa (ARAÚJO; SOARES, 2016). De lá para cá, o modelo foi ampliado e atualmente não somente há o TCU como também os seus congêneres nos Estados, com os Tribunal de Contas dos Estados, e com a possibilidade de criação de Tribunal de Contas dos Municípios (atualmente proibida pela Constituição Federal, em seu art. 31, § 4º), sem mencionar, ainda, os Tribunais de Contas dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, advindos do modelo constitucional anterior..

2.3.1 Natureza jurídica dos Tribunais de Contas e autonomia frente ao Poder Legislativo

Muito se fala a respeito da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, questionando-se se seriam órgãos autônomos ou subalternos. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 70, assim estabeleceu:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (BRASIL, 1988).

Dentro dessa estrutura de fiscalização, a Constituição outorgou as competências aos Tribunais de Contas por meio da norma do artigo 71 — “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 1988) — e seus incisos, que descrevem diversas competências.

No entanto, a utilização do termo “auxiliar” empregado no texto constitucional foi responsável pelos questionamentos a respeito da independência dessas instituições. Atualmente, pode-se dizer que se trata de divergência superada, tendo em vista que a própria Constituição dá aos Tribunais de Contas orçamento próprio e iniciativa no processo legislativo de matérias afetas à sua estrutura administrativa. Nesse sentido, Ayres Britto (2005, p. 3) assevera:

Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

Sendo assim, dentro dessa perspectiva doutrinária, corroborada por inúmeros julgados do STF, pode-se afirmar que os Tribunais de Contas, seja o TCU ou seus congêneres estaduais, são órgãos de cúpula e de hierarquia constitucional do sistema, sendo independentes em relação ao Poder Legislativo e atuando ao seu lado dentro de competências pré-determinadas pela Constituição Federal, sem sujeição de hierarquia.

2.3.2 Competência dos Tribunais de Contas

Como já mencionado, a previsão e instalação dos Tribunais de Contas no Brasil aparecem desde a primeira Constituição republicana (1891), com a previsão do Tribunal de Contas da União até a nossa atual Constituição (1988). De lá para cá, a importância e competências legadas a estas instituições ganharam maior relevo e envergadura.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 70, informa que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional; já em seu artigo 71, aciona o Tribunal de Contas da União para auxiliar o Legislativo no exercício do controle externo mediante competências exclusivas (BRASIL, 1988).

Essas competências, inicialmente legadas ao TCU, também são extensíveis aos demais Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, onde houver. Importante esclarecer que as competências não esgotam no art. 71 da CF/1988, mas podem ser encontradas também em outros dispositivos constitucionais, como no artigo 74, § 1º, no artigo 161, parágrafo único, entre outros.

No entanto, é do artigo 70 e de seus incisos que extraímos as principais competências que caracterizam o controle externo exercido por meio destas instituições, a quem compete as tarefas de fiscalizar, julgar, sancionar consultiva, informar, corrigir, função normativa e função de ouvidoria (BRASIL, 1988).

Das funções acima elencadas, para o presente trabalho, destaca-se a função julgadora ou judicante. Isto porque os Tribunais de Contas, órgãos colegiados, têm a competência para julgar as contas de gestores responsáveis pela aplicação de bens ou recursos públicos, sejam eles agentes públicos da Administração Pública Direta ou Indireta, sejam sujeitos privados autorizados a utilizar recursos públicos por meio de instrumentos contratuais como o convênio, por exemplo.

Neste sentido, os responsáveis ou aqueles que deram causa a prejuízo ao erário, tendo algum vínculo jurídico com a Administração Pública, terão suas contas analisadas e julgadas pelo Tribunal de Contas, cuja competência se adstringe à origem do recurso utilizado. Assim, nos casos de recursos federais, compete o julgamento ao TCU; no caso de recursos estaduais, compete aos Tribunais de Contas do Estados, ao quais também competem a análise dos recursos municipais em caso de não haver no Estado um Tribunal de Contas dos Municípios (como os existentes nos Estados do Pará, Goiás e Bahia), além dos Tribunais de Contas Municipais de São Paulo e Rio de Janeiro, recepcionados pela Constituição de 1988, aos quais também compete o julgamento das contas dos respectivos recursos de seus Municípios.

Além da utilização direta dos recursos públicos, também compete aos Tribunais de Contas o exame de legalidade dos atos de admissibilidade de pessoal (exceto os cargos de livre nomeação e exoneração), bem como de aposentadoria, reformas e pensões. De fato, a contratação de pessoal efetivo e a concessão de reforma, pensão e aposentadoria repercutem ativamente no gasto público, notadamente em razão de serem, por vezes, realizadas com base em leis e atos administrativos de duvidosa constitucionalidade.

Dessa função judicante dos Tribunais de Contas pode ser provocada a função sancionadora e a corretiva, ou seja, pode-se punir o responsável por malversação de recursos públicos ou outorgar prazo para correção sob pena de sanção. Tais decisões podem levar à condenação do gestor a devolução de valores, condenação em multas e outras consequências como a inexigibilidade para o exercício de cargos públicos e políticos. Outrossim, essas decisões têm repercussões econômicas comportamentais, já que podem repercutir na atuação de outros gestores e em como eles manejam o orçamento público.

Noutro giro, ainda que se possa aventar suposta inadequação na escolha desses julgadores para compor os Tribunais de Contas — escolhas essas, muitas vezes, de juízo político e não técnico — cumpre ressaltar, porém, que os julgamentos dos Tribunais de Contas são baseados em critérios técnicos. Isto é, os acórdãos proferidos pelos Ministros do TCU e Conselheiros dos Tribunais de Contas são baseados em análises dos setores técnicos da Auditoria dos Tribunais, que possuem corpo técnico multidisciplinar especializado, composto por servidores efetivos aprovados mediante concurso público de provas e títulos — que, na maioria dos Tribunais, são denominados Auditores de Controle Externo.

Vale lembrar também que os Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas tem as mesmas garantias e impedimentos da Magistratura, como, por exemplo, a garantia do livre convencimento motivado, que é o princípio que expressa a liberdade do julgador em conformidade com a análise das provas produzidas em contraditório. Assim, para julgar diferentemente ou contra o laudo técnico, o Ministro ou Conselheiro, ainda que detenha uma parcela de liberdade, não pode fugir da instrução probatória, detendo o ônus argumentativo de superar a análise técnica.

Esgotados os recursos dentro da esfera do julgamento de contas, a decisão técnica se torna definitiva, como vemos nas palavras de Jacoby Fernandes (1995, p. 33):

O julgamento dos Tribunais de Contas é definitivo, observados os recursos previstos no âmbito desses colegiados. Esgotados os recursos ou prazos para interposição, a decisão é definitiva e, em matéria de contas especiais, não sujeita à revisibilidade de mérito pelo Poder Judiciário.

Assim, muito embora nossa Constituição tenha optado pela unicidade de jurisdição e pela inafastabilidade do controle jurisdicional, as decisões dos Tribunais de Contas são definitivas em termos administrativos, e o Judiciário não tem competência de rever o mérito das decisões por eles tomadas, podendo realizar tão-somente um juízo de legalidade.

2.3.3 O exercício de competência administrativa não jurisdicional pelos Tribunais de Contas

Assim como nas demais Constituições republicanas, o Constituinte Nacional adotou na Constituição Federal de 1988, no artigo 2º, a tripartição dos Poderes na formação da República Federativa do Brasil. A tripartição, já teorizada a tempos por Aristóteles e sistematizada séculos depois por Montesquieu, não foi adotada de forma rígida como inicialmente pensada, pois não há uma divisão estanque entre as funções de executar, julgar e legislar, inserindo-se, em alguma medida, de forma residual, as funções de um Poder em outro.

Essa divisão dos Poderes também não engloba de forma eficaz a localização de certos órgãos independentes dentro deles, uma vez que não há como se dizer com certeza em que Poder se situam, a exemplo do Ministério Público e dos próprios Tribunais de Contas. Apesar de o artigo 70 da CF/88 definir que o Controle Externo é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, poderia se imaginar que estes estariam alocados dentro do Poder Legislativo, o que não parece ser a melhor análise.

Por sua vez, ao ler o vocábulo “julgar” no artigo 71, II da CF/88, uma leitura mais apressada poderia levar à ideia de que este se situaria no âmbito do Poder Judiciário. Tal interpretação tem levado, inclusive, a Projetos de Emenda à Constituição (PEC) no qual o CNJ faria o controle administrativo dos Tribunais de Contas, contanto, inclusive, com parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados.⁷

No entanto, parece-nos que o mais correto é admitir que a teoria da tripartição dos Poderes não vislumbrava a existência de órgãos autônomos no formato que existem hoje, assim como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, o que na verdade os colocaria fora de qualquer dos Poderes da República, pelo menos materialmente, ainda que formalmente seja de fácil alocação.

Essa impossibilidade de alocação em um determinado Poder traz algumas dúvidas quanto à natureza da atividade e à competência no âmbito dos Tribunais de Contas, não somente

⁷Em 28 de junho de 2022, foi aprovado na CCJ o parecer pela constitucionalidade da proposta da PEC 329/13 que, entre outras questões, coloca o CNJ como órgão de controle administrativo dos Tribunais de Contas (BRASIL, 2013).

pela limitação da teoria de tripartição, mencionada anteriormente, mas também pela redação do artigo 70, II da CF/1988, o qual outorgou a seguinte competência ao Tribunal de Contas da União, estendida aos congêneres:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] **II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis** por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Apesar do uso do vocábulo “julgar”, parece-nos claro que o Constituinte não utilizou o termo no sentido de atividade jurisdicional, mas sim no sentido de análise com decisão final respeitando um contraditório, tudo isso dentro de um processo administrativo. Se daquela forma o fizesse, estaria instituindo um contencioso administrativo no Brasil, o que seria incoerente com o princípio da unicidade de jurisdição que advém da norma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Nesse sentido, leciona Cretella Junior (1986, p. 2):

Os juristas que procuram defender a posição que atribui natureza jurisdicional às decisões dos Tribunais de Contas raciocinam globalmente, sem analisar uma a uma cada atribuição para verificar e concluir dessa análise que as atribuições dessas Cortes, pela forma e pelo conteúdo, são de natureza administrativa, tais como a emissão de pareceres sobre contas que o chefe do Executivo presta, anualmente, a elaboração de relatório sobre o exercício financeiro encerrado, o registro e a fiscalização da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e pensões, a verificação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como a apreciação das contas dos administradores das entidades autárquicas. Todas essas atribuições de controle, de fiscalização, são estranhas à função jurisdicional que, no Brasil, é privativa do Poder Judiciário. Do contrário, estaríamos admitindo a existência, entre nós, do instituto do contencioso administrativo. Porque "fiscalização" ou "apreciação" de contas, dizer se a conta é boa, ou não, é função administrativa.

Certo que não se pode analisar a Constituição de forma contraditória, tampouco interpretar que nela há palavras inúteis. Assim, se o Constituinte elegeu que a República Federativa do Brasil é pautada na unicidade de jurisdição e na inafastabilidade do Poder judiciário, não há como dizer que os Tribunais de Contas exercem jurisdição no sentido técnico do vocábulo, utilizando-se dos termos “julgar” e “jurisdicionado” por falta de um termo mais adequado. Essa é a posição de maior adesão no campo acadêmico, seguida pelo STF.

Assim, não se pode dizer ao certo em que Poder se enquadram os Tribunais de Contas dentro da tripartição de Poderes (ou se fora dos Poderes), mas se pode dizer com certeza que não seria no âmbito do Poder Judiciário; logo, não detêm essas cortes administrativas qualquer tipo de competência jurisdicional. Neste sentido, afirma Ayres Britto (2005, p. 4):

6.1 Com esta separação conceitual, fica evidenciado que os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.

6.2 Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo ou *non-ex-officio*. Deles não participam advogados, necessariamente, porque a indispensabilidade dessa participação apenas se dá ao nível do processo judiciário (art. 133 da CF) Inexiste a figura dos “litigantes” a que se refere o inciso LV do art. 5º da Constituição. E o “devido processo legal” que os informa somente ganha os contornos de um devido processo legal (ou seja, com as vestes do contraditório e da ampla defesa), se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado, propriamente.

O tema levanta alguns posicionamentos divergentes, como na análise de Gregório (2012), para que a jurisdição, *stricto sensu*, pertenceria ao Judiciário, seu titular, de acordo com o pensamento clássico jurídico. No entanto, em uma análise *lato sensu*, perceber-se-ia que, no âmbito dos Tribunais de Contas, a jurisdição também existiria, e as decisões administrativas construídas nesse ambiente estariam dentro de uma jurisdição especialmente prevista na Constituição.

No entanto, ainda que os Tribunais de Contas não exerçam atividade jurisdicional, estes exercem importante competência administrativa constitucionalmente delimitada, compondo toda uma estrutura político-administrativa, conjuntamente com o Poder Legislativo, sem sujeição de hierarquia, no intuito de julgar, de forma objetiva, todo aquele responsável pelo uso de bens e recursos públicos.

3 CONSTITUIÇÃO E CONTROLE

O presente capítulo não pretende ter foco exaustivo ou profundo especificamente quanto à teoria da Constituição. No entanto, para adentrar no campo do controle de constitucionalidade e da interpretação da Constituição em relação à atuação dos Tribunais de Contas, faz-se necessário passar por conceitos preliminares em relação ao controle de constitucionalidade.

3.1 Supremacia da Constituição

A ideia de supremacia da Constituição dentro de um ordenamento jurídico pode ser explicada pela proposta do jurista Hans Kelsen, em sua teoria jurídica de Constituição. Segundo o autor, o Direito é um sistema que se comporta de forma escalonada — que a doutrina analogamente passou a comparar a uma pirâmide —, em que a Constituição ocupa o cume, posicionada enquanto norma fundamental do sistema, e as demais normas infraconstitucionais estruturam a base do sistema jurídico.⁸

No entanto, vale ressaltar que a posição topográfica em que uma Constituição se encontra em um ordenamento se dá não somente pela sua hierarquia formal, como defendia Kelsen, mas principalmente pela importância do conteúdo material de sua norma.⁹

Fruto do liberalismo, sobretudo pós-Segunda Guerra Mundial, após a superação de um positivismo estrito, a Constituição é reconhecida como norma e não somente uma carta de intenções, incorporando normatividade superior e carga axiológica, isto é, passa a ser o fundamento de valor a ser respeitado pelo ordenamento jurídico. Abre-se, então, a era do neoconstitucionalismo.

Neste sentido, asseveram Sarmiento e Souza Neto (2014, p. 23):

A posição superior das constituições decorre, em primeiro lugar, da importância de seu conteúdo material. É assim desde o constitucionalismo liberal do século XVIII. O constitucionalismo liberal positivou os “direitos naturais”: as liberdades básicas, a igualdade formal, a segurança, a propriedade. Os direitos naturais eram invocados para limitar o exercício do poder político, estabelecendo esferas de liberdade

⁸Sobre o sistema hierárquico de normas, escreveu Kelsen (1998, p. 155): “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.

⁹“A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo” (SILVA, 2015, p. 41).

individual protegidas contra o arbítrio eventual das autoridades públicas. Quando, com as “revoluções burguesas”, o liberalismo tornou-se a ideologia vitoriosa, os direitos passaram a ser previstos expressamente nas declarações de direitos e nas constituições. Antes considerados acima do direito positivo, os direitos naturais, uma vez positivados, desceram ao seu patamar. Nesse momento, não eram mais apenas direitos naturais, mas também direitos positivados. A antiga primazia do direito natural (superior) sobre o direito positivo (inferior) foi substituída pela superioridade das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais.

Assim, temos hoje que a Constituição representa verdadeiro papel limitador e orientador dos poderes estatais, servindo de substrato lógico e valorativo para todo o ordenamento jurídico que a ela lhe deve respeito, sob pena da mácula insanável da inconstitucionalidade.

Cumprе ressaltar que a supremacia de uma Constituição necessita de dois pressupostos lógicos: a) a constituição deve ser escrita; b) a constituição deve ser rígida. Esses são dois pontos que caminham juntos, uma vez que não há possibilidade de haver rigidez constitucional sem que a Constituição seja escrita, já que constituições não escritas (consuetudinárias) não possuem processo de modificação formal, a não ser o caminhar do tempo e as mudanças na sociedade e nos costumes.

Neste caso, a rigidez que se menciona é a de um procedimento especial de modificação da Constituição, diferente e mais dificultoso que a mudança legislativa ordinária. Isso porque, caso o mecanismo de mudança da Constituição fosse o mesmo que o das leis ordinárias, não haveria superioridade hierárquica. Assim, a Constituição rígida e escrita, dotada de superioridade, coloca-se como mãe do ordenamento jurídico positivo de dado Estado, sendo as normas infraconstitucionais suas filhas que devem a ela obediência.

Ademais, cumprе ressaltar que, para Canotilho (1993, p. 62–63), uma Constituição ideal se estrutura a partir de um conceito cultural da Constituição, devendo:

- (i) consagrar um sistema de garantia da liberdade (essencialmente concebido no sentido do reconhecimento dos direitos individuais e da participação do cidadão nos atos do poder legislativo através dos Parlamentos);
- (ii) conter o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais;
- (iii) ser escrita.

Assim, podemos dizer que a Constituição é a norma estruturante do todo jurídico, nascida do poder constituinte originário, que ganha vida e irradia seus valores para criar o Estado de Direito e o Direito do Estado. Sem embargo, deve-se reforçar que o princípio da supremacia da Constituição guarda uma relação com o controle de constitucionalidade e, por sua vez, concatenação lógica com a rigidez constitucional.

A ascensão do constitucionalismo como movimento coincide com as revoluções liberais do século XVIII, sobretudo a americana e a francesa. Na França, um dos berços da separação

de Poderes, por exemplo, não se admitia que um juiz, em regra, pudesse invalidar um ato emanado do parlamento. Tal fato se explicaria pelo ideal da legitimidade democrática, que os membros do Judiciário não possuíam, enquanto, por sua vez, os membros do Parlamento estavam revestidos pelo voto popular (ZOLO, 2006, p. 6). Logo, o Judiciário não poderia invalidar uma norma emanada indiretamente pelo povo através de seus representantes.

Por sua vez, a concepção americana diverge da francesa neste ponto. Aquela é fundada no célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803, que é a referência moderna das bases do controle de constitucionalidade (*judicial review*) (CHEMERINSKY, 2007).

Em breve síntese, o caso supracitado tinha como fundamento uma espécie de mandado de segurança (*writ of mandamus*) perante a Suprema Corte Americana, por um Juiz do Estado de Nova York, Willian Marbury, que não teria sido empossado em suas funções pelo então Secretário de Governo (James Madison), ante a argumentação de que o ato judiciário de tal nomeação seria eivado de inconstitucionalidade.

A partir da decisão proferida pelo Justice Marshall (Presidente da Suprema Corte Americana) ficaram claras três características conferidas à Constituição americana: 1) A Constituição é dotada de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico; 2) A lei inconstitucional é nula desde sua origem (*ab ovo* ou *ab origine*); e 3) O controle de constitucionalidade poderia ser exercido por qualquer juiz singular (controle difuso de constitucionalidade)¹⁰. Nas palavras de Barroso (2012, p. 126):

É para assegurar essa supremacia que se criou o controle de constitucionalidade das leis, consagrado desde o célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803, sem prejuízo da existência de antecedentes remotos.

Tais características fundadas no regime constitucional americano influenciaram o mundo, inclusive o Brasil, que, por meio da influência de Ruy Barbosa, adotou o controle difuso na Constituição da República de 1891 (BULOS, 2014).

Essa concepção de superioridade no Brasil, à época, ainda se dava nos termos estritamente formais, ainda que existisse uma rígida separação didática do direito, o que influenciava sobremaneira na sua aplicação: tratava-se, no caso, da dicotomia público-privado, na qual a Constituição era o centro do direito público, e o Código Civil, o núcleo do direito privado.

¹⁰Saliente-se que Alexander Hamilton já havia estabelecido as premissas teóricas, uma vez que os ensaios presentes n’O Federalista são anteriores ao caso (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

Tal perspectiva começou com o advento do neoconstitucionalismo, que ganha força nos pós-Segunda Guerra Mundial. Contudo, no Brasil, esse cenário só se altera com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isto porque careciam de efetividade as normas conscritas nas Constituições brasileiras anteriores, até mesmo por culpa de um triste fato histórico sofrido, que foi a ditadura militar no Brasil de 1964 a 1985; assim, as normas não refletiam na prática seus valores, não correspondendo com a realidade. Mais uma vez recorrendo às lições de Sarmiento e Souza Neto (2014, p.27), temos que:

No Brasil, esta mudança é mais recente, tendo ocorrido após a promulgação da Constituição de 88. Embora já contássemos com a possibilidade de controle de constitucionalidade desde o advento da República, nossa sociedade não enxergava a Constituição como autêntica norma jurídica.

A partir da Carta Maior de 1998, conhecida como Constituição Cidadã, as dúvidas sobre sua superioridade material terminaram, findando, ainda, as incertezas sobre a aplicação da hierarquia entre Constituição e leis, as quais devem respeito à primeira.

3.2 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de verificação da compatibilidade entre uma lei ou outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição. É intimamente ligado à superioridade da Constituição, já que é natural que objetos estranhos e conflitantes ao regime constitucional possam ser expurgados do sistema.

Essa superioridade constitucional ultrapassa a mera formalidade, inculcando o sistema de seus valores, que também passam a ser paradigmas de validação do direito posto. Lembra Orlando Bitar (1996) que a Suprema Corte admitiu desde cedo a utilização dos princípios fundamentais como aptos a ensejar a nulificação de leis em razão de inconstitucionalidade, ainda que não ferissem explicitamente dispositivos constitucionais.

Diante desse paradigma material de controle de constitucionalidade, verifica-se que, no Brasil, ainda que tardiamente em comparação a outros regimes constitucionais, também se superou o positivismo jurídico estrito, caminhando para um olhar mais substancial e valorativo do sistema, como leciona Bonavides (2003, p. 67):

De sorte que, a este aspecto, onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo, portanto, desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda a força e energia na ambiência sensível da vida.

Assim, sendo a norma declarada inconstitucional pelo Tribunal competente, ela é retirada do sistema. A pergunta que se faz em relação ao dispositivo declarado inconstitucional é: este ato é inexistente, inválido ou ineficaz?

Se olharmos para o precedente americano *Marbury v. Madison*, chegaríamos à conclusão de que a lição do juiz Marshall é de que a norma inconstitucional é considerada nula de pleno direito (*ab ovo*). Assim, a inconstitucionalidade atinge o plano de validade da norma, pois elaborada em desconformidade com o ordenamento constitucional.

Nas palavras de Barroso (2008, p. 13):

Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior [...]. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é da nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.

Para essa corrente de nulidade absoluta, a inconstitucionalidade de uma norma teria caráter declaratório e não constitutivo, já que tão-somente reconhece algo que já é sem efeitos desde o seu nascimento, o que traria efeitos *ex tunc*, ou seja, produzindo efeitos retroativos ao provimento jurisdicional que declara a inconstitucionalidade.

Por outro lado, em direção oposta à teoria de nulidade americana, Hans Kelsen advogava pela tese da anulabilidade da norma declarada inconstitucional (FERREIRA FILHO, 2002). Para esta teoria, o Tribunal competente para decretar a inconstitucionalidade de uma norma não emitiria um provimento declaratório, mas sim constitutivo, operando, através do ato de decretação de inconstitucionalidade, os efeitos de retirada da norma do mundo jurídico. Assim, até a decretação de inconstitucionalidade, a norma seria válida e eficaz, sendo anulada pelo provimento de inconstitucionalidade, ato constitutivo.

O Brasil adotou o sistema americano, optando pela nulidade *ab ovo* da norma inconstitucional. No entanto, por razões de segurança jurídica, estipulou um sistema de modulação de efeitos que podem, inclusive, caso a caso, modificar o momento em que a norma deixa de produzir efeitos. A partir desta técnica, o Tribunal que decreta a inconstitucionalidade pode determinar que a decisão de inconstitucionalidade tenha efeitos *ex nunc* (dali para a frente) ou então efeitos prospectivos (pró-futuros, a partir de um determinado marco).

Essa tarefa de guarda da Constituição com atribuição de retirar norma vigente do sistema constitucional por vício de constitucionalidade depende do modelo adotado, que pode ser político, como na França, na qual um Conselho Político tem a competência para o controle de constitucionalidade (Conseil constitutionnel - Conselho constitucional); pode ser jurídico, pelo

qual compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade, ou ainda pode ser misto, onde há uma mescla dos dois modelos.

O Brasil adotou o modelo jurisdicional, muito embora haja alguma participação do Executivo e do Legislativo no controle constitucional de normas. Isto é, cabe ao Judiciário, primordialmente, a competência para decretação de inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, seja ele constitucional ou infraconstitucional.

Assim cabe ao Judiciário a tarefa de guarda da Constituição seja no modelo difuso, como no americano, no qual qualquer juiz possui competência para o controle de constitucionalidade, seja no modelo concentrado, no qual um tribunal especialmente designado para tal realiza o controle de constitucionalidade, como no modelo austríaco (CUNHA JUNIOR, 2006).

3.3 Controle de constitucionalidade difuso

O modelo difuso de controle de constitucionalidade, também chamado de aberto, estabelece-se na distribuição de competência a todos os órgãos do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade. Trata-se de um modelo que pulveriza essa atribuição a uma gama de órgãos jurisdicionais, pelo qual mesmo um juiz de primeiro grau teria a atribuição, dentro de sua competência, de exercer o controle de normas em face da Constituição.

Esse modelo, também denominado de modelo americano, como dito anteriormente em referência ao caso *Marbury v. Madison*, consagrou o entendimento de que todo o Judiciário, e não somente seu órgão de cúpula, poderia deixar de aplicar determinada norma legal ao caso concreto quando considerasse que esta norma violasse a Constituição.

Em que pese se creditar a sentença de John Marshall como o primeiro caso em que se realizou de fato o controle de constitucionalidade jurisdicional, é bem verdade que não foi o primeiro a levantar a possibilidade (BARROS, 2000). Anteriormente a ele, a jurisdição americana se deparou com outros dois casos em que se aventou a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade: o caso *Hayburns* em 1792 e o caso *Hilton's* em 1796.

O caso *Hayburns* tratava de um mandado de segurança dirigido ao Tribunal do Distrito da Pensilvânia, requerendo o processamento de uma determinada petição de Wm. Hayburn, que havia pedido para ser colocado na lista de pensões dos Estados Unidos como um pensionista inválido. O caso foi proposto pelo Procurador-Geral da República, que apresentou o mandado de segurança de ofício, sem requerimento do interessado, com vistas a obter a execução de ato do Congresso (ESTADOS UNIDOS, 1792).

O Tribunal declarou que tinha grandes dúvidas sobre seu direito, em tais circunstâncias e em um caso desse tipo, de se proceder *ex officio*, e o instruiu a declarar os princípios sobre os quais ele tentou sustentar o direito. O Procurador-Geral, portanto, entrou em uma descrição detalhada dos poderes e deveres de seu cargo. No entanto, por decisão dividida, o *mandamus* não foi aceito.

Posteriormente, em 1796, no caso *Hilton's*, tratou-se da possível inconstitucionalidade de uma lei. O Senhor Daniel Hilton, na Virgínia, tinha um determinado número de carruagens, sobre as quais uma lei impunha determinado tributo, o qual, apesar de o conhecer, não o pagava.

Assim, uma ação de dívida foi impetrada contra o Sr. Hilton em maio de 1795 pelo Procurador do distrito, em nome dos Estados Unidos, para recuperar a penalidade imposta pelo Ato do Congresso de 5 de junho de 1794, por não pagar o tributo sobre as carruagens. O réu alegou dívida nula, ao que foi apensada a questão. No entanto, as partes, renunciando ao direito de julgamento por júri, mutuamente submeteram a controvérsia ao Tribunal. Ao final, a Corte compreendeu por ser válida a lei e devidos os tributos.

Perceba-se que não houve nenhuma decretação de inconstitucionalidade das normas impugnadas nos casos acima narrados, mas houve um exercício de controle dessa atribuição pelo Judiciário, como informa Barros (2000, p. 4):

A bem da verdade, se este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte reviu um ato legislativo, não foi o primeiro em que juízes exercitaram tal poder de rever, pois o revelaram no Hayburn's Case em 1792. Nem foi a primeira vez em que a própria Suprema Corte o exercitou. Já em 1796, no caso *Hylton versus United States*, ela sustentara a constitucionalidade de um ato legislativo de tal forma, que não deixou dúvida de que o teria declarado inconstitucional, se disso estivesse convencida.

Por sua vez, cumpre ainda ressaltar que a Constituição Americana não estabeleceu diretamente em seu texto a atribuição ao Poder Judiciário de realização do controle de constitucionalidade. Essa atribuição se inferiu por interpretação realizada por John Marshall que, em sua sentença do caso *Marbury v. Madson*, em 1803, acabou por dar visão às premissas teóricas do controle de constitucionalidade difuso, como vemos:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei: se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da

Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, assim, deve se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade (MADISON *apud* VELOSO, 2000, p. 37–39).

No entanto, muito embora a sentença de John Marshall tenha dado celebridade às premissas teóricas que embasaram a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade das leis, estas foram formuladas um pouco antes. Assim, em 1787, James Madison, John Jay e Alexander Hamilton escreveram alguns textos sobre a Constituição Americana, aprovada pela Convenção da Filadélfia, que necessitava de ratificação, daí a produção textual destinada a defender a aprovação do texto constitucional (HAMILTON, 2011).

A produção literária dos doutrinadores foi posteriormente condensada em um livro denominado *The Federalist*, que trouxe grande contribuição no desenvolvimento das teorias constitucionais. Nesta obra, destaca-se ao caso o ensaio LXXXVIII, no qual Alexander Hamilton destaca a superioridade da Constituição e a invalidade de normas contrárias a elas:

Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proibem (HAMILTON, 2011).

No mesmo texto, Hamilton também destaca que são os juízes quem detém o papel de determinar o significado do texto constitucional bem como de qualquer lei provinda do legislativo (VELOSO, 2000, p. 38).

A partir dessas premissas teóricas, estabeleceu-se o modelo americano de controle de constitucionalidade difuso, no qual qualquer juiz ou tribunal detém atribuição para realizar o controle. Nesse modelo, a constitucionalidade de determinada norma é aferida no curso de um processo judicial de um caso concreto. Pode-se afirmar, nesse sentido, que o controle concreto é realizado pela via incidental, isto é, o controle de constitucionalidade não é o pedido principal da demanda, mas um incidente que deve ser analisado para dirimir o pedido principal.

Por ser um controle incidental, é comum também encontrarmos a denominação de controle por via da exceção, muito embora tecnicamente a denominação não seja a mais adequada, como bem lembram Cintra, Grinover e Dinamarco (2012), uma vez que exceção é a defesa do réu e não necessariamente pode ser o réu a levantar a questão da inconstitucionalidade.

Por essa razão, por ser um incidente processual, o controle difuso não retira a norma do ordenamento jurídico. Isto é, não se aplica a sanção de nulidade da norma para todo o ordenamento, obtendo apenas efeitos entre as partes, semelhante à nulidade de uma cláusula contratual arguida pelos litigantes. Assim, o efeito *inter partes* apenas retira os efeitos da norma naquela relação jurídica para se decidir o objeto principal.

Neste sentido, somente há de ser dirimida, via controle difuso, norma que tenha relação com o objeto principal da demanda e que dela dependa a decisão principal. Tal análise *incidenter tantum* pode, inclusive, ser realizada pelo juiz *ex officio*, e não apenas por provocação das partes.

Ressalta-se que a teoria de controle de constitucionalidade nasce de um sistema baseado na força vinculante dos precedentes judiciais, o *stare decisis*.¹¹ Nos Estados Unidos, as decisões proferidas via controle difuso pelas Cortes superiores obrigam as inferiores, o que se denomina *binding effect*. Nesse sistema, lembra Barroso, a decisão, muito embora se refira a um litígio específico, produz efeitos *erga omnes* (BARROSO, 2012, p. 71).

No Brasil, interessante desenho foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que segundo o art. 52, X, diz que “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Esse dispositivo normativo foi pensado para que, no caso de controle difuso realizado pelos Tribunais inferiores do país, em havendo Recurso Extraordinário, o STF, ao decidir o caso definitivamente, pudesse estender os efeitos da decisão, deixando de serem *inter partes* para se tornarem *erga omnes*. Isto porque, mesmo que o controle tenha sido exercido pelo STF por meio de recurso à Corte, continua sendo um controle difuso e concreto, com efeitos *inter partes*, não havendo vinculação dos efeitos a todos.

Tal dispositivo foi ganhando novos contornos com o tempo. Sobre a atuação do Senado Federal e seu papel no controle difuso, passou-se a discutir se o ato do Senado seria o ato pelo qual se dariam efetivamente os efeitos *erga omnes* à norma impugnada, ou se seu ato seria tão-somente de dar publicidade aos efeitos *erga omnes* e vinculantes, estando a decisão do STF,

¹¹“De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de precedente, como Frederik Schauer, citado por Marinoni (2011, p. 27), para quem, “tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* [...], e o termo mais abrangente *precedent* é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior”.

ainda que em controle difuso, já carregada de efeitos vinculantes e *erga omnes*, tese esta que se denominou de abstrativização do controle difuso.

O Supremo chegou a rechaçar a tese da abstrativização do controle difuso (Rcl 4335/AC). No entanto, em 2017, no julgamento conjunto das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, ambas de relatoria da Min.^a Rosa Weber, o STF passou a adotar a referida tese, deferindo efeitos *erga omnes* e vinculante à decisão em sede de controle difuso tomada em definitivo pelo STF, cabendo ao Senado tão-somente a publicização do ato.

Por sua vez, atente-se que, mesmo nos julgamentos em que se faz desnecessária a intervenção do Ministério Público, em caso de incidente de constitucionalidade levantado seja pelas partes, seja *ex officio* pelo juiz, deve o Magistrado intimar o Ministério Público para que se manifeste sobre o caso.

Por fim, quando o controle difuso não for realizado por um juiz singular, mas por um órgão colegiado, deve respeitar a cláusula de reserva de plenário, de origem americana (*full bench*). Tal requisito para exercício do controle difuso no caso de Tribunais brasileiros está em nosso ordenamento desde a Constituição Federal de 1934 e preconiza que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, quando realizada por órgão colegiado do Tribunal, somente pode ocorrer por decisão da maioria absoluta dos magistrados que compõem a Corte. Atualmente, essa norma encontra-se inserida no art. 97 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

3.4 Controle de constitucionalidade concentrado

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade, também denominado de fechado ou por via de ação, diferentemente do que ocorre no difuso, se dá em abstrato. Isto é, não há um incidente processual para decisão do pedido principal: o próprio pedido principal se dá com o exercício do controle de constitucionalidade.

Assim, não se fala em um processo subjetivo, já que não há partes e, portanto, não se perquire interesses individuais; o processo, aqui, é objetivo e se subsume tão-somente ao interesse público, que é a higidez da Constituição por via de ações específicas para este fim.

Enquanto a origem do controle difuso é americana, a do controle concentrado tem sua teorização formulada a partir de estudos de vários doutrinadores, como o alemão Georg Jellinek — que em 1885 já havia escrito sobre a necessidade de se criar um Tribunal Constitucional (JELLINEK, 2018) —, mas principalmente por influência dos estudos do austríaco Hans

Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito e um dos fundadores do Tribunal Constitucional Austríaco, criado em 1º de novembro de 1920.

Ressalta-se que o Tribunal Constitucional Austríaco não foi o primeiro deste tipo a ser criado no mundo: pouco tempo antes foi criado o Tribunal Constitucional da Checoslováquia, idealizado pelo amigo e colega de Kelsen, Franz Weyer. No entanto, o Tribunal checo não teve a mesma relevância que o austríaco na difusão da teoria, sendo o austríaco o principal influenciador quando se fala em controle de constitucionalidade concentrado.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 219), Kelsen “concebeu um sistema de jurisdição constitucional ‘concentrada’, no qual o controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial”. Por sua vez, Canotilho e Moreira entendem que o controle de constitucionalidade não pode ser considerado função típica do Judiciário, mas uma função constitucional autônoma, que se pode caracterizar como uma função de legislação negativa (CANOTILHO; MOREIRA, 1997, p. 833-834).

O Tribunal Constitucional Austríaco começou a funcionar efetivamente em 1921. Pouco tempo depois, por meio de uma reforma constitucional, o sistema de controle de constitucionalidade austríaco passou também a prever a figura do controle difuso.

Contudo, tal reforma foi também um revide político e modificou a forma como os juízes da Corte eram escolhidos, Hans Kelsen (2007, p. 306–307) lembra que a Corte Constitucional austríaca, após a reforma de 1929, foi dissolvida pelo Parlamento, trocando-os por membros correligionários do Executivo, o que levou a um movimento político que acabou por desaguar no fascismo. A nomeação de magistrados passou a ser prerrogativa do Poder Executivo, e a Corte Constitucional foi posteriormente dissolvida em 1933 pelo Decreto Presidencial 191, que culminou com a anexação da Áustria à Alemanha nazista em 1938, sendo a Corte reinstituída em 1945 após a Segunda Guerra Mundial (DIMOULIS, 2006, p. 261).

Partindo do modelo austríaco, outros países como Itália, Espanha e Alemanha, com suas peculiaridades, adotaram o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. A premissa deste modelo de controle concentrado pressupõe um órgão especial responsável de forma exclusiva ou ao menos principal de efetuar o controle de constitucionalidade em abstrato.

Muito embora neste modelo não se tenha a figura do controle difuso atribuído a outros juízes e órgãos do Judiciário que não o órgão especial, era possível, a exemplo da Áustria (antes da reforma de 1929), o exercício de um incidente de constitucionalidade, a ser exercido não por todos mas por certas autoridades em casos em concreto. Segundo esse modelo, poderia ser levada a questão constitucional ao Tribunal Constitucional para julgamento e, após sua decisão, a ação retornaria ao julgador originário.

Por sua vez, diferentemente do controle difuso, as decisões tomadas em controle concentrado estabelecido pelo modelo austríaco detinham efeitos *erga omnes* e vinculantes. Isto é, enquanto o controle americano anulava a lei somente para as partes, semelhante à anulação de um contrato, o modelo austríaco estende os efeitos a todos e vincula a decisão a todos os Tribunais.

No entanto, vale ressaltar que na Áustria, como já mencionado alhures, a decisão que decretava a inconstitucionalidade não possuía efeitos *ex tunc*, mas *ex nunc*, já que se baseou nos estudos de Kelsen, que era adepto da teoria da anulabilidade das normas inconstitucionais, tendo elas validades no período pretérito ao julgamento pelo Tribunal Constitucional. Esse modelo austríaco de controle teve grande repercussão na Europa, influenciando muitos países europeus a aderirem ao controle concentrado de constitucionalidade, ficando o controle difuso relegado a situações excepcionais (VELOSO, 2000, p. 28).

Contudo, na França, a situação foi diversa, já que, por força de sua tradição revolucionária, a sua formação enquanto país se moldou em torno do parlamento, havendo, portanto, uma ideia de soberania da representatividade popular que tinha o controle político do ordenamento jurídico. Assim, não se instituiu um Tribunal Constitucional como nos países europeus como Áustria, Alemanha e Espanha, e sim um Tribunal ligado ao legislativo com atuação eminentemente política denominado de *Conseil constitutionnel* (Conselho constitucional), criado muito antes da Corte austríaca, em 1920.

Quanto a isso, explica Cappelletti (1998, p. 41) que esse espírito de soberania do parlamento nasce da desconfiança que tinham os franceses com os juízes:

O Tribunal de Cassation foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao Corps Législatif que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo.

Essa soberania do parlamento, explica Gicquel, é derrubada com a Constituição Francesa de 1958, surgindo na França a soberania da Constituição sobre as leis ordinárias (GICQUEL, 1993, p. 185).

Por fim, vale ressaltar que, no Brasil, o controle concentrado tem como órgão constitucional responsável pelo seu exercício o Supremo Tribunal Federal (quando o parâmetro é a Constituição Federal) e os Tribunais de Justiça (quando o parâmetro são as respectivas Constituições Estaduais).

No entanto, diferentemente do que se adotou na Áustria, passou-se a adotar a teoria da nulidade americana, mesmo no caso de controle concentrado, sendo a decisão de controle de constitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal uma decisão de nulidade com ressalvas, já que foi instituído um modelo de modulação que, a depender do caso e tendo em vista a segurança jurídica, pode estabelecer efeitos *ex nunc* ou prospectivo.

3.5 O Brasil e controle de constitucionalidade

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 não previu qualquer tipo de regulamentação ou controle de constitucionalidade de leis. Por se tratar de uma Constituição não democrática, o que se estabeleceu foi um poder concentrado na mão do Imperador com a criação de um quarto poder ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador, e este tinha o papel de resolver os conflitos entre os Poderes, e não o Judiciário (CLÉVE, 1995, p. 81).

O mote para a instituição do Poder Moderador era trazer estabilidade aos outros Poderes. No entanto, diferentemente do seu pretexto, de fato concentrava mais poder nas mãos do Imperador, que também comandava o Poder Executivo. Apesar do viés autoritário e da concentração de forças na figura do Imperador, a Constituição de 1824 instituiu um parlamento, e a ideia de regulação das leis se aproximou mais da francesa e inglesa, por influência das revoluções liberais, que do modelo americano.

Lembra Oswaldo Aranha (1980, p. 148) que, mesmo que já houvesse em outros países o exercício de controle de constitucionalidade das leis e atos dos outros Poderes pelo Judiciário, no Brasil o instituto não se desenhou dessa forma, já que os magistrados ou ignoravam a prerrogativa, ou não se afeiçoaram a ela.

Não se pode deixar de mencionar que havia um Poder Judiciário como órgão de cúpula instituído pela Constituição Imperial, o Supremo Tribunal de Justiça (atual Supremo Tribunal Federal), o qual, no entanto, não detinha tantos poderes de fato em vista da concentração na figura do Imperador e da tendência inglesa e americana de maior força ao parlamento.

Por sua vez, em 1891, a primeira Constituição Republicana brasileira passou a adotar o Controle Difuso de Constitucionalidade, estabelecido pelas normas dos arts. 59, § 1º, a) e b), e 60, a):

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]
§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

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

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União [...]

Art 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo.

Posteriormente, em 1926, o texto foi modificado por meio de Emenda Constitucional para ampliar a competência, atribuindo expressamente aos Tribunais do país e a juízes federais a competência para realizar o controle difuso (VELOSO, 2000, p. 30)..

Como se vê, o Constituinte de 1981 optou por normatizar o controle explicitamente, muito embora a Constituição Americana, cujo ordenamento lhe serviu de inspiração, não o tenha feito, já que, naquele país, o controle difuso nasceu da doutrina e da jurisprudência. Sobre o tema, Ruy Barbosa (1932, p. 135) afirma:

Nem as constituições locais, nem a dos Estados Unidos contêm artigo, que prescreve à autoridade judiciária não aplicar as leis inconstitucionais. Nenhum texto explícito e formal a investe nessa prerrogativa, tão importante; o juiz possui implicitamente, como parte integrante de suas atribuições.

O ordenamento de 1891 marca a mudança de posição com relação ao ordenamento anterior, inspirado no modelo inglês e francês, que se baseava na superioridade do parlamento, apesar da concentração de poder na figura do Imperador. Ao invés, a nova Constituição passa a adotar a doutrina da superioridade da Constituição, o que é reforçado pela edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que dizia em seu art. 13 § 10 que:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição (BRASIL, 1894).

Por sua vez, em 1934, é promulgada a segunda Constituição Federal Republicana no Brasil, inovando em alguns aspectos, como avanços nos direitos civis e políticos, a exemplo da instauração do sufrágio universal, direto e secreto, rompendo com o sistema de voto censitário, bem como a inclusão do voto feminino. Foi também na Constituição de 1934 que foram criadas as Justiças Eleitoral e do Trabalho e instituídos pela primeira vez o Mandado de Segurança e Ação Popular.

Com relação ao controle de constitucionalidade, foi mantido o controle difuso, estabelecendo pela primeira vez a cláusula de reserva de plenário, bem como a competência do Senado Federal para suspensão das leis declaradas inconstitucionais por julgamento em recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Lembra Gilmar Mendes (1999a) que, ainda que se tenha mantido o sistema difuso de controle de constitucionalidade, a Constituição Federal de 1934 deu um passo rumo ao controle concentrado, já que estabeleceu a representação interventiva, na qual o STF julgava a constitucionalidade das intervenções federais nos casos de violações aos “princípios sensíveis”.

Esse embrião do controle concentrado se mostra claro quando se verifica que o julgamento da representação interventiva não era um incidente processual que posteriormente, por via de recurso, acabava por chegar ao STF, mas uma ação própria para a qual a competência do STF era originária.

Pouco tempo depois, com o advento do período ditatorial conhecido como Estado Novo, em qual Getúlio Vargas exerceu o poder via golpe de estado, diminuindo os poderes do Legislativo e Judiciário, foi outorgada a Constituição de 1937, conhecida como “a polaca”, em referência a sua inspiração no modelo fascista polonês. A CF de 1937 manteve na norma do art. 96 a cláusula de reserva de plenário (*full bench*) e foi além, estabelecendo, em seu parágrafo único, a possibilidade de o Parlamento derrubar a decisão judicial que declarava a invalidade da norma.

Art. 96 [...] Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal (BRASIL, 1937).

Sobre essa questão, Branco (2010, p. 63) ressalta que Francisco Campos, Ministro da Justiça à época, na exposição de motivos do dispositivo limitador do Judiciário, entendia que “a faculdade de interpretar final e conclusivamente a Constituição só se justificaria atribuí-la em regime democrático ao Poder Judiciário se o método jurídico fosse de natureza lógica ou dedutiva”.

Pode-se dizer que a justificativa utilizada por Campos de limitar o Poder Judiciário perpassa pelo discurso do déficit de legitimidade popular, levando a crer que a tarefa de interpretar a Constituição seria um processo político e não jurídico, e que a atribuição ao Judiciário seria uma usurpação de poder. Essa inferência se torna mais clara na análise das

próprias palavras de Campos, na exposição de motivos, citado por Gilmar Mendes (1999b, p. 31):

Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo e que não se encontra sujeito a sua opinião, o mais eminente, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro, quanto insuscetível de inteligência pública, graças a aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível a compreensão comum.

Portanto, para Campos, a decisão de inconstitucionalidade de determinada norma seria ao fim decidida por quem não detinha legitimidade popular para tal (o Judiciário), usurpando o controle do governo, que deveria ser papel do Poder Legislativo em vista de sua legitimidade. No entanto, lembra Veloso (2000, p. 31) que, neste período, nem mesmo o Legislativo detinha independência para uma atuação plena.

Passado o hiato ditatorial, é promulgada uma nova Constituição em 1946, com o retorno da democracia no país. A CF de 1946 retoma as ideias de 1934, mantendo o controle difuso, além de inovar na seara da representação interventiva, pela qual o STF agora também poderia analisar a lei ou ato normativo supostamente violador, cuja representação fora proposta pelo Procurador-Geral da República (PGR), e não mais tão-somente a constitucionalidade da própria representação.

Zeno Veloso (2000, p. 33) ressalta que, muito embora não se tratasse propriamente da instituição de um verdadeiro controle de constitucionalidade, já que da representação não se operava decisão *erga omnes*, o real objetivo era legitimar a possível intervenção por violação a princípios constitucionais sensíveis, sendo um outro passo rumo ao controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, a ordem Constitucional de 1946, apesar da nítida preferência pelo controle difuso de constitucionalidade, já começava a compreender que não era somente ele que deveria fazer parte dos instrumentos de controle de constitucionalidade brasileiro.

Ressalta-se que em 1963, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, foi editada a Súmula 347 do STF, cujo verbete dizia que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (BRASIL, 1963).

Posteriormente, a ordem Constitucional brasileira, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, finalmente adota o controle concentrado de

constitucionalidade ao lado da representação interventiva. A partir de então, o STF e os Tribunais de Justiça passavam a deter a prerrogativa de julgar a lei em tese, em abstrato; não mais de forma incidental diante de um caso concreto, mas como pedido principal.

No entanto, apesar de oficialmente introduzir o controle concentrado no Brasil, funcionando ao lado do difuso, a iniciativa não obteve um alargamento de legitimados para a deflagração do controle, mantendo nas mãos do PGR, a exemplo da representação interventiva, a iniciativa para a representação de inconstitucionalidade.

Esse modelo permanece em vigor durante o retorno de um período antidemocrático no país, instalado com a Constituição de 1965 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, muito embora dificilmente a atuação do PGR no período tivesse tido, de fato, independência.

Por fim, a Constituição de 1988, que marca a redemocratização do país após um período de 24 anos de ditadura, manteve o controle difuso e concentrado, estabeleceu inúmeras inovações no campo de controle de constitucionalidade, como a instituição da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mandado de injunção (MI), e principalmente, o alargamento dos legitimados para deflagração das ações de controle concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça e no STF.

3.6 A Constituição Federal de 1988 e os modelos de controle de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 não só pretendeu manter o modelo misto de controle de constitucionalidade inaugurado pela EC nº 1/69, como trouxe inúmeras inovações, sobretudo no que diz respeito ao controle concentrado. Nesse sentido, Gilmar Mendes (1988, p.2) afirma que o modelo misto brasileiro é um dos mais eminentes, tendo reunido em seu modelo híbrido de controle de constitucionalidade características marcantes de ambos os modelos.

O exemplo brasileiro inova, sobretudo, nos mecanismos de arguição de controle difuso, que ganharam reforços processuais, como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, ação popular e de constitucionalidade, bem como ampliaram as ações constitucionais de controle concentrado que se somaram à ADI, como a ADO, a ADC e a ADPF.

Por sua vez, não se pode olvidar a ampliação do rol de legitimados para proposição da ADI (e também quanto à ADC), que antes de 1988 se concentrava apenas na figura do Procurador-Geral da República e atualmente possui nove legitimados previstos no rol do art. 103 da CF/1988.

Muito embora o modelo de 1988 tenha ampliado os instrumentos processuais capazes de instaurar a arguição no modelo difuso, assevera Mendes (1997) que a CF/1988 reduziu o significado deste controle difuso ao ampliar o rol de legitimados para deflagração do controle concreto, permitindo que grande parte das controvérsias constitucionais relevantes fossem dirimidas pelo STF mediante o exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Ainda sobre o assunto, Veloso (2000, p. 50) ressalta que:

tal como já observado por Anschütz, ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribuna Espacial a atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para dirimir tal controvérsia.

Esse protagonismo tem lugar não só por meio da ampliada gama de legitimados, mas também por conta dos instrumentos processuais normatizados pela CF/88. Assim, basicamente temos os seguintes instrumentos processuais de deflagração de controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e sua correspondente por omissão (ADI por Omissão); ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). São legitimados para deflagrar processo de controle de constitucionalidade concentrado aqueles enumerados no art. 103 da CF/88, os quais a doutrina especializada passou a dividir em legitimados universais e legitimados especiais.

Os legitimados universais são aqueles que não têm nenhuma restrição para interposição da ação. Neste caso temos: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Já quanto aos legitimados especiais, estes devem demonstrar pertinência temática com a matéria em discussão. São eles: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito.

Em relação ao procedimento, uma vez recebida a inicial da ação, devem ser ouvidas as autoridades requeridas que tenham participado da norma ou ato impugnado, como, por exemplo, o chefe do Executivo, em caso de lei de sua iniciativa.

Tendo em vista a natureza objetiva do processo em questão, não há que se cogitar em desistência da ação, tampouco em acordo ou transação. Tal fato se vislumbra lógico, haja vista que não há concessões recíprocas ou reconhecimento do pedido neste tipo de ação. Uma vez provocada a jurisdição do STF o processo deve seguir seu caminho regular, conforme

inteligência do art. 5º da Lei 9.868/99: “proposta a ação direta, não se admitirá desistência” (BRASIL, 1999).

Também não cabe, por força do art. 7º da lei supracitada, a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Assim sendo, não há que se falar em nomeação à autoria, chamamento ao processo ou qualquer outro tipo de intervenção de terceiros.

Vale lembrar, contudo, que, apesar de não admitir intervenção de terceiros, é admissível a figura do *amicus curiae* (amigo da corte), figura esta que age como colaborador no processo. O ingresso do *amicus curiae* no processo se dá por meio de despacho irrecorrível, devendo cumprir dois requisitos cumulativos: relevância da matéria e representatividade do postulante. Uma vez admitido, faculta-se ao amigo da corte a apresentação de memoriais.

Ressalta-se que, em sede de ADI, há uma particularidade sobre o contraditório; apesar de ser processo objetivo e por isso não haver réu, o art. 103 da CF/88 prevê que o Advogado Geral da União deve ser citado para defender a validade do ato impugnado, atuando como verdadeiro curador da constitucionalidade da norma atacada (BRASIL, 1988).

Peculiar situação se dá quanto à ADPF. Do ponto de vista histórico, a ADPF tem origem no denominado “recurso de amparo” do direito espanhol e no “recurso constitucional” do direito alemão. Nesses países, havia a possibilidade de o cidadão provocar diretamente a jurisdição dos seus tribunais constitucionais.

No Brasil, a ADPF surge com a Constituição de 1988 (art. 102, §1º); contudo, só passa a ser regulamentada em 1999 pela Lei nº 9.882/99. Diferentemente do que ocorre nos países inspiradores da ADPF, não pode no Brasil o cidadão provocar o controle concentrado diretamente junto ao STF. Tal possibilidade fora prevista no projeto da referida Lei, no art. 2º, II, mas fora vetada pelo Presidente da República.

Contudo, por força do § 1º do art. 2, poderá o cidadão representar ao Procurador Geral da República, que decidirá pela propositura ou não da ADPF. Por fim, os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmos legitimados para ADI e ADC.

Em regra, é cabível a ADPF em caso de lesão a preceito fundamental. Muito embora a lei e a Constituição não conceituem o que venha a ser preceito fundamental, existe razoável consenso doutrinário no sentido que o termo abrangeria: os princípios fundamentais da República (art. 1º da CF); os direitos fundamentais (art. 5º da CF e seguintes); os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII da CF); e as cláusulas pétreas (art. 60 § 4º), entre outros.

Por sua vez, o art. 1º da Lei n.º 9.881/99 prevê o cabimento de ADPF para reparar ato do poder público causador de lesão. A doutrina, neste caso, faz interpretação extensiva, de tal

forma que se admite cabível a ADPF em face de qualquer ato emanado do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, além de Tribunal de Contas, Ministério Público etc.

Assim, o objeto da ADPF torna-se bastante amplo, maior que o das demais ações de controle constitucional, podendo ser objeto, inclusive, norma pré-constitucional, diversamente do que ocorre nas demais ações de controle concentrado. Todavia, a ADPF é uma ação subsidiária, isto é, só é admissível quando não cabível alguma outra ação de arguição de constitucionalidade. Tal regra encontra-se prevista no art. 4º da Lei n.º 9.882/99, conforme o *decisum*:

Tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade — isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata —, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento (BRASIL, 2006a).

Assim, cabe ADPF nas controvérsias em que se discutem direito pré-constitucional e norma constitucional já revogada ou de efeitos exauridos, enquanto as demais ações de controle concentrado tratam das matérias constitucionais vigentes.

Dessa feita, se partirmos em 1891 de um controle difuso como único modelo adotado, até o modelo misto inaugurado pela EC 1/69 durante a vigência da Constituição de 1965, no qual o controle concentrado era coadjuvante, atualmente a lógica se inverteu, passando ao protagonismo do controle concentrado de constitucionalidade (VELOSO, 2000, p. 50).

3.7 A interpretação aberta da Constituição e o controle judicial nas decisões administrativas

É inegável que, no âmbito do controle de constitucionalidade, o Brasil, assim como diversos outros ordenamentos jurídicos que lhe inspiraram, estabeleceu no Poder Judiciário a função principal de guardião da Constituição. Assim, seja no controle difuso, em que qualquer órgão do Judiciário está apto a realizar o controle de constitucionalidade, seja no concentrado, em que um órgão especial detém a prerrogativa de controle (STF, quando o parâmetro é a Constituição Federal, ou Tribunal de Justiça, quando o parâmetro são constituições estaduais),

é no Poder Judiciário que o controle repressivo, aquele em que a norma vigente é retirada do ordenamento, repousa.

Neste sentido, não é incomum a utilização de termos como “controle judicial de constitucionalidade” em obras e artigos, como no caso da obra de Zeno Veloso (2000) sobre o tema. Isto porque há também controle não jurisdicional de constitucionalidade, realizado fora deste Poder, principalmente em momento prévio à vigência da norma, como no âmbito do Legislativo, nas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), órgãos que detêm a prerrogativa de avaliar a constitucionalidade prévia de projetos de leis, além do veto jurídico do chefe do Executivo, que pode alegar a inconstitucionalidade como razão de veto.

Todas essas são formas de controle de constitucionalidade, que, em uma e outra medida, repousam fora do Poder Judiciário, mas que, neste último, encontra seu expoente máximo, concentrando o maior número de prerrogativas de controle. Isso ocorre pela mudança no tempo dentro dos ordenamentos democráticos, que, em um ou outro grau, caminharam do princípio da superioridade do parlamento, para a paridade entre os Poderes e a superioridade da Constituição.

Na mesma linha, em se tratando de interpretação constitucional, pode-se dizer que este não seria um papel de monopólio do Judiciário, muito embora o sistema lhe tenha dado primazia na função. Assim, não sendo competência privativa deste Poder, cabe a todo ordenamento jurídico o papel de interpretar a Constituição, sobretudo porque dela decorre a presunção de constitucionalidade dos atos e normas no ordenamento.

Nesse sentido, leciona Barroso e Barcellos (2003, p. 52):

A Constituição contém o código dos três Poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeitos pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato administrativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for parente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro também segue um alargamento de interpretação constitucional, sobretudo após a vigência da Constituição de 1988, seja pelo fator de redemocratização trazido com ela, seja pelo reconhecimento de sua superioridade e

normatividade trazidas pela sua efetividade, uma vez que não se trata de uma constituição nominalista (ou semântica), como a que lhe antecedeu.

Essa abertura interpretativa ganha bastante relevo na obra de Peter Häberle, que defende que o processo de interpretação constitucional não pode permanecer cerrado, devendo ser aberto a todos os destinatários da norma, aqueles que a vivenciam, como se vê:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este 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 (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Isto porque, para Häberle (2002, p. 13), no “processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”, o que impede de ser estabelecido um monopólio de interpretação ou mesmo um rol fechado.

Ressalta-se que, em se tratando deste momento constitucional de pós-positivismo, onde se insere a Constituição de 1988, Barroso e Barcellos (2003) afirmam que uma das características desse movimento é o estabelecimento de uma nova hermenêutica constitucional.

Nesse contexto, não se despreza a hermenêutica jurídica tradicional, que são as clássicas técnicas de interpretação de normas jurídicas ordinárias, como a gramatical, lógica, histórica, sistemática e finalística. No entanto, tais técnicas não são suficientes para o alcance do real sentido da norma constitucional, em vista do amplo conteúdo indeterminado que possuem as cláusulas constitucionais e do contexto subjetivo em que elas se inserem, como relatam Barroso e Barcellos (2003, p. 27):

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Nesse sentido, dentro dessa nova hermenêutica constitucional, revelaram-se novos princípios e métodos para alcançar os valores subjacentes na aplicação da norma constitucional.

Impende destacar ao tema proposto no presente trabalho o princípio constitucional da justiça ou correção funcional. Para este princípio, o mandamento que se dirige ao intérprete é

que a aplicação da norma constitucional não pode perturbar o esquema organizatório funcional estabelecido na Constituição. Nesse sentido, Mendes e Branco (2012, p. 140) dissertam:

O princípio da correção funcional é mais um critério orientador da atividade interpretativa. Conduz a que não se deturpe, por meio da interpretação de algum preceito, o sistema de repartição de funções entre os órgãos e pessoas designados pela Constituição. Esse princípio corrige leituras desviantes da distribuição de competências entre as esferas da Federação ou entre os Poderes constituídos.

Isto é, não deve um órgão, ao interpretar a norma, dar sentido que esvazie outra função previamente estabelecida na Constituição a outro órgão ou instituição. Assim, por exemplo, o intérprete não pode dar o sentido à norma “A” que retire ou reduza uma competência ou função constitucionalmente estabelecida ao órgão “Y”, que detém determinada finalidade funcional previamente estabelecida dentro do esquema organizacional do Estado.

Por sua vez, como bem lembra Barroso e Barcellos (2003, p. 162), é necessário dar deferência aos órgãos administrativos na atuação de suas funções estabelecidas, pois costumam ser estes os que detêm melhor competência técnica para decidir a situação posta a eles. Tal deferência vem ao encontro da teoria das capacidades técnicas de Sunstein e Vermeule (2003). Para essa teoria, as técnicas de interpretação do direito são insuficientes para considerar os efeitos das decisões judiciais, não sendo o judiciário o órgão tecnicamente mais bem capacitado para tomar decisões de consequências econômicas.

4 A SUMULA 347 DO STF NO CONTEXTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

Questão primordial para o presente trabalho consiste em identificar se o verbete “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, presente na Súmula 347 do STF, pretendeu conferir aos Tribunais de Contas a competência para a realização de controle de constitucionalidade ou tão-somente assegurar que, de acordo com suas funções constitucionais, pudesse interpretar a Constituição no exercício de sua competência administrativa.

A Súmula 347 do STF fora aprovada na Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, portanto, editada anteriormente à instituição do controle abstrato de constitucionalidade, realizada por meio da Emenda Constitucional n.º 16 de 1965.

Até então, o modelo de controle difuso de inspiração norte-americana adotado no Brasil desde a Constituição de 1891 sempre foi tipicamente jurisdicional. Por sua vez, os Tribunais de Contas jamais foram alocados dentro do Poder Judiciário, o que topograficamente já lhe retira o exercício de jurisdição, já tratado em momento anterior deste trabalho. Ainda assim, desde a sua instituição, vários posicionamentos antagônicos com relação à Súmula 347 surgiram no decorrer do tempo e permanecem até os dias de hoje.

A primeira interpretação, e mais polêmica, seria que a Súmula 347 teria sido editada com o fito de reconhecer aos Tribunais de Contas o exercício típico de controle de constitucionalidade de leis, nos moldes jurisdicionais (JAPPUR, 1977). Outra corrente entende que a Súmula teria sido editada com a finalidade de permitir que os Tribunais de Contas apenas não aplicassem leis já definidas pelo Poder Judiciário como inconstitucionais, ou frente a inconstitucionalidades flagrantes.

Certo que, para se inferir a real motivação da edição da Súmula 347, necessária a análise de um *leading case* que precedeu sua edição. Trata-se do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n.º 8.372, de 11 de dezembro de 1961 pelo STF, publicado no Diário de Justiça de 24 de abril de 1962. O RMS 8.372, de relatoria do Ministro Pedro Chaves, possui a seguinte ementa: “Não ofende o direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido” (BRASIL, 1961).

O caso tratava do indeferimento de registro de aposentadoria de um delegado de polícia do estado do Ceará pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE/CE). O fundamento da negativa de registro teria sido que a lei em que se baseava seu pedido de aposentadoria havia sido revogada e tornada sem efeito por outra lei, e esta última já havia sido proclamada constitucional pelo STF.

Inconformado com a negativa de registro, o interessado impetrou mandado de segurança no Tribunal de Justiça do Ceará, que negou provimento ao *mandamus*, desafiando recurso ao STF pelo impetrante. O RMS teve seu provimento negado por unanimidade na Suprema Corte com o seguinte voto do relator:

Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que serviria de fundamento ao ato de aposentadoria do recorrente, não pode ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. Ao meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso de lhe opor um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido. **Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois está é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado.** Feito essa ressalva, nego provimento ao recurso. (BRASIL, 1961, destaque nosso)

Do voto do Ministro Pedro Chaves podemos extrair o entendimento do Supremo Tribunal Federal em momento anterior à edição da Súmula 347, que era de que os Tribunais de Contas não tinham competência para realizar o controle de constitucionalidade de leis. Pode-se, então, inferir que a posterior edição da Súmula escolheu propositalmente o vocábulo “apreciar” e não “declarar” a inconstitucionalidade de leis, pois não era a intenção do Supremo delegar o controle de constitucionalidade difuso, este tipicamente jurisdicional, a ente com competência, ainda que constitucional, tão-somente administrativa.

Nesse sentido, ao se buscar o próprio entendimento unânime do STF à época, poder-se-ia pensar que a Súmula 347 não seria um dispositivo que permita controle de constitucionalidade difuso pelos Tribunais de Contas. Não se pode creditar essa finalidade à sua edição.

Alguns anos depois, posteriormente não só à edição da Súmula 347, mas também à instituição de controle abstrato no sistema constitucional brasileiro, o STF se deparou com outro Recurso em Mandado de Segurança vindo do Ceará: o RMS 18.655, que possuía a seguinte ementa: “Súmula 347. Equiparação de proventos, vedada pela Constituição do Ceará. Recurso desprovido” (BRASIL, 1968).

O caso tratava de equiparação de proventos de aposentadoria negada pelo TCE/CE em razão de lei autorizativa à equiparação, em afronta à vedação expressa existente na Constituição do Estado do Ceará à época. O recurso tinha como relator o Ministro Oswaldo Trigueiro — que não compunha o STF na época do julgamento do RMS 8.372 — que, por ocasião do julgamento do RMS, exarou o seguinte voto acompanhado por unanimidade:

[...]

A razão que conduziu o Tribunal de Contas, ora impetrado, a deixar de aplicar essa lei foi por considerá-la em choque com o parágrafo 1º do art. 159 da então vigente Constituição do nosso Estado, dispositivo [ilegível] mandado acrescentar pela Emenda Constitucional n. 7 de 28 de fevereiro de 1966. Quando foi editada a Lei 8.674, invocada em seu favor pelo postulante, já vigorava o precitado parágrafo primeiro do art. 159 da anterior Constituição do Estado, mandado acrescentar pela Emenda Constitucional n. 7, de 28 de fevereiro de 1966, que tem a seguinte redação: “observar-se-á, quanto aos servidores dos três (3) Poderes do Estado e de suas Instituições auxiliares para os cargos ou funções de igual categoria, denominação ou responsabilidade, não admitida, em nenhum caso, a correção monetária como privilégio de quaisquer cargos, grupos ou categorias funcionais, nem a equiparação, vencimentos e vantagens entre cargos e funções de denominação, categoria ou responsabilidade diferentes”. Quando a lei invocada pelo impetrante veio conceder a permissão, isto é, a equiparação por ele ora pretendida, não mais podia fazer, pois contra isso se opunha o princípio constitucional acima transcrito, que teve suas origens na própria legislação federal. A citada lei chegou tarde. A lei 8.674 é, portanto, inconstitucional e bem andou a nossa Corte Contista em deixando de aplicá-la. Aduo o impetrado em defesa da Constituição e das finanças do Estado, tão carecido de contenção de despesas”. (BRASIL, 1968)

Como se vê, desta vez o STF negou provimento por não ver ilegalidade no acórdão recorrido, entendendo, deste modo, correta a atuação do Tribunal de Contas ao não aplicar a lei considerada inconstitucional, mesmo sem decisão anterior do Poder Judiciário.

Ao se deparar com esta decisão, poderia se inferir que o STF, por ocasião deste julgado, teria interpretado a Súmula 347 como autorizativa de controle difuso por parte de um Tribunal de Contas. No entanto, essa não parece ser a melhor interpretação, uma vez que, no julgado do RMS 8.372, anterior à Súmula, já havia se consignado, no voto do relator acatado por unanimidade, que a não aplicação de leis inconstitucionais era obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado.

Nesse sentido, não parece que o STF tenha evoluído seu pensamento entre o julgamento de um RMS e o outro, já que, em uma análise objetiva, as decisões são convergentes. A inaplicabilidade de lei realizada pelo TCE/CE se deu em flagrante e expressa incompatibilidade entre norma infraconstitucional estadual e Constituição do Estado, não demandando maiores interações subjetivas e análises doutrinárias, realizada tão-somente através de incompatibilidade literal.

Contudo, é verdade que, mesmo com os julgados acima relatados, havia vozes à época não só que defendiam que os Tribunais de Contas pudessem realizar controle de constitucionalidade, como de que tais tribunais exerceriam uma espécie de jurisdição, baseados na análise da edição da Súmula 347. Nesse sentido, José Jappur defendeu que a edição da referida súmula conferiu às Cortes de Contas jurisdição plena, o que, segundo ele, teria levado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a exarar, à época, orientação sobre Tribunal de Contas que dizia “A referida Corte tem autonomia, competência e jurisdição próprias e não está

subordinada, nas suas deliberações e julgamentos, a qualquer outra autoridade, mesmo as do Poder Judiciário” (JAPPUR, 1997, p. 359)..

No entanto, ao que os julgados indicam, não parece ser essa a melhor análise. O STF não reconheceu na súmula, mesmo à época de sua edição, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade, muito menos que as Cortes de Contas exercem jurisdição, utilizando-a tão somente como verbete que autoriza os Tribunais de Contas a não aplicarem leis consideradas inconstitucionais (RMS 8.372); ainda que esse juízo de inconstitucionalidade seja realizado no próprio âmbito do Tribunal de Contas, sem decisão judicial pretérita (RMS 18.655). Por fim, ressalta-se também que os julgados tratados nos RMS foram tratados em casos concretos com efeitos dirigidos tão somente aos interessados.

4.1 A Súmula 347 e a Constituição de 1988

A nova ordem constitucional democrática, reinaugurada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, rompendo com o período antidemocrático anterior, como já visto em momento anterior, trouxe diversas inovações no campo do controle de constitucionalidade. Tais inovações, no entanto, não nos permitem arrematar que houve mudanças quanto à titularidade do controle de constitucionalidade, permanecendo este tipicamente judicial, quando falamos de controle de constitucionalidade repressivo de normas e atos administrativos.

Também não se pode falar de mudanças relevantes quanto à estrutura e ao papel dos Tribunais de Contas, que, a despeito da Constituição anterior, apresentava desenho institucional semelhante, sendo colocado em local no qual, pelo menos topograficamente e orçamentariamente, apresentasse dentro do Poder Legislativo.

Não se questiona, como já visto, a sua independência em relação ao Congresso Nacional (ou às assembleias legislativas, nos casos estaduais). No entanto, é certo que permanece um órgão com competências administrativas, não fazendo parte do Judiciário e, por conseguinte, não exercendo jurisdição.

Por sua vez, ressalta-se que a Súmula 347, até hoje, não passou por nenhum procedimento formal de cancelamento. O que significa que, ao menos formalmente, está em vigor¹².

¹² “[...] Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbetes 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional” (BRASIL, 2012).

Resta saber, portanto, se a Súmula 347, ainda que em vigor, teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, e ainda, se recepcionada, se estaria ou não seu entendimento superado tendo em vista as novas posições do STF.

Primeiramente, cumpre esclarecer que uma Constituição, ao entrar em vigor, torna-se o novo fundamento de validade do ordenamento jurídico. Desta forma, as normas pretéritas serão aferidas em sua materialidade frente à Constituição. Se compatíveis, são recepcionadas; se incompatíveis, consideram-se revogadas.

Desta forma, parece certo inferir que, se a Súmula 347 pretendesse autorizar o exercício de controle de constitucionalidade, ainda que difuso, aos Tribunais de Contas, esta não poderia ser recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988 e, portanto, estaria superada.

Ocorre que esta interpretação teria algumas implicações. Primeiramente, o precedente e posicionamento do STF nos julgados já mencionados (RMS 8.372 e RMS 18.655) demonstram que o STF à época não pretendeu autorizar qualquer tipo de controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas, tratando-se tão-somente de permissão de não aplicação de norma inconstitucional no exercício de sua competência.

Outra implicação seria que a própria Constituição de 1946, na qual foi editada a Súmula 347, e a Constituição de 1967, na qual foi julgado o RMS 18.655, também outorgavam exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício de controle de constitucionalidade difuso e negavam o exercício de jurisdição pelos Tribunais de Contas. Isso significa que nem quando ela foi editada poderia ter tido a pretensão de autorizar o exercício de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

Dessa forma, parece claro que, em não sendo a súmula um dispositivo de sobreposição ou usurpação de jurisdição por parte dos Tribunais de Contas, teria ela sido recepcionada, sendo, portanto, materialmente compatível com a ordem de 1988.

Por sua vez, necessário analisar se, após recepcionada, a Súmula 347 teve seu verbete superado pelo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, três julgados são primordiais para a compreensão do tema, o MS 25.888/DF, o MS 35.410/DF e o MS 35.824/DF.

O MS 25.888/DF, de 2006, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, versava sobre processo de contratação simplificado da Petrobrás S/A. O caso tinha como objeto a impetração de MS pela Petrobrás contra acórdão do TCU que determinou, em uma contratação da impetrante, que ele obedecesse aos ditames da antiga Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) em determinada contratação (BRASIL, 2006b).

Em recurso ao TCU (reexame), a Petrobras defendeu que não estaria obrigada a contratar com base na Lei Geral de Licitações, pois suas contratações seriam reguladas pelo Decreto n. 2.745/98 (Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado), cuja base legal seria o art. 67 da Lei n. 9.478/97.¹³ Outrossim, alegou que este, inclusive, seria o entendimento do parecer AC-15 da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República e vinculante para a Administração Pública Federal.

Ao julgar o reexame, o TCU negou provimento aos argumentos da Petrobrás, afirmando que o parecer seria vinculante tão-somente ao Executivo Federal, não se estendendo ao TCU, e que este último já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n° 9.478/97 e do Decreto n° 2.745/98, determinando que a Petrobrás observasse os ditames da Lei n° 8.666/93.

Desta forma, a Petrobrás impetrou Mandado de Segurança contra o acórdão do TCU que, entre vários argumentos, destaca que este Tribunal de Contas não possuiria competência para declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pois a Súmula 347 do STF teria sido baseada no art. 77 da Constituição de 1946, já revogada. Além disso, salientou que o Regimento Interno do TCU, apesar de prever essa competência para o órgão, não poderia se sobrepor à Constituição.

Em julgamento de medida cautelar, o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar para suspender o acórdão do TCU sob os seguintes argumentos:

[...] Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade

¹³ “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República” (BRASIL, 1998).

de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (BRASIL, 2006b).

Dessa decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, podemos extrair algumas mudanças de posição em relação aos julgados pretéritos à Constituição de 1988 tratados anteriormente.

A primeira é de que o contexto atual operado pela introdução do modelo abstrato de controle de constitucionalidade, operado pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965, bem como a ampliação dos legitimados à deflagração deste controle pela Constituição de 1988, teriam restringido o controle difuso a ponto de a Súmula 347 tornar-se desnecessária.

O Ministro utiliza o vocábulo “subsistência” da súmula em face da ordem constitucional de 1988, o que não revela se entende que a Súmula realmente autorizava que os Tribunais de Contas pudessem exercer controle difuso ou se apenas a sua existência seria desnecessária frente ao atual modelo constitucional de ampliação do controle abstrato de constitucionalidade.

A segunda é que o Ministro também faz ressalvas no atual modelo, considerando que até o modelo anterior era legítimo que órgãos não-jurisdicionais se recusassem a aplicar leis consideradas inconstitucionais. O mesmo Ministro, em artigo publicado em 1997, já asseverava este entendimento quanto à possibilidade do Executivo deixar de cumprir decisão legislativa com fundamento em inconstitucionalidade. Para ele, a densidade doutrinária e jurisprudencial teria perdido o significado prático em face da nova disciplina conferida à ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴

Assim, pode-se inferir que não haveria propriamente uma incompatibilidade na recusa de aplicação de dada norma inconstitucional por parte do Executivo, mas, pelo menos, que esta não seria algo necessário no atual ordenamento jurídico brasileiro em vista da ampliação de legitimados para deflagração do controle concentrado, no qual o próprio Executivo poderia impugnar no Supremo a norma.

No entanto, o entendimento exarado pelo Ministro Relator se deu em sede de Medida Cautelar, concedendo liminar monocraticamente, mas sem, ao final, definir decisão colegiada uma vez que o MS 25.888/DF foi considerado prejudicado por perda do objeto, em razão da revogação do art. 67 da Lei nº 9.478/97 pela Lei nº 13.303/2016, a qual “dispõe sobre o estatuto

¹⁴ “Outra questão de relevo nesse contexto refere-se à possibilidade ou não de o Executivo deixar de cumprir decisão legislativa com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade. A controvérsia, que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, perdeu, certamente, muito do seu significado prático em face da nova disciplina conferida à ação direta de inconstitucionalidade. A outorga do direito para propor a ação direta aos Chefes do Executivo federal e estadual retira, senão a legitimidade desse tipo de conduta, pelo menos, na maioria dos casos, a motivação para a adoção dessa conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito” (MENDES, 1997, p. 12).

jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 2016a).

Interessante posição do Ministro Gilmar Mendes em sua decisão em que julgou o Mandado de Segurança prejudicado é que ele retorna ao RMS 8.372/CE, precedente originário da Súmula 347, informando que, naquela decisão, quando o TCE/CE afastou a aplicação de determinada lei, apenas o fez por seguir a jurisprudência do STF (BRASIL, 2020a).

A decisão, apesar de julgar prejudicado o mandado de segurança, revela valoroso entendimento doutrinário sobre a Súmula 347. Nesse sentido, afirma o Ministro Relator que, para o caso, “o argumento de inconstitucionalidade tem a chance de ver o seu uso racionalizado: o afastamento de lei ou ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, depende também de sua imprescindibilidade para o exercício do controle externo” (BRASIL, 2020a).

Ademais, pontou o Ministro que a atuação do Tribunal de Contas da União não observou o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, atuando em situação em que não havia inconstitucionalidade evidente, tampouco existia jurisprudência do Supremo sobre a matéria, além de decidir diferentemente do que apontava a doutrina sobre a situação:

Se é assim, pode-se vislumbrar com clareza que a invocação da Súmula 347 do STF pelo Tribunal de Contas da União, no âmbito do processo ora impugnado, parece ter cumprido função compensatória: possibilitou que a Corte de Contas não observasse o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em um quadro em que (i) não havia inconstitucionalidade evidente; (ii) não existia jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacífica no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do tema; (iii) a doutrina apontava na direção oposta àquela que fora adotada pelo Tribunal (BRASIL, 2020a).

Veja-se que, da decisão liminar até a decisão que julga o MS 25.888/DF prejudicado, passaram-se quase 15 anos. Se na decisão liminar não restava claro que o Ministro Relator entendia que a Súmula 347 não autorizava o exercício de controle difuso de constitucionalidade por Tribunais de Contas, na decisão em que julga prejudicado o *mandamus* esta posição se torna clara.

Por sua vez, há de se analisar também o Mandado de Segurança Coletivo nº 35.410/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, transitado em julgado em 2 de junho de 2021, cuja ementa se transcreve:

Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo precedente. Ordem concedida (BRASIL, 2021a).

O referido Mandado de Segurança versava sobre o Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 021.009/2017-1, que afastou a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017.¹⁵ Referida lei trata de alteração de remuneração, carreira e incorporação de gratificações de desempenho a aposentadoria e pensões de ex-servidores de ex-Territórios Públicos Federais.

O TCU, de ofício, determinou o corte do bônus de eficiência previsto nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei 13.464/2017, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade decorrente da ausência de desconto de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor (CPSS) sobre a referida parcela.

Houve concessão de liminar, em 15 de dezembro de 2017, para determinar que o TCU se abstinhasse de afastar a incidência dos dispositivos questionados nos casos concretos submetidos à sua apreciação.

A decisão do TCU, inicialmente liminar, se fundamentou no entendimento da Súmula 347, que autorizava a apreciação de constitucionalidade das leis quando no exercício de suas atribuições. Contudo, no julgamento de mérito do processo TC 021.009/2017-1, o TCU exarou

¹⁵Art. 7º Os servidores terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira por servidor, na proporção de: I - 1 (um inteiro), para os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil; II - 0,6 (seis décimos), para os Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil. § 1º Os servidores ativos em efetivo exercício receberão o Bônus proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “a” do Anexo III desta Lei , aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo. § 2º Os aposentados receberão o Bônus correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “a” do Anexo IV desta Lei, aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo. § 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no caput deste artigo: I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela “a” do Anexo III desta Lei , aplicando-se o disposto na tabela “a” do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída; Art. 17. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho terão direito ao valor individual do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho por servidor, na proporção de 1 (um inteiro) § 1º Os servidores ativos em efetivo exercício no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho proporcionalmente ao período em atividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “b” do Anexo III desta Lei , aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo. § 2º Os aposentados receberão o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho correspondente ao período em inatividade, de acordo com os percentuais de bonificação definidos na tabela “b” do Anexo IV desta Lei , aplicáveis sobre a proporção prevista no caput deste artigo. § 3º Os pensionistas farão jus ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho da seguinte forma, aplicável sobre a proporção prevista no caput deste artigo: I - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na atividade, o valor do Bônus será pago observado o disposto na tabela “b” do Anexo III desta Lei , aplicando-se o disposto na tabela “b” do Anexo IV desta Lei para fins de redução proporcional da pensão a partir do momento em que for instituída; II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela “b” do Anexo IV desta Lei. II - para as pensões instituídas em decorrência do falecimento do servidor na inatividade, o valor do Bônus será o mesmo valor pago ao inativo, observado o tempo de aposentadoria, conforme o disposto na tabela “a” do Anexo IV desta Lei (BRASIL, 2017).

Acórdão, estendendo os efeitos a todos os processos que tratavam sobre o mesmo objeto naquela corte.

Em trecho do voto do Ministro Relator, pode-se entender que o grande problema do acórdão impugnado foi que, além do exercício de verdadeiro controle de constitucionalidade, houve a extensão dos efeitos (*erga omnes*) ao julgamento realizado pelo TCU:

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2021a).

Outrossim, o Ministro Relator asseverou que esta atuação do TCU, conferindo efeitos *erga omnes* no julgamento em comento, seria usurpação da função jurisdicional em virtude da extensão dos efeitos do julgado a todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública.

Ponto importante a ser dito é que, aparentemente, em trecho de seu voto, o Relator consideraria não aplicação de lei considerada inconstitucional como o próprio exercício de controle de constitucionalidade, como podemos ver:

Exatamente como na presente hipótese, o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois, na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes no âmbito daquele tribunal (BRASIL, 2021a).

Ocorre que não parece ser essa a conclusão da leitura do parágrafo, já que ele correlaciona essa equiparação ao final do excerto com a extensão dos efeitos *erga omnes* da decisão, indicando que, na verdade, o TCU estaria se utilizando do termo “não aplicação de lei considerada inconstitucional” para realizar verdadeiro controle de constitucionalidade, em evidente usurpação ao Poder Judiciário.

Ademais, ressalta, ainda, o voto do relator que, ao estender os efeitos deste equivocado exercício de controle difuso, o TCU teria extrapolado ainda mais os limites constitucionais de sua função, aplicando à sua decisão a transcendência dos efeitos do controle difuso e desrespeitando o exercício do controle concentrado reservado com exclusividade, no caso, ao STF, tese esta não admitida nem mesmo pela própria jurisprudência da Suprema Corte.

A decisão terminou pela concessão da segurança, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. [...] Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 021.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, prevendo o pagamento do bônus de eficiência, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do Tribunal de Contas da União, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha; e, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Impedido o Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2021a).

Como se vê, o julgamento não se deu por unanimidade, havendo divergência tanto na conclusão quanto na fundamentação dos que acompanharam o relator. Ressalta-se, ainda, que ao fim e ao cabo, a decisão do referido mandado de segurança vedou tão somente que TCU exerça controle de constitucionalidade estendendo os efeitos *erga omnes* às suas decisões, em usurpação à jurisdição do STF. Todavia, algumas questões fundamentadas pelos ministros possam levar o leitor a outro entendimento, como podemos ver no parágrafo 3 da ementa da decisão:

3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes (BRASIL, 2021a).

Isso nos leva a inferir que o STF ainda não tratou sobre a (im)possibilidade de Tribunais de Contas aplicarem lei considerada inconstitucional no caso concreto. No entanto, a posição pela possibilidade se pode extrair da fundamentação não só do Ministro Relator, como já examinado acima, mas também nas posições dos outros Ministros que emitiram voto vogal na sessão de julgamento.

Isto porque até mesmo os Ministros que votaram contra o Relator, em verdade, exararam votos que, em alguma medida, aproximavam-se daquele entendimento, não acompanhando talvez por questões de fundamentação do entendimento ou por dúvidas sobre se, de fato, a conduta do TCU, objeto do julgado, seria ou não exercício de controle de controle difuso travestido de inaplicação de lei considerada inconstitucional.

Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin ponderou que a conduta do TCU não parecia desbordar de sua competência, pois poderia verificar a compatibilidade dos atos administrativos com o ordenamento jurídico. O Ministro ressaltou que este entendimento já estava consignado pela Corte no julgamento da PET 4.656/PB, de relatoria da Ministra Cármen Lucia, julgado em

19 de dezembro de 2016, no qual se distinguiu a não aplicação de lei considerada inconstitucional da declaração de inconstitucionalidade de lei no âmbito do CNJ e CNMP, assentindo que esta possibilidade também seria permitida ao TCU, uma vez que a lei não seria excluída do ordenamento jurídico.

Outros, como os Ministros Rosa Weber e Roberto Barroso, acompanharam o voto do Relator, divergindo, contudo, em pontos da fundamentação. O Ministro Barroso concorda que, no caso concreto, não poderia o TCU ter suspenso a lei considerada inconstitucional e emprestar à decisão efeitos *erga omnes*; no entanto, faz a ressalva que, para ele, qualquer órgão administrativo poderia realizar controle incidental e declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto.

Em tese, o ministro Barroso se filia à corrente de que a Súmula 347 autorizaria o controle difuso de constitucionalidade e que estaria de acordo com o ordenamento vigente, não podendo, no entanto, ser realizada com efeitos *erga omnes*, razão pela qual votou contra o acórdão.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber acompanhou o entendimento já exarado na PET 4.656/PB e considerou que o ordenamento jurídico vigente, apesar de vedar o exercício de fiscalização da lei em caráter abstrato, permite que, pela maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação no caso concreto de lei reputada como inconstitucional quando houver posição pacífica do STF, acompanhando o relator com ressalvas na fundamentação.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, mesmo acompanhando sem ressalvas o Ministro Relator, exarou voto vogal no qual mantém seu entendimento já exarado no MS 25.888/DF, quando julgou o processo prejudicado por perda de objeto. Para o Ministro, subsiste a possibilidade de os Tribunais de Contas deixarem de aplicar lei considerada inconstitucional quando houver posição pacífica na jurisprudência do STF sobre o caso:

Observo, no entanto, que, apesar desse entendimento pacífico, não há empecilho para que a Administração Pública deixe de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional ou interpretação tida como incompatível com a Constituição pela Suprema Corte, consoante jurisprudência pacífica. Quando o STF, no papel do intérprete constitucional, procede à determinada leitura da norma constitucional, não podem os demais órgãos públicos *lato sensu*, no exercício de atividade administrativa típica ou atípica, simplesmente desprezá-los e passarem a contorná-los com artimanhas jurídicas (BRASIL, 2021a).

Não há, no inteiro teor do Acórdão, fundamentação do Ministro Marco Aurélio que votou contra o Relator, o que por si só já se leva a crer que considerava válido o verbete da Súmula 347 e dos demais Ministros presentes que acompanharam o Relator sem ressalvas.

Nesse sentido, pela análise completa do julgado, pode-se inferir que permanece hígida e recepcionada a Súmula 347 no ordenamento jurídico brasileiro, primeiro porque jamais foi

revogada; segundo, porque, segundo as manifestações do Supremo Tribunal Federal, o seu comando subsiste na atuação do TCU.

O que varia de entendimento é qual a interpretação mais adequada a ser dada à referida Súmula. Analisando o voto vencedor e as ressalvas e considerações dos Ministros que o acompanharam, verifica-se que somente o Ministro Barroso considera que a atividade de não aplicação de lei inconstitucional seria de fato uma espécie de controle difuso, mas que, em seu entender, seria permitido a todo órgão Administrativo.

Por sua vez, pelo voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, o que seria vedada seria a usurpação do papel do Judiciário de competência exclusiva para exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas (no caso concreto, o TCU), que se utilizou indevidamente da Súmula 347 para realizar verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*, aplicando a teoria da transcendência dos efeitos do controle difuso, que sequer é aplicada amplamente pelo STF.

Essa posição se fortalece da análise do voto do Ministro Gilmar Mendes que acompanha o Relator, mas reforça que, em casos já pacificados pelo STF, os Tribunais de Contas poderiam deixar de aplicar a norma. Essa linha é também seguida pela Ministra Rosa Weber, que, na fundamentação de seu voto, também reconheceu a possibilidade de inaplicação de lei considerada inconstitucional por órgão não jurisdicional.

Quanto aos ministros que votaram de forma divergente, o Ministro Fachin (o Ministro Marco Aurélio não manifestou voto vogal no inteiro teor do acórdão) explana que o Supremo já diferenciou a declaração de inconstitucionalidade da não aplicação de lei considerada inconstitucional. Isto é, a fundamentação do Ministro Fachin é mais próxima da do relator que do Ministro Barroso que votou a favor, mas com ressalvas, visto que a sua divergência foi na questão da conduta impugnada em si, já que ele entendeu que a atuação do TCU não transpassou os limites permitidos pela sua competência.

Os Ministros mantiveram o mesmo posicionamento no julgamento do MS 35.824, que tinha o mesmo objeto do anterior analisado, neste ato requerendo que o TCU reapreciasse as decisões, abstendo-se de afastar as normas que haviam sido consideradas inconstitucionais no acórdão contista. Neste julgado, há o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, que entendeu, na linha do Ministro Fachin em ambos os julgados, que o TCU não exerceu controle de constitucionalidade, atuando dentro de sua competência administrativa em caso concreto.

O Tribunal de Contas enfrentou situação concreta e concluiu não prevalecer a lei, mas sim a Constituição, no que a Administração não está compelida a observar norma que entenda incompatível com a Lei Maior. Atuando, não exerceu o controle difuso,

propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional. Teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma (BRASIL, 2021b).

Neste sentido, pode-se dizer que a divergência também neste caso foi quanto à conduta do TCU, isto é, se seria ou não controle de constitucionalidade, e não quanto à fundamentação do Relator, indo na verdade no mesmo sentido do voto vencido quanto à impossibilidade de o TCU exercer controle de constitucionalidade.

Dessa forma, os MS 35.410/DF e MS 35.824/DF não tiveram o condão de superar a Súmula 347 do ordenamento jurídico inaugurado em 1988, permanecendo formal e materialmente hígido o verbete sumular.

4.2 Controle de constitucionalidade e não aplicação de lei inconstitucional: análise dos julgados PET 4.656 e MS 26.739

Diante do cenário até aqui apresentado, relembremos que o controle de constitucionalidade instituído no Brasil foi, inicialmente, o controle de constitucionalidade difuso, de inspiração norte-americana, tipicamente judicial.

Neste sentido, se compreendermos que a não aplicação de lei considerada inconstitucional for, na espécie, a mesma atividade realizada por órgão judicial que expurga lei incompatível por vício de constitucionalidade diante de um caso concreto, não haveria possibilidade de órgão administrativo, como por exemplo, os Tribunais de Contas, realizarem tal tarefa, uma vez que, ressalvado entendimento doutrinário minoritário, não é órgão apto ao exercício de jurisdição e sequer faz parte do judiciário.

Por outro lado, se entendermos que o exercício de controle de constitucionalidade difuso, de competência exclusiva do Judiciário, e a não aplicação de lei inconstitucional por Tribunal de Contas, diante de sua competência administrativa, são atividades diferentes, esta seria possível — razão pela qual a Súmula 347 estaria recepcionada pelo ordenamento de 1988.

Das posições do STF analisadas anteriormente, verificou-se que, apesar de votos divergentes, a maioria dos Ministros compreendia na sua fundamentação a possibilidade, ao menos, do Tribunal de Contas não aplicar lei considerada inconstitucional diante de posição pacífica do STF sobre o objeto normativo analisado.

Reforça-se ainda que, o próprio precedente da Súmula 347, o RMS 8.372, detinha esse espeque, uma vez que, o ministro Relator avaliou que “o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência dos Tribunais de Contas” (BRASIL, 1961). O relator completou, ainda, que

haveria de se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, uma vez que esta última seria obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado.

Isto porque, no RMS 8.372, o STF já teria analisado o objeto da lei que se embasava a tomada de decisão do Tribunal de Contas na espécie. Assim já haveria como a lei inconstitucional ser afastada na atuação da competência administrativa do órgão de controle, pois o Poder competente já havia se manifestado. Isso demonstra que, desde a origem, a Súmula 347 jamais foi um verbete que pretendeu ampliar a competência de Tribunal de Contas, não delegando o exercício de controle de constitucionalidade difuso a órgão não jurisdicional.

Ocorre que, como já analisado em momento anterior, há vozes dissonantes, tanto à época como atualmente. Exemplo disso é a posição do Ministro Roberto Barroso no seu voto do MS 35.410/DF, que leva a crer que a inaplicação de lei inconstitucional e controle difuso seriam a mesma atividade, mas que seria permitido aos órgãos administrativos no exercício de suas competências.

No entanto, não foi assim que se sedimentou o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. O Ministro Edson Fachin, nos autos do MS 35.410/DF, em voto vencido, asseverou que a distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de lei considerada inconstitucional foi realizada por meio do julgamento da PET 4.656/PB, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e que o entendimento seria aplicável aos Tribunais de Contas:

Aqui, entendo ser aplicável o mesmo entendimento já expresso por este Supremo Tribunal Federal no que concerne às competências do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, em especial no julgamento da PET 4.656/PB (Relatora Ministra Cármen Lúcia, Plenário, julgamento em 19.12.2016), em que se distinguiu a não aplicação da lei reputada inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do órgão correicional para, uma vez concluída a apreciação da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador da lei inconstitucional (BRASIL, 2021a).

Bem verdade que em precedente anterior, no julgamento do MS 26.739/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF já teria ratificado pela possibilidade do CNJ, enquanto órgão de controle da magistratura, afastar norma considerada inconstitucional quando já decidida pelo STF:

Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. [...]. Quanto à

fundamentação adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas. 3. Sendo o ato administrativo controlado de caráter normativo geral, resta afastada a necessidade de notificação, pelo CNJ, dos servidores interessados no processo. 4. A conclusão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, das férias coletivas nos tribunais, se aplica aos servidores do TJMG, cujo direito às férias de 60 dias se estabeleceu em normativos fundamentados nas férias forenses coletivas. 5. Ordem denegada (BRASIL, 2016b).

A questão tratava de ato normativo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que concedeu férias de 60 dias aos seus servidores da segunda instância. Ocorre que o ato normativo se baseou em normativos das férias coletivas dos magistrados nos quais já havia decisões do STF pela sua inconstitucionalidade. Dessa forma, entendeu que o CNJ tão-somente, dentro de sua competência administrativa, aplicou decisão já pacificada no Supremo.

Ressalta-se que, anteriormente ao julgado acima, o STF já havia consignado que o CNJ, ainda que órgão integrante do Poder Judiciário, não possuía função jurisdicional, mas tão-somente competência administrativa, o que não lhe permitiria realizar controle de constitucionalidade de atos administrativos, mas tão somente a sua legalidade.¹⁶ Ainda assim, diante de tal precedente, entendeu-se pela possibilidade não aplicação de norma com entendimento do STF pela sua inconstitucionalidade.

Por sua vez, foi na PET 4.656/PB que o STF, por meio do voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia, estabeleceu mais profundamente os parâmetros que distinguiam a não aplicação de lei inconstitucional da declaração de inconstitucionalidade. O julgamento da petição tinha por objeto ato do CNJ que afastou a validade de lei da Paraíba que criava cargos em comissão no âmbito do Tribunal de Justiça daquele Estado. Os cargos criados eram vinculados a atribuições genéricas e burocráticas que não se enquadravam dentro do esboço estabelecido no art. 37, V da CF/1988, que atribui a esses cargos apenas a possibilidade de competências de chefia, direção e assessoramento (BRASIL, 2016c).

O Sindicato dos servidores daquele Tribunal propôs a referida ação no STF, aduzindo que a norma respeitava todos os requisitos constitucionais e que o CNJ teria usurpado a função jurisdicional do STF, realizando verdadeiro controle de constitucionalidade da norma ao afastar sua aplicação por considerar irregulares as contratações advindas de seu texto normativo. Além

¹⁶ “O Conselho Nacional de Justiça, embora seja órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente sua legalidade [...] concluiu ter atuado o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura (CNJ) nos limites de sua competência, afastando a validade de atos administrativos e, para tanto, adotando como fundamento a invalidade da lei estadual, que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público, por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizados para a criação de cargos comissionados” (BRASIL, 2011).

deste argumento, alegou que não teria sido respeitado o princípio da ampla defesa e contraditório dos servidores exonerados em consequência do afastamento da norma.

A Relatora entendeu que, no caso concreto, o CNJ não usurpou a competência do STF quando declarou a nulidade dos atos administrativos de nomeação, pois o fez usando como parâmetro de validade lei estadual reputada inválida frente ao princípio constitucional do concurso público e pela ausência dos requisitos para a criação dos cargos em comissão (BRASIL, 2016c). Entendeu também, em seu voto, que não houve violação ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que se tratava de norma de criação de cargos em comissão, demissíveis *ad nutum*, sem necessidade de contraditório e ampla defesa.¹⁷

Importante observação feita pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no referido julgado, ao acompanhar a relatora, é que o STF já havia analisado situações semelhantes quanto à criação de cargos em comissão e que esta inclusive havia sido referenciada pelo CNJ em sua atuação. Portanto, válida a posição de que os Tribunais de Contas somente poderiam afastar determinada norma inconstitucional quando no STF já houvesse situação jurisprudencial sobre o objeto analisado.

Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça pode afastar a aplicação de norma baseada em sua inconstitucionalidade, especialmente quando a matéria veiculada já se encontra pacificada nesta Corte. **No caso sub examine, aliás, o contexto fático milita em prol da tese ora defendida. Em suas razões de decidir, o CNJ cita o julgamento da ADI 3.233 pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o caput e os incisos I e II do art. 1º da Lei Estadual 6.660/1998, do art. 5º da Lei Complementar Estadual nº 57/2003, a Lei 7.679/2004 e a Lei 7.696/2004, que haviam criado 192 cargos comissionados de Agente Judiciário de Vigilância, com as atribuições de prestar serviços de vigilância e segurança. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as atribuições de serviços de segurança constantes na norma invalidada não se amoldavam à regra instituída no art. 37, V, da Constituição da República, que determina que os cargos em comissão somente poderiam ter as atribuições de direção, chefia e assessoramento (BRASIL, 2016c, destaque nosso).**

Retornando ao voto da Relatora, verifica-se sua preocupação em distinguir a natureza da conclusão sobre a inconstitucionalidade declarada por órgão jurisdicional competente e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal, sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes* e vinculante. A Ministra se utiliza de excerto doutrinário de Hely Lopes Meirelles (1993, p. 538-539) para elucidar sua posição, o qual se transcreve:

¹⁷“concluo ter atuado o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura (CNJ) nos limites de sua competência, afastando a validade de atos administrativos e, para tanto, adotando como fundamento a invalidade da lei estadual, que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público, por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizados para a criação de cargos comissionados” (BRASIL, 2016c).

O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores. Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição.

Conclui a relatora que, muito embora o enfoque do excerto doutrinário se dirija ao Chefe do Executivo, a premissa seria também aplicável aos órgãos administrativos autônomos, com suas competências de controlar a validade dos atos administrativos constitucionalmente estabelecidas, e exemplifica com o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

Aqui se destaca a estatura do órgão administrativo apto a realizar o exame de validade das leis e das normas administrativas, com competência para deixar de aplicar essas normas em caso de inadequação com a Constituição. Para a Relatora, somente os órgãos autônomos com capacidade de controle de validade de leis e atos normativos poderiam realizar tal tarefa. Nessa toada, o órgão de controle, ao proceder o exame da norma, analisaria também o fundamento legal em que se baseia; se o objeto de análise se funda em norma legal contrária à Constituição, afastar-se-á a aplicação, como se vê:

Essa atuação não prescinde do exame da validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta: se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à Constituição da República, afastar-lhe-á a aplicação na espécie em foco. Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios (BRASIL, 2016c).

Dessa forma, o que o julgado em comento elucidada é que, diferentemente de controle de constitucionalidade difusa, na qual o Poder Judiciário suspende a validade da norma no caso concreto, a não aplicação de norma considerada inconstitucional por órgão administrativo autônomo com poder de controle não seria propriamente a suspensão ou invalidação da norma naquele caso, mas uma atuação de anulação de ato administrativo dentro da competência constitucional do órgão de controle. O que se invalida, portanto, é o ato administrativo e não a base normativa que lhe dá suporte.

Nesse sentido, somente o Poder Judiciário, notadamente o STF, nos casos de parâmetro de constitucionalidade na Constituição Federal, ou o Tribunal de Justiça Estadual, quando o

parâmetro for a Constituição Estadual, poderá dizer através de sua jurisprudência se determinada norma é ou não inconstitucional. Por sua vez, os órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, atuam apenas na invalidação do ato normativo quando já houver, por parte do Judiciário, indicação de que o suporte normativo é afrontoso à Constituição.

Outro ponto interessante assentado no voto da Relatora é quanto à cláusula de reserva de plenário nos julgados deste tipo. Para a Ministra Cármen Lúcia, para conferir maior segurança jurídica quanto à decisão e maior certeza sobre a inconstitucionalidade do suporte normativo, seria indispensável o respeito desta reserva de plenário, ainda que a Constituição Federal tenha a princípio limitado a regra aos Tribunais do Poder Judiciário:

Há que se ter como indispensável, condição mesma de eficácia jurídica tanto da declaração de inconstitucionalidade assentada incidentalmente quanto da decisão administrativa extensiva dos seus efeitos, a manifestação da maioria absoluta dos membros do Conselho Nacional de Justiça. Conquanto o art. 97 da Constituição da República limite, expressamente, a regra da reserva de Plenário aos tribunais, há que se considerar ter essa restrição buscado enfatizar a necessidade de exaurimento das vias recursais ordinárias no controle difuso de inconstitucionalidade realizado pelos órgãos judiciais, tornando apta a interposição de recursos extraordinário e especial, em reforço à determinação constante do inc. III dos arts. 102 e 105 da Constituição da República (“julgar [...] as causas decididas em única ou última instância”) (BRASIL, 2016c).

Ressalta-se que o julgamento da PET 4.656 foi acompanhado por unanimidade nos termos do voto da Relatora e, assim como no MS 26.739, pavimentou o entendimento do STF para a atuação dos órgãos autônomos de controle apreciarem a constitucionalidade de leis, o que vai ao encontro da recepção e manutenção da Súmula 347 do STF..

4.3 O STF e o momento posterior aos julgamentos dos mandados de segurança 35.510/DF e 35.824/DF

A partir da análise da jurisprudência do STF que se liga à Súmula 347, verifica-se que há desde o princípio uma oscilação de fundamentação dos Ministros quanto ao tema no decorrer do tempo. Podemos estabelecer à espécie duas correntes de entendimento: a primeira, que a súmula tão somente estabeleceria a autorização dos Tribunais de Contas de não aplicarem leis inconstitucionais no exercício de sua competência; a segunda, de que a Súmula 347 permitiria o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas. Ambas, evidentemente, sempre no caso concreto.

Por sua vez, a primeira corrente pode ser subdividida em duas, uma, mais restritiva, que defende que a inaplicação de lei inconstitucional deve respeitar a jurisprudência do STF (ou Tribunal de Justiça quando o parâmetro for Constituição Estadual); outra, ampliada, que

defende que haveria possibilidade de o próprio Tribunal de Contas realizar a seu juízo a análise da lei frente à Constituição para chegar no resultado de inaplicação da lei no caso concreto.

Vale lembrar que o precedente que deu origem a Súmula, o RMS 8.372, sob a égide da Constituição de 1946, é categórico no sentido de se distinguir a atividade de controle de constitucionalidade difusa da não aplicação de lei inconstitucional. Na espécie se consignou pela possibilidade, uma vez que o STF já havia decidido sobre o assunto.

Como se pode ver, o precedente adotou a corrente restritiva da não aplicabilidade de lei inconstitucional pelo Tribunal de Contas, agindo com parâmetro em decisão já tomada pelo STF. No entanto, no RMS 18.655, sob a égide da Constituição de 1967 e da previsão de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, a Suprema Corte aparentemente adotou a corrente ampliada de inaplicabilidade de lei considerada inconstitucional, vez que o Tribunal de Contas, na ocasião, estabeleceu por si só a relação de inconstitucionalidade entre o suporte normativo e o ato administrativo sob o crivo de sua competência.

Nesse sentido, o entendimento do STF pré-Constituição de 1988 jamais foi de que os Tribunais de Contas pudessem realizar controle de constitucionalidade difusa, havendo divergência tão-somente quanto à amplitude da atividade dos Tribunais de Contas no exercício de interpretação do suporte normativo.

Por sua vez, após a ordem jurídica de 1988, é possível inferir que, no julgamento da Medida Cautelar nos autos MS 25.888/DF, em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes reafirmou o entendimento restritivo da Súmula 347 pela qual o Tribunal de Contas somente poderia atuar no sentido de afastar leis já consideradas inconstitucionais conforme jurisprudência do STF. Este entendimento é confirmado pelo Ministro Gilmar Mendes quando, em 2020, vota por julgar referido Mandado de Segurança como prejudicado em razão de superveniência legislativa (BRASIL, 2020a).

O entendimento volta a ser confirmado, agora, no que diz respeito à atuação do Conselho Nacional de Justiça, por meio do julgamento do MS 26.739 e PET 4.656. Por meio desses julgados se assentou a possibilidade de os órgãos autônomos de controle, no exercício de suas atividades, afastarem lei considerada inconstitucional, desde que haja entendimento firmado pelo STF e respeito, por analogia, à cláusula de reserva de plenário.

Os julgados foram importantes na tentativa de se distinguir na Corte a diferença entre exercício de controle difuso e não aplicação de lei inconstitucional por órgão não jurisdicional. Neste sentido, prevaleceu mais uma vez a tese restritiva da inaplicabilidade de leis inconstitucionais por órgãos não jurisdicionais, reafirmando o precedente da Súmula 347 (RMS

8.372), estendendo o entendimento não só aos Tribunais de Contas, mas a todo órgão autônomo com funções de controle constitucionalmente estabelecidas.

No entanto, a questão se tornou mais complexa nos julgados dos Mandados de Segurança MS 35.410/DF e 35.812/DF relatados pelo Ministro Alexandre de Moraes. Isso porque os acórdãos dos julgados aparentemente negaram toda e qualquer forma de atuação dos Tribunais de Contas no sentido de afastar normas consideradas inconstitucionais.

Ocorre que não essa parece ser a melhor leitura, uma vez que, como analisado anteriormente, o dispositivo do acórdão e objeto em questão tratou de decisão do TCU que alargava a sua própria competência ao estender os efeitos da decisão de forma geral (*erga omnes*), o que, na leitura do Relator usurpou função jurisdicional e aplicou tese não defendida pelo Supremo: a transcendência dos efeitos do controle difuso, tornando a decisão *erga omnes* e vinculante.

Essa análise faz ainda mais sentido quando em voto convergente o Ministro Gilmar Mendes acompanha o relator e reforça sua posição de aplicação da corrente restritiva de inaplicabilidade de leis inconstitucionais por órgão não jurisdicional.

Ressaltem-se, ainda, os Ministros Roberto Barroso, que acompanhou o relator, ressaltando seu entendimento pela possibilidade de exercício de controle difuso por órgão não jurisdicional, e a Ministra Rosa Weber, que acompanhou o Relator, com a ressalva pela possibilidade de o órgão não jurisdicional realizar a não aplicação de lei inconstitucional no caso concreto, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte.

Por fim, destacam-se os Ministros Marco Aurélio (MS 35.812) e Edson Fachin, que votaram contra o Relator, admitindo a apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Tribunal de Contas, divergindo, no entanto, quanto ao objeto, ao entender que, no caso concreto, o TCU agiu dentro de sua competência.

Ademais, não houve deliberação sobre o cancelamento da Súmula 347 ou sobre sua modificação. Nessa esteira, o que se deve compreender do julgado dos MS 35.410 e 35.812 é o seu dispositivo, que impede que o TCU exerça controle de constitucionalidade difuso sob pretexto de se valer do conteúdo da Súmula 347, que, como visto, jamais permitiu essa competência às Cortes de Contas.

5 A "RECEPÇÃO" DA SÚMULA 347 PELA CF/1988

Para entender se a Súmula 347 não foi prejudicada pela ordem constitucional de 1988, é preciso, primeiramente, entender no que consiste uma súmula do Supremo Tribunal Federal e qual sua função no ordenamento jurídico. No âmbito do STF, há duas categorias de súmulas: as vinculantes e as não vinculantes. A Súmula 347 de 1963 se enquadra na categoria de súmula não vinculante, prevista no art. 102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020c):

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. § 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. § 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. § 3º Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça. § 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.

As súmulas não vinculantes são fruto de emenda regimental de 30 de agosto de 1963, que permitiu, em 13 de dezembro de 1963, a aprovação de 370 verbetes, incluindo a Súmula 347 (LEAL, 1981). Como se pode ver na redação regimental, a súmula é um compêndio que informa jurisprudência assentada naquela Corte. Isto é, não são normas, nem a jurisprudência propriamente dita, mas sim informação da posição do STF sobre determinado tema.

Diferem, portanto, da Súmula Vinculante, aprovada por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu na Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A.¹⁸ A alteração passa a autorizar o Supremo Tribunal Federal a aprovar verbetes que ultrapassam o caráter pedagógico e persuasivo das súmulas ordinárias, possuindo imperatividade em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁸ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso” (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a súmula jurisprudencial, como ressalta Nunes Leal (1981), nasceu, por falta de técnicas mais sofisticadas, da dificuldade para os Ministros de identificar as matérias que já não convinha discutir novamente, salvo se houvesse motivo relevante. Nesse sentido, assevera Sérvulo da Cunha que as súmulas sintetizam as decisões dos respectivos Tribunais sobre temas específicos de sua jurisprudência, servindo de orientação à comunidade jurídica (CUNHA, 1999).

No entanto, lembra Bruno Dantas (2008), considerando que a decisão judicial vincule somente as partes, resta ao precedente ao menos a função persuasiva, servindo para a livre convicção do juiz, que pode ou não se filiar aquele entendimento. Não obstante, em possuindo tão-somente efeito persuasivo, a súmula jurisprudencial não é norma e, como tal, não está passível de ser recepcionada pela Constituição Federal.

Ressalta-se que o fenômeno da recepção ocorre quando uma nova Constituição aceita determinada norma infraconstitucional como compatível materialmente consigo, emprestando-lhe novo lastro valorativo, agora na nova ordem constitucional. Bobbio (1992) ensina que a recepção é ato jurídico pelo qual um ordenamento acolhe e faz suas as normas de outro ordenamento, no qual estas permanecem materialmente iguais, mudando apenas sua forma.

Por sua vez, quanto às normas incompatíveis, lembra Luís Roberto Barroso (1999, p. 49) que inexistem dúvidas de que a norma anterior seja revogada, a partir da aplicação da regra geral de que as normas posteriores revogam as anteriores quando incompatíveis.

Veja-se que o juiz de compatibilidade, como ressaltou Bobbio, dá-se entre normas infraconstitucionais. Por sua vez, Hermes Lima (1983) sintetiza que a norma jurídica é imperativa, bilateral e coercitiva, emanada por órgão competente, destinada a dirigir a conduta dos indivíduos ou estabelecer a ordem de convivência social, cuja inobservância acarreta sanções. Desta forma, há de se convir que as súmulas jurisprudenciais não se enquadram no conceito normativo acima uma vez que não são dotadas de coercitividade e imperatividade, diferentemente das súmulas vinculantes, verdadeiras normas jurídicas.

Neste sentido, não sendo a súmula jurisprudencial norma, não há que se falar em juízo de recepção pela Constituição de 1988, mas tão-somente em compatibilidade do posicionamento jurisprudencial com a nova ordem constitucional. Se compatível, a súmula, enquanto mantiver o posicionamento que compendiou na Corte, continuará sendo aplicada. Se incompatível, o entendimento resta prejudicado, cabendo aos Tribunais que o emitiram mudar o posicionamento.

Ressalta-se que, até o presente momento, a Súmula 347 jamais passou por qualquer pedido de modificação ou cancelamento por parte dos Ministros da Suprema Corte, permanecendo, ao menos formalmente, vigente.

Por sua vez, para chegar à compatibilidade da Súmula com o ordenamento jurídico de 1988, é preciso repisar o que já foi analisado no trabalho, desta vez por uma perspectiva doutrinária, em conjunto com as posições do STF já mencionadas anteriormente.

5.1 Compatibilidade da Súmula 347 com a Constituição de 1988

A Súmula 347 do STF nasce durante a vigência da Constituição de 1946 em um ordenamento jurídico no qual não havia sido instituído o controle abstrato de constitucionalidade.

Como já dito em momento anterior, para alguns, a súmula revelaria a possibilidade de exercício de controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas. No entanto, fica claro no julgamento do RMS 8.372 que o que se pretendia era assentar posicionamento jurisprudencial em favor da possibilidade de os Tribunais de Contas, no caso concreto, dentro de sua competência, deixar de aplicar lei considerada inconstitucional pelo STF.

Porém, há quem entenda que tal medida por si só já seria de fato o exercício de controle difuso. É, por exemplo, o posicionamento do Ministro Roberto Barroso, manifestado em voto no julgamento do MS 35.410/DF, para quem, ademais, seria plenamente possível o exercício por desta competência por órgãos não jurisdicionais.

Dessa forma, a celeuma em saber se a Súmula 347 é ou não compatível passa pela leitura que se faz dela. Obviamente que se o verbete for entendido como possibilidade de exercício de controle difuso pelos Tribunais de Contas, a doutrina e jurisprudência majoritária de plano nos revelam que a súmula não seria compatível, estando, portanto, prejudicada pela nova ordem constitucional de 1988.

No entanto, como já vimos, não é esse o verdadeiro sentido da súmula, até porque, se assim o fosse, o julgado precedente teria sido incoerente com o próprio ordenamento jurídico de 1946, que já dizia que não se tratava de controle difuso, mas de inaplicação de lei considerada inconstitucional. Desta forma, como já defendido neste trabalho, a súmula é perfeitamente compatível com a ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

É bem verdade que Gilmar Mendes (1997) compreende, ao mencionar sobre a possibilidade de o Executivo deixar de cumprir decisão legislativa sob fundamento de inconstitucionalidade, que a nova disciplina conferida a ação direta de inconstitucionalidade

na Constituição de 1988 reduziu muito seu significado prático. Isso porque, para ele, a CF/88 reduziu o significado do controle incidental ou difuso ao ampliar de forma marcante o rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

No entanto, ainda que o argumento da ampliação da legitimação para deflagrar o controle concentrado tenha uma lógica de racionalidade prática, não traz materialmente barreiras para o exercício pelos Tribunais de Contas, no controle dos atos administrativos de sua competência, de deixar de aplicar norma já considerada inconstitucional pelo STF no caso concreto. Essa é, inclusive, a posição externada pelo autor quando da sua atuação como Ministro do STF nos julgamentos do MS 25.888/DF, MS 35.410/DF, MS 35.824/DF e PET 4.656.

Sendo assim, pode-se inferir que o autor, muito embora entenda que a ampliação de controle concentrado tenha provocado uma perda do significado do controle difuso, compreende que a atuação dos órgãos autônomos de controle, como os Tribunais de Contas, pode atuar afastando norma já considerada inconstitucional pelo STF, o que não se confundiria com o controle difuso de constitucionalidade.

Algumas razões para isso estão dentro dos próprios princípios constitucionais. A primeira delas é a necessidade de o Estado-Administração respeitar a juridicidade do ordenamento e a eficiência dos gastos públicos. A segunda, por sua vez, é o respeito aos precedentes e jurisprudências vinculantes da Suprema Corte, a *ultima ratio* do controle em nosso ordenamento, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição escolhida por nosso ordenamento.

Sobre o princípio da juridicidade, ressalta Binebojm (2008) que a constitucionalização do direito administrativo refutou a antiga ideia de que a lei seria o único fundamento da atividade administrativa. A compreensão do autor perpassa pela noção de que a Constituição, seus princípios e, especialmente, seu sistema de direitos fundamentais são os meios a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o ordenamento jurídico administrativo. Por esta razão, a superação do paradigma da legalidade administrativa só poderia se dar com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Nessa esteira, lembra Luiz Fux (2022, p.96) que os Tribunais de Contas, assim como o Ministério Público e a CGU, são exemplos de atores que desempenham funções neutras; corporificam o controle social dos atos públicos que compõe o Estado ao mesmo tempo que auxiliam os demais poderes no exercício de suas funções típicas.

Sobre essa distinção entre funções típicas e funções neutras do Estado, se revela importante a lição de Moreira Neto (2011, p. 26-27):

Importante distinção apresentada entre as tradicionais funções públicas do Estado e as novas funções públicas no Estado – estas, com seus exemplos de funções neutrais independentes – diretamente voltadas ao conceito de realização da justiça na sociedade: não mais, como então se a concebia, ou seja, um conceito essencialmente vinculado à legalidade, senão que, nestes tempos de pós-modernidade ampliado à legitimidade, senão e à licitude, em suma: referidas ao conceito síntese de juridicidade.

Neste sentido, o princípio da juridicidade possui o sentido de ampliação do princípio da legalidade, que agrega a este os valores constitucionais insculpidos na Constituição Federal. Por sua vez, as instituições neutrais, como os Tribunais de Contas, têm o dever de atuar na esteira da juridicidade para alcance de suas finalidades, auxiliando de forma eficiente os demais poderes do Estado.

Assim, nesse desenho institucional de direito constitucionalizado, não faria sentido o Tribunal de Contas se ater somente à legalidade estrita, notadamente quando ela estiver em desacordo com os valores constitucionais, com base em manifestação já tomada pelo Poder Judiciário. Se assim fosse, teríamos situações temerosas que, ao final, fariam o Tribunal de Contas um mero órgão burocrático sem meios de realizar a sua missão constitucional: o controle da gestão pública. Não parece ser essa a intenção do legislador constitucional.

Podemos ilustrar a situação imaginando um caso prático. Uma das funções dos Tribunais de Contas é o de realizar o registro de admissão de pessoal na Administração Pública, salvo nos casos de servidores por comissionamento exoneráveis *ad nutum*. Imagine-se que determinada lei de um estado promova a mudança jurídica de diversos servidores comissionados transformando-os em servidores efetivos.

Tal situação fere o princípio constitucional do concurso público, sendo pacífico no STF o entendimento de que este tipo de lei é inconstitucional. Muito embora a inconstitucionalidade desse tipo de lei seja bastante conhecida, não é incomum nos estados que normas do tipo sejam aprovadas pelos parlamentos estaduais.

Se o Tribunal de Contas do Estado que editar essa lei se ativer tão somente à legalidade estrita, sem atentar aos valores constitucionais e à posição do STF, simplesmente essas admissões serão consideradas legais e validadas pelo Tribunal de Contas do Estado. Desta forma, o Tribunal de Contas cumpriria com a legalidade formal e desrespeitaria os valores Constitucionais, os precedentes do STF, não cumprindo, assim, sua missão constitucional.

Por seguinte, tal atuação seria também uma crise de eficiência, uma vez que haveria a admissão de servidores contra princípio constitucional, já havendo pronunciamento judicial sobre a situação. Nesse sentido Juarez de Freitas (2010, p. 226) ressalta:

[...] aos controles (interno, externo e jurisdicional) impõe-se a observância de aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico, senão para determinar resultados compatíveis com os objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º). Dito numa sentença: quer-se a instauração do controle eficaz da constitucionalidade dos atos administrativos, acima (não em detrimento) da legalidade.

Nesse sentido, pode-se dizer que, para o autor supracitado, o controle não pode levar em consideração a legalidade em detrimento da constitucionalidade imbricada no objeto de suas competências.

Por sua vez, há também de se respeitar as decisões emanadas do poder competente para declarar a inconstitucionalidade das leis, o Poder Judiciário. Nesse sentido, Juarez de Freitas (2010) argumenta que se figura consectário da ideia guia de que o Estado-Administração, não obstante a independência dos poderes, encontra-se vinculado à orientação do controlador “último” não apenas na hipótese das súmulas vinculantes.

Ressalta-se que as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, por meio das ações de constitucionalidade, também produzem eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* e vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, como leciona a norma do art. 102, § 2º da CF/88.

Nessa esteira, entende Juarez de Freitas (2010, p. 228) que “à vista dos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica das relações, a Administração Pública não pode praticar atos com arrimo em regra considerada inconstitucional pelo STF”.

Por sua vez, Ricardo Schneider Rodrigues (2021) ressalta que a atuação dos Tribunais de Contas nessa atividade não ofende o princípio da separação dos poderes ou sistema de freios e contrapesos, tampouco a vinculação à legalidade estrita, mas apenas condiciona o exercício do controle a um necessário exame de constitucionalidade da lei aplicável ao caso concreto, atividade que sempre poderá ser objeto de revisão pelo Judiciário.

O autor ainda afirma que os Tribunais de Contas não exercem propriamente um controle de constitucionalidade, no sentido de declaração formal de inconstitucionalidade de leis, por estarem submetidos ao controle judicial, o que também não lhes impõe a submissão irrestrita às salvaguardas referentes ao exercício da atividade de controle jurisdicional, como rol taxativo de legitimidade, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário etc. (RODRIGUES, 2021).

Ressalta-se, contudo, que, na PET 4.656, a Relatora, Ministra Cármen Lucia, votou — evoluindo seu próprio pensamento — que haveria de se levar em conta a cláusula de reserva de

plenário quando da apreciação de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas em nome da segurança jurídica.

Em verdade, deve-se ter em mente as especificidades da atividade fim dos Tribunais de Contas, uma vez que este pode até mesmo agir de ofício, no caso de não prestação de contas pelo responsável (a chamada tomada de contas). Outrossim, o processo não é um processo subjetivo, mas técnico-objetivo, não havendo propriamente partes, mas interessados;¹⁹ não há declaração de inconstitucionalidade de lei, mas tão-somente impedimento de registro ou anulação de ato administrativo com base em lei considerada inconstitucional; não há efeitos erga omnes logo não há necessidade de legitimados que demandem nos Tribunais de Contas para que determinada conduta administrativa seja considerada indevida por todos os entes sob a competência administrativa daquele tribunal.

No entanto, esse não é o caso da cláusula de reserva de plenário, perfeitamente compatível, uma vez que as decisões dessas Cortes contistas são realizadas por um órgão colegiado. Assim, pode-se imaginar que, de fato, a utilização da reserva de plenário pelos Tribunais de Contas pode trazer uma segurança jurídica maior aos julgados dessas Cortes.

Como se vê, a ordem constitucional inaugurada em 1988 não impede a apreciação de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas; pelo contrário, essa atuação se mostra não só compatível como favorável ao sistema em nome da eficiência, juridicidade e deferência as decisões do Poder Judiciário que vinculam a Administração Pública.

Assim, pode se dizer, com fundamento também nos entendimentos analisados nos julgados do STF sobre o tema, que, além de compatível com a Constituição de 1988, a Súmula 347 do STF ainda mantém seu entendimento hígido, uma vez que o que se pode inferir até o presente momento é a proibição cabal apenas da malversação do verbete como suporte para realização de verdadeiro controle de constitucionalidade de forma a extrapolar os entendimentos já consignados pelo STF.

Vale dizer, a Súmula 347 do STF deve ser interpretada em consonância com a amplitude que foi concebida e de acordo com os limites interpretativos conferidos pela ordem jurídica constitucional de 1988. Afinal, conforme amplamente demonstrado no presente estudo, a referida súmula não foi editada e nunca foi aplicada pelo STF com o intuito de atribuir amplo e irrestrito controle de constitucionalidade aos Tribunais de Contas.

¹⁹Consignou o RE 636886/AL de Relatoria do Min. Alexandre de Moraes: “o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento” (BRASIL, 2020d).

Dito isto, o que não pode é o Tribunal de Contas afastar norma sem entendimento Judicial por sua incompatibilidade constitucional, bem como, ainda que atue dentro do entendimento jurisprudencial, afetar suas decisões com efeitos vinculantes e *erga omnes*, sob pena de usurpação do controle de constitucionalidade judicial.

Parece ser esse o entendimento mais adequado dentro do desenho funcional estabelecido pela Constituição, uma vez que respeita as decisões de caráter vinculante do Supremo Tribunal Federal, dando efetividade aos seus próprios entendimentos e também propicia o exercício das competências constitucionais dos Tribunais de Contas em convergência com os princípios da eficiência e da juridicidade.

Ademais, não parece haver usurpação nem intromissão de um ente nas atribuições dos outros, mas sim verdadeira colaboração constitucional e fortalecimento das instituições, seja ao Poder Judiciário que mantém seu entendimento respeitado, seja aos Tribunais de Contas que poderão tomar as decisões em respeito à própria Constituição na consecução dos seus fins institucionais.

5.2 Manifestação de inconstitucionalidade de lei no âmbito dos Tribunais de Contas

As prerrogativas e garantias atribuídas pela Constituição de 1988, no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, como afirma Bruno Dantas e Frederico Dias (2022), colocam os órgãos de controle como peças-chaves no desenvolvimento das instituições.

Se, de início, a atuação dos Tribunais contistas possuía ares mais formalísticos, em análises burocráticas, de registros contábeis e apostilamento, a partir das novas modalidades de controle introduzidas pela CF/88, essa prática, mesmo em análises de conformidade, passou a superar a mera análise formal (DANTAS; DIAS, 2022, p. 19).

Atualmente, afirma Luiz Fux (2022, p. 94), as Cortes de Contas implementam um autêntico controle de legitimidade, de economicidade e de eficiência, devendo aferir a compatibilidade dos atos praticados pelos controlados com a plenitude do ordenamento jurídico, em especial com a moralidade e proporcionalidade, que figuram tão relevantes no atual contexto juspolítico brasileiro.

Esses Tribunais, que se manifestam por meio de seus membros, compondo um colegiado composto por 9 (nove) Ministros no âmbito do Tribunal de Contas da União, ou 7 (sete) Conselheiros, nos âmbitos dos respectivos Tribunais estaduais, são órgãos de natureza administrativa essenciais na estrutura do Estado.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a escolha desses membros é semelhante a escolha de membros dos Tribunais e Tribunais Superiores quanto aos requisitos pessoais do escolhido, ressalvadas algumas peculiaridades. O art. 73, § 1º da CF/1988 normatiza que os Ministros do TCU serão nomeados entre brasileiros que possuam mais de 35 (trinta e cinco) anos, possuam idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos ou de administração pública e mais de 10 anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que se exijam tais conhecimentos (BRASIL, 1988).

Ademais, a CF/1988 estabeleceu um sistema de escolha dos membros dividido entre Presidente da República, que escolhe um terço dos membros do TCU, com aprovação do Senado Federal, e dois terços escolhidos pelo Congresso Nacional. Quanto à escolha pelo Presidente da República, duas dessas vagas são destinadas aos oriundos do Ministério Público Junto ao TCU e outra aos oriundos dos Auditores substitutos de Ministros (também conhecidos como Ministros Substitutos) (BRASIL, 1988).

Interessante ponto diz respeito às garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens desses agentes, que, por força do art. 73, §3º da CF/88, são as mesmas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o que atrai a regulamentação da LOMAN (Lei da Magistratura Nacional) ao cargo.²⁰

Quanto às Cortes de Contas de nível estadual, a Constituição Federal estabeleceu que as normas de estrutura e organização do TCU a eles se estendem no que couber e delimitou o número de Conselheiros em número de 7 (sete), legando às Constituições Estaduais a sua disposição²¹.

Ressalta-se que, por se tratar de norma de reprodução obrigatória, as Constituições Estaduais não podem se afastar do modelo estabelecido na Constituição Federal ao TCU (BRASIL, 1988). Por esta razão, por exemplo, as Constituições dos Estados outorgam aos Conselheiros de Tribunais de Contas estaduais as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, a exemplo da Constituição do Estado do Pará (1989), em seu art. 119, § 2º.

²⁰ Anotação Vinculada: art. 75 da Constituição Federal - "A aplicação subsidiária aos conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal das normas do regime jurídico dos servidores públicos desse órgão conduz à extensão indevida de vantagens não estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura e quebra da paridade determinada pela Constituição da República entre os membros do Tribunal de Contas e os magistrados, conforme previsão do § 3º do art. 73 e do art. 75 da Constituição da República" (BRASIL, 2019).

²¹Dispõe o Art. 75 da Constituição Federal de 1988: "As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros" (BRASIL, 1988).

Art. 119. § 2º. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Contas dos Municípios terão as mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, aplicando-se-lhes quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 da Constituição Federal.

Alguma crítica se faz sobre a estrutura delineada pela Constituição no que diz respeito a estruturação dos Tribunais de Contas, notadamente sobre a prerrogativa da escolha de seus membros recair sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Flavio Cabral (2020) orienta que, no campo do dever ser, o corpo de Ministros do TCU não pode ser suficiente para defini-lo como um Tribunal Político, pois, ainda que a escolha dos membros recaia no Legislativo e Executivo, ela requiere requisitos mínimos. Além disso, nada impede que, atendidos os requisitos, o corpo seja formado por ex-ocupantes de cargos públicos.

Esses requisitos mínimos são estabelecidos à semelhança do que ocorre com os Ministros do Supremo Tribunal Federal (CABRAL, 2020), diferentemente do ordenamento jurídico anterior (Constituição de 1967) no qual a escolha era prerrogativa apenas do chefe do executivo, de forma incondicional. Isso se mostra um avanço, tendo em vista a missão constitucional eminentemente técnica outorgada aos Tribunais de Contas pelo ordenamento constitucional.

Ademais, não se pode esquecer o corpo técnico de servidores que compõem o órgão, formado por servidores públicos submetidos a concurso público de provas e títulos de diversas carreiras, formando um corpo técnico multidisciplinar à serviço das Cortes contistas.

Sendo assim, percebe-se que o desenho organizatório institucional foi ajustado pela Constituição para proporcionar a plena capacidade técnica aos Tribunais de Contas para atuar no seu mister constitucional, qual seja, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária voltadas explicitamente à tutela da legalidade, legitimidade e economicidade da gestão administrativa, não fazendo sentido que haja limitação da atuação dos Tribunais de Contas no que diz respeito a apreciação de constitucionalidade das leis como parâmetro de análise dos atos submetidos à sua decisão, em havendo entendimento jurisprudencial do Poder Judiciário.

5.3 Afastamento de leis inconstitucionais pelos Tribunais de Contas: sistematizando a jurisprudência

Os Tribunais de Contas apresentam uma estrutura de organização judicialiforme: um órgão colegiado que “julga” processos administrativos no âmbito de sua competência constitucional. Esses processos, muito embora semelhantes aos judiciais, são processos

administrativos nos quais não há propriamente partes envolvidas, mas tão-somente interessados.

Dentro das competências outorgadas pela CF/1988 no art. 71 ao Tribunal de Contas da União, estendida por simetria aos congêneres estaduais, ressaltam-se as competências previstas nos incisos II e III, que podem ser conjugadas com a Súmula 347.

Por sua vez, o inciso I do art. 71 da CF/88 fala da competência para “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento” (BRASIL, 1988). No entanto, essa manifestação dos Tribunais de Contas, ainda que comumente chamada de julgamento, em verdade não tem essa natureza.

Neste caso, os Tribunais de Contas emitem relatório técnico aprovado pelo colegiado, mas que têm caráter opinativo. O julgamento propriamente dito é realizado pelo Poder Legislativo. No âmbito da União, é realizado pelo Congresso Nacional por força dos art. 49, IX da CF/1988; no âmbito dos Estados, pela Assembleia Legislativa e no âmbito municipal, pela Câmara de Vereadores.²²

De forma geral, seja no âmbito do TCU, seja no âmbito dos Tribunais de Contas estaduais, com uma ou outra peculiaridade a depender de cada ente, os julgamentos dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos podem ser realizados por meio dos processos administrativos de prestação de contas ordinárias, ou, em caso de não prestação, pela tomada de contas especiais. Também podem dar ensejo a julgamentos as denúncias e representações apresentadas no âmbito dos Tribunais de Contas.

É possível que, diante desses julgamentos, os Tribunais se deparem com normas que já foram consideradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, seja pelo STF, seja pelo Tribunal de Justiça no âmbito das Constituições Estaduais.

Possibilidade maior de se deparar com normas inconstitucionais reside na competência estabelecida no inciso II do art. 71 que determina a competência para apreciar a legalidade das aposentadorias, reformas e pensões e a admissão de pessoal na Administração Pública direta e indireta e fundações públicas.

Neste caso, para atuar sem desrespeitar os limites impostos pelo ordenamento constitucional, os Tribunais de Contas devem proceder observando o que já determinou o Supremo nos julgamentos anteriormente analisados.

²²“O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo, exclusivamente, à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo” (BRASIL, 2016d).

5.4 Atuação dos Tribunais de Contas conforme jurisprudência do STF

Como já dito, os Tribunais de Contas, diante de um julgado de sua competência em que se deparem com ato administrativo que toma por base norma supostamente ilegal, deve proceder conforme os limites autorizativos de sua competência administrativa.

Para tanto, é necessário pautar o processo administrativo contista conforme os parâmetros que o Supremo Tribunal Federal já traçou como possível de se proceder. Esses requisitos podem ser extraídos de todos os julgados analisados deste trabalho, mas pelo menos dois trazem os requisitos mais importantes e de forma didática, o acórdão da PET 4656/DF, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e a decisão de arquivamento do MS 25.888/DF, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Do voto da Relatora da PET 4.656, muito embora se trate de caso referente ao Conselho Nacional de Justiça, é perfeitamente amoldado aos Tribunais de Contas, uma vez que a própria relatora faz referência aos órgãos de controle como Tribunais de Conas e CNMP.

Deste julgado, 4 (quatro) requisitos importantes são evidenciados: (i) o órgão de controle deve ser constitucionalmente autônomo (ii) a atuação deve se dar diante de caso concreto; (iii) a cláusula de reserva de plenário deve ser respeitada (iv) o afastamento é do ato administrativo sob sua competência e não da lei parâmetro de controle.

Quanto ao primeiro requisito, em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia, ao explanar sobre a tese de inaplicabilidade de atos administrativos, cita trecho de obra doutrinária de Hely Lopes Meirelles sobre a possibilidade de o Executivo não ser obrigado acatar normas inconstitucionais. Após a citação, a Ministra afirma que o caso parece se amoldar aos órgãos administrativos autônomos com competência para controle de atos administrativos, como o Tribunal de Contas da União, Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público.

Entendimento reforçado quando a Relatora pontua, ao citar Peter Häberle e sua doutrina de sociedade aberta de intérpretes que, muito embora esse entendimento se conjugue com a ideia proposta de controle dos atos administrativos frente a leis inconstitucionais, dele não se extrai a possibilidade de que qualquer agente do estado possa negar a aplicação de texto que repute contrário.

Já com relação ao segundo requisito, somente é possível que estes órgãos atuem incidentalmente no caso concreto ao afastar a validade de ato frente a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a atuação à esfera do caso sob sua análise.

Cumprе ressaltar que, no referido julgado, se consignou a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão em caso de haver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência. Essa extensão de efeitos deveria ser determinada pela maioria absoluta dos membros do CNJ em analogia à cláusula de reserva de plenário.

No entanto, essa parte do julgado ficou flagrantemente superada pelo julgamento dos MS 35.410 e MS e 35.824 de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, muito embora na PET 4.656 se tivesse permitido essa extensão de efeitos, o que talvez seja o motivo de o Ministro Edson Fachin, no julgamento desses Mandados de Segurança, ter entendido que o TCU atuou dentro de suas atribuições legais, conforme a tese fixada na PET 4.656.

No entanto, a parte superada não invalida a necessidade de respeito à cláusula de reserva de plenário, terceiro requisito estabelecido no julgamento da PET 4.656, pois a Ministra Relatora vinculava a necessidade de respeito a ela não só como requisito de eficácia para a extensão de efeitos do ato do CNJ, mas também da:

necessidade de se conferir maior segurança jurídica à conclusão sobre o vício pois somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros ter-se-á entendimento inequívoco do colegiado sobre a inadequação constitucional da lei (BRASIL, 2016c).

Por fim, fica claro que no referido julgado se assentou, como já dito em outra parte deste trabalho, que a atuação desses órgãos de controle na atuação de sua competência não se trata de declarar a lei (parâmetro de controle do ato administrativo) como inconstitucional, mas sim afastar a validade do objeto do controle (o ato administrativo submetido à sua análise) por conta do seu fundamento legal ser contrário à Constituição. Entendimento reforçado quando a Ministra Relatora se manifesta no sentido de que “insere-se, assim, entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, o fundamento legal de ato administrativo objeto de controle” (BRASIL, 2016c).

Por sua vez, na decisão monocrática de arquivamento do MS 25.888/DF, o Ministro Gilmar Mendes nos releva requisitos importantes quanto ao parâmetro de controle dos atos administrativos: (i) o parâmetro de controle deve ser imprescindível para o exercício do controle externo; (ii) a inconstitucionalidade do parâmetro de controle deve ser amparada por jurisprudência do STF ou ao menos deve haver inconstitucionalidade manifesta (chapada ou evidente).

Quanto ao primeiro requisito, a imprescindibilidade do afastamento da lei ou ato normativo, o Ministro Gilmar Mendes exemplifica com base no julgamento do Agravo Regimental no MS 30.358/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

Na ocasião a Petrobrás, em sua inicial, impugnou a decisão do TCU por entender abusiva a imputação de multa por desatendimento de determinações do TCU, no que a Ministra Carmen Lúcia entendeu não haver utilidade no writ uma vez que o próprio regulamento da estatal já obrigava a proceder com a mesma determinação do TCU. Sobre essa questão, Gilmar Mendes ressaltou:

Nessa chave o argumento de inconstitucionalidade tem a chance de ver o seu uso racionalizado: o afastamento de lei ou ato normativo, por razões de inconstitucionalidade, depende também de sua imprescindibilidade para o exercício do controle externo (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, pode-se inferir que o Ministro, ao mencionar a utilidade para dentro da análise do controle dos atos administrativos com base em suposta inconstitucionalidade, busca trazer a análise da proporcionalidade no âmbito dessas análises. A utilidade, também chamada de adequação, é um dos subprincípios da proporcionalidade, ao lado da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à proporcionalidade, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 394–395) advertem:

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)?.

Assim, a decisão administrativa que afasta o fundamento de validade de ato administrativo por motivo de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas devem ser proporcionais. Isto é, a medida deve ser adequada, ou seja, somente se for imprescindível para que o Tribunal de Contas exerça o seu mister de controle externo é que deve ser utilizada.

De igual sorte, a exigibilidade, intimamente ligada à adequação, somente há de se proceder se, além de adequada, a medida for a única forma de se chegar ao resultado. Em outras palavras, em se podendo atuar sem a necessidade de se levantar a questão da inconstitucionalidade, deve o Tribunal de Contas prosseguir sem essa análise.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito se torna algo de menor rigor no âmbito da decisão administrativa, pois, como se verá mais adiante, o parâmetro de controle deve ser a jurisprudência vinculante do Poder Judiciário, de forma que a justiça da decisão já foi traçada pelo Poder competente. Há, portanto, a aplicação tão-somente da sua consequência no âmbito administrativo, a nulidade do ato administrativo com base na decisão judicial, ou, ainda, a sua validade total ou parcial diante de alguma modulação.

Assim, pode-se dizer que só há necessidade de atuar em face de eventual inconstitucionalidade de suporte normativo de ato sob escrutínio dos Tribunais de Contas se houver decisão jurisprudencial do Poder competente dizendo que há um vício de constitucionalidade, não sendo útil nem exigível que o Tribunal de Contas a seu próprio juízo levante questão que sequer obstaculiza sua atuação.

Nesse sentido, como afirma Gilmar Mendes, essa racionalidade é o que se pretendeu no precedente da Súmula 347, que o Tribunal de Contas atuasse tão somente se fosse útil e adequado atuar, pois já haveria decisão do STF. Tal requisito, como se pode ver, afasta a possibilidade de adoção da tese ampliativa de inaplicação de norma inconstitucional pelo Tribunal a seu próprio juízo, como foi aplicada no RMS 18.655 de 1977.

Por sua vez, o segundo requisito extraído da decisão monocrática do MS 25.888/DF — e, talvez o mais importante — versa sobre o parâmetro de controle, que somente pode ser a jurisprudência pacífica do STF ou súmula vinculante. Neste sentido, manifesta Gilmar Mendes:

O que podem fazer os órgãos não jurisdicionais é apenas aplicar a jurisprudência uniforme da Corte constitucional ao caso concreto e concluir pelo afastamento ou pela aplicação de determinado ato normativo, tendo em vista a sua (in)compatibilidade com o texto constitucional, segundo a interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020a).

Como se vê, necessário esclarecer o que seria a jurisprudência uniforme da Corte constitucional. No decorrer de sua decisão, podemos inferir em algumas passagens que esta jurisprudência somente pode ser aquela que atesta uma referida inconstitucionalidade.

Em ao menos três passagens de sua decisão Gilmar Mendes revela que essa jurisprudência deve ser pacífica em reconhecer a inconstitucionalidade da matéria:

[...] ao julgar o MS 26.739/DF (Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 1º.3.2016), que o Supremo Tribunal Federal discutiu de modo expreso a possibilidade de o CNJ afastar a aplicação de determinado ato normativo tido por inconstitucional, quando existir jurisprudência pacífica do STF que ateste a referida inconstitucionalidade.

[...] desde que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja pacífica em reconhecer a inconstitucionalidade da matéria.

[...] é possível defender que órgãos não jurisdicionais possam, ou mesmo devam, vincular-se ao entendimento jurisprudencial da Corte quanto à inconstitucionalidade (BRASIL, 2020a).

Dessa feita, aos Tribunais de Contas somente é dada a possibilidade de atuar quando houver decisão jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (com base na norma do art. 102, § 2º da CF/88), o que também pode ser estendido às Súmulas Vinculantes, por força da norma do art. 103-A da CF/88, que confere a estes verbetes sumulares vinculação aos demais órgãos do Judiciário e entes da Administração Pública direta e indireta de todas as esferas.

Logo, da decisão no MS 25.888/DF pode-se sistematizar que os Tribunais de Contas só terão necessidade de afastar determinado ato normativo com base em lei considerada inconstitucional se houver jurisprudência do STF sobre a matéria. Essa jurisprudência deve ser sobre a inconstitucionalidade da matéria, ou seja, decisões em ações constitucionais de controle concentrado ou pelo menos haver Súmula vinculante sobre a tese.

Assim, da sistematização dos julgados, pode-se inferir que os Tribunais de Contas, por serem órgãos de controle constitucionalmente autônomos, no exercício de sua competência, poderão afastar determinada norma que sirva de suporte normativo para a validade de um ato administrativo sob seu escrutínio de controle quando:

- i. Houver jurisprudência sobre a inconstitucionalidade de lei ou Súmula vinculante do STF sobre a matéria;
- ii. Atuar apenas diante de caso concreto, sem possibilidade de extensão de efeitos;
- iii. Respeitar a cláusula de reserva de plenário como forma de garantir maior segurança jurídica;
- iv. Atuar apenas na validade do ato administrativo sob sua competência, a lei continua vigente.

Pode se dizer que essa estrutura a ser seguida é benéfica para a aplicação dos entendimentos estabelecidos com força vinculante pelo STF e permite que o Tribunal de Contas atue sem invadir a competência do Judiciário, uma vez que a Constituição não outorgou às Cortes de Contas o exercício de função jurisdicional.

Dessa forma, parece claro que a atividade a ser realizada pelo Tribunal de Contas não é de declarar a nulidade ou inconstitucionalidade de lei, pois, se for possível afastar sua aplicação no caso concreto, é porque o próprio STF, no exercício de sua competência, já o fez, estando o Tribunal de Contas apenas respeitando as decisões da Suprema Corte.

5.5 Aspectos subjetivos e objetivos da coisa julgada: a teoria dos motivos determinantes e a abstrativização da coisa julgada no parâmetro de controle

Como mencionado anteriormente, o requisito mais importante na possibilidade de atuação dos Tribunais conforme a Súmula 347, em conformidade com o ordenamento de 1988 e à luz da jurisprudência do STF, é o de se estabelecer os limites da coisa julgada que determina a inconstitucionalidade de determinada norma na jurisprudência da Suprema Corte.

Isso porque, conforme a análise da decisão do MS 25.888/DF, verificou-se que a jurisprudência do STF entende que o afastamento de norma por órgão não-jurisdicional como o Tribunal de Contas se dá nas Ações de Controle Concentrado, *a priori*.

Certo que esse parâmetro também pode ser extraído de súmulas vinculantes, como a Súmula Vinculante 43, que diz ser “inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido” (BRASIL, 2015a).

Dessa feita, tanto as ações de controle concentrado como as súmulas vinculantes possuem eficácia vinculante e *erga omnes* por força da Constituição Federal de 1988, respectivamente os artigos 102 e seu § 2º (incluído pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993 e posteriormente alterado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004) e 103-A, § 2º (incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004).

Ocorre que, quanto às decisões em sede de controle concentrado, necessário delimitar qual parte delas possui a autoridade de precedente, possuindo, assim, efeito vinculante e eficácia *erga omnes* e podendo ser utilizadas como parâmetro de controle pelos Tribunais de Contas no exercício de suas atribuições.

Primeiramente, é preciso ressaltar que somente haverá precedente quando houver coisa julgada. Barbosa Moreira (1970), referindo-se ao conceito de coisa julgada presente da LINDB (Lei de Introdução ao Código Civil à época), identifica a coisa julgada como a sentença dotada de uma especial característica, que é a de não comportar impugnação por meio de recurso. Assim, quando os acórdãos em sede de controle concentrado não comportarem mais recursos, eles estarão aptos a fazer coisa julgada.

No entanto, desta decisão que faz coisa julgada, apenas parte dela possui força de precedente, possuindo de fato a eficácia que dela se espera, enquanto outras partes não possuem força de precedente.

Ressalta-se que nos precedentes são verificados dois aspectos: os subjetivos, que determinam aquelas pessoas que são atingidas pela decisão, e os objetivos, isto é, as partes da decisão que possuem a força de precedente.

No caso do controle concentrado, a decisão possui eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Não há aqui de se falar em efeitos *inter partes*, uma vez que as ações de controle abstrato não possuem partes, são processos objetivos. Os legitimados, ao ajuizar uma ação de controle abstrato, não tutelam interesse próprio, mas o próprio interesse público.

Já quanto ao aspecto objetivo, podemos destacar duas teorias: a restritiva e a extensiva. Enquanto a primeira defende que somente o dispositivo da decisão produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a segunda defende que não só o dispositivo da decisão, mas a sua *ratio decidendi* possuiria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Cumpra lembrar, como informa Gilmar Mendes, que o efeito vinculante das decisões consagrados pela Emenda nº 3 de 1993 à Constituição de 1988²³ está estritamente vinculado ao modelo germânico disciplinado no parágrafo 31, (2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional, no que a justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não apenas eficácia *erga omnes* as decisões, mas também efeitos vinculantes à decisão, não se limitando apenas à parte dispositiva (MENDES, 1999b).

Continua o autor afirmando que, embora a proposta não tenha sido aprovada em sua inteireza, o efeito vinculante deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original, ao que se verifica com base na leitura da proposta original e na doutrina alemã que lhe inspirou (MENDES, 1999b).

Ao analisar a doutrina alemã, o autor, então, conclui que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria o dispositivo inútil, uma vez que teria pouco a acrescentar ao instituto da coisa julgada (MENDES, 1999b). A conclusão, de fato, mostra-se coerente com a concretização da Constituição que possui em um órgão especial, no caso o STF, o seu principal defensor e intérprete orientador.

Por sua vez, o art. 504 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo ao afirmar que a os motivos da sentença não fazem coisa julgada. Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 346), ao analisarem o art. 469 do CPC/1973, cuja redação é a mesma do art. 504 do atual CPC, afirmam que somente o dispositivo pode se revestir da autoridade de coisa julgada.

Estabelecer os limites objetivos da coisa julgada significa responder à pergunta: quais partes da sentença ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada? O Código de Processo Civil assinala-as expressamente ao prescrever que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469). Resulta do texto que apenas o dispositivo da sentença, entendido como a parte que

²³ Importante ressaltar que a redação ao qual o autor comenta posteriormente foi alterada pela Emenda Constitucional nº 4 de 2004, mas que a leitura contínua válida mesmo com a nova redação.

contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Excluem-se os motivos, ou seja, a solução dada às questões lógicas ou prejudiciais necessariamente enfrentadas para chegar à definição do resultado da causa.

Quanto a isso, destaca Lucas Buril (2014) que, no sistema de *common law*, a *ratio decidendi* refere-se às razões de decidir ou razões para a decisão como sinônimo de norma jurídica. Significa dizer que o dever de aplicar o precedente é o dever de aplicar a *ratio decidendi* como parcela obrigatória do precedente judicial, visto que, nesse sistema, a razão de decidir faz coisa julgada e serve de parâmetro vinculativo.

No Brasil, cujo sistema se baseia na *civil law*, ainda que tenha havido a adoção de um sistema de precedentes com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, não se pode dizer o mesmo, ainda que boa parte da doutrina processualista opine diferente.

Para Daniel Assumpção (2018), a adoção da teoria extensiva não depende mais de um alargamento dos efeitos objetivos da coisa julgada material, sendo decorrência da eficácia vinculante do precedente criado pelo do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por força do art. 927, I do CPC e que isso não contrariaria o art. 504 do mesmo diploma .

Nesse sentido também se posiciona o Fórum Permanente de Processualistas do Civis (FPPC) com o Enunciado 168, que diz “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais” (VILLAR, 2015).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, mesmo após a vigência do novo Código de Processo Civil, entendeu que o que faz coisa julgada é o dispositivo da decisão e não suas razões de decidir. Assim, os motivos determinantes para a decisão não teriam força vinculativa. Esse entendimento foi consignado nos Informativos 808 e 887 do STF:

Informativo 808

[...] Ao contrário, fora respeitada a autoridade do acórdão paradigma, ao considerar que a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho. A parte reclamante pretendia dar efeito vinculante a um dos fundamentos do voto condutor daquele acórdão, qual seja, o da impossibilidade de cumulação de vencimentos e proventos. Entretanto, a jurisprudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante. [...] Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, 19.11.2015. (Rcl-8168) (BRASIL, 2015b).

Informativo 887

“O STF NÃO admite a ‘teoria da transcendência dos motivos determinantes’.” (STF. 2ª Turma. Rcl 22012/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/9/2017 – Info 887) (BRASIL, 2017).

Ocorre que também em 2017, pouco tempo depois do julgamento da Reclamação 22.012/RS, em que se reafirmou o entendimento da Suprema Corte com relação a não aplicação da transcendência dos motivos determinantes, o STF julgou as ADI's 3406/RJ e ADI 3470/RJ, de Relatorias da Ministra Rosa Weber (Informativo 886) que trouxeram uma certa incerteza sobre a posição da Suprema Corte quanto à referida tese.

Na assentada, o STF passou a acolher a tese da abstrativização do controle difuso, na qual o STF, ao decidir, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, provocaria as mesmas consequências da decisão de controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Entenderam os ministros ter havido mutação constitucional da norma do art. 52, X, da CF/88, sendo a interpretação adequada a ser realizada a de que, quando o STF declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que incidentalmente, no exercício de controle difuso, ela já tem efeitos vinculantes e *erga omnes*, tendo o Senado apenas o papel de dar publicidade à decisão.

Aparentemente, o STF apenas adotou a teoria da abstrativização do controle difuso, na qual dá a este controle os mesmos efeitos da decisão em controle concentrado, extrapolando os efeitos *inter partes*. No entanto, a peculiaridade do caso é que no julgamento da ADI a norma que se impugnava foi considerada constitucional pela Corte, o que se considerou inconstitucional foi outra norma que não era objeto inicial da ADI, *incidenter tantum*, e sendo questão incidental, foi decidida nos motivos da decisão, o que para Bernardo Fernandes seria a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinadas pelo STF (FERNANDES, 2018, p. 1863).

Quanto ao parâmetro de controle dos atos administrativos por inconstitucionalidade, a posição do Ministro Gilmar Mendes é de que este não se atenha somente ao dispositivo das decisões do STF, mas às razões de decidir, como se vê em trecho de sua decisão pelo arquivamento do MS 25.888/DF:

[...] Na verdade, nas hipóteses como a que se verificava no referido processo, a jurisprudência do STF deve ser pacífica no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de um tema, para que os órgãos não jurisdicionais possam decidir afastar a aplicação de determinado ato normativo que diga respeito àquele assunto, por inconstitucionalidade (BRASIL, 2020a).

Desta forma não haveria necessidade de ter sido exatamente determinada lei declarada inconstitucional, podendo ser outra que tenha a mesma mácula definida pela tese o julgado que declarou inconstitucionalidade. Assim, se uma norma “x” for considerada inconstitucional via

controle concentrado (ou mesmo difuso em vista da sua abstrativização) pelo STF, o Tribunal de Contas poderá atuar para afastar uma norma “y” que se enquadre na mesma tese utilizada para declarar inconstitucional a norma”

Essa medida também guarda uma racionalidade lógica, uma vez que, se o parâmetro de controle fosse tão somente o dispositivo, somente a norma “x” poderia ser afastada, o que reduziria consideravelmente o alcance a possibilidade de atuação dos Tribunais de Contas.

O entendimento é reforçado por outro trecho da decisão do Ministro Gilmar Mendes que defende a força expansiva das decisões proferidas pelo STF, mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade.

É inegável que o ordenamento jurídico vigente confere eficácia ampla e expansiva às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade. A esse respeito, destaca-se a nossa tese, adotada no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ (Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, j. 29.11.2017, DJ 1º.2.2019), no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade. Ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar definitivamente que determinada lei é inconstitucional, essa decisão terá eficácia erga omnes, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa apenas para que publique a decisão no Diário do Congresso. Admitida a possibilidade de que as decisões do Supremo, ainda que proferidas na via incidental, ostentem força cogente, é possível defender que órgãos não jurisdicionais possam, ou mesmo devam, vincular-se ao entendimento jurisprudencial da Corte quanto à inconstitucionalidade de dado ato normativo, nisso incluído o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2020a).

Nesse sentido, é possível inferir que o STF, ao menos em duas oportunidades, adotou a abstrativização do controle difuso, bem como a transcendência dos motivos determinantes das decisões de controle de constitucionalidade, o que possibilita a extensão dos aspectos objetivos da coisa julgada para, ao menos no caso da atuação com base na Súmula 347, os Tribunais de Contas poderem utilizar como parâmetro a tese e não somente o dispositivo das decisões em controle concentrado.²⁴

Essa visão fica mais patente da análise dos Recursos Extraordinários 949.297 e 955.227, que tiveram o seu julgamento iniciado pelo Plenário Virtual da Corte. O objeto do RE 949.297 é determinar se a decisão transitada em julgado, que, com fundamento em declaração incidental de constitucionalidade do tributo, declare a inexistência de relação jurídico-tributária, perde sua eficácia em razão de posterior decisão pela constitucionalidade da norma em sede de controle concentrado pelo STF (BRASIL, 2016e). Já a questão do RE 955.227 visa estabelecer se as

²⁴O Ministro Gilmar Mendes proferiu também o seguinte excerto na decisão “Vislumbra-se uma renovada aplicabilidade da Súmula 347 do STF: confere aos Tribunais de Contas a possibilidade de afastar a aplicação de normas manifestamente inconstitucionais quando já houver entendimento pacificado do STF acerca da inconstitucionalidade chapada, notória ou evidente, da solução normativa eventualmente em exame” (BRASIL, 2020a)

decisões em controle difuso de constitucionalidade fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária (BRASIL, 2016f).

O julgamento pelo plenário virtual deve pedido de destaque em ambos os processos que estavam sendo julgados em conjunto e agora serão remetidos ao Plenário da Corte, reiniciando o julgamento. No entanto, antes do pedido de destaques, já havia se formado maioria no RE 955.227 pelo entendimento de que as decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade e repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporários das decisões transitadas em julgado, sendo proposta a seguinte tese:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo (BRASIL, 2016f).

Quanto ao RE 949.297, também se formou maioria antes do pedido de destaque no sentido de que as decisões do Supremo em sede de controle concentrado obstam a eficácia temporal de coisa julgada material. O ministro propôs a seguinte tese:

A eficácia temporal de coisa julgada material derivada de relação tributária de trato continuado possui condição resolutiva que se implementa com a publicação de ata de ulterior julgamento realizado em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando os comandos decisórios sejam opostos, observadas as regras constitucionais da irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, de acordo com a espécie tributária em questão (BRASIL, 2016e).

Veja-se que os julgados demonstram uma tendência de entendimento da Corte indo cada vez mais ao encontro das teses da abstrativização do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes das decisões.

No voto do RE relatado pelo Ministro Barroso, é possível verificar em parte de seu que as decisões em controle incidental antes da instituição do regime de repercussão geral não possuem natureza objetiva e eficácia vinculante, razão pela qual não desconstituíria a coisa julgada²⁵ e que se torna possível a partir da instituição da repercussão geral. O Ministro em seu voto abre tópico específico para tratar da abstrativização do controle difuso e arremata:

²⁵As decisões em controle incidental de constitucionalidade, anteriormente à instituição do regime de repercussão geral, não tinham natureza objetiva nem eficácia vinculante. Consequentemente, não possuíam o condão de desconstituir automaticamente a coisa julgada que houvesse se formado, mesmo que em relação jurídica tributária de trato sucessivo.

Nesse contexto, é inconteste que as decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral e as proferidas em controle concentrado gradativamente têm adquirido os mesmos efeitos, seja pela atuação do próprio Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Trata-se do fenômeno da objetivação do controle difuso. [...] Assim, aproveito para afirmar ser necessário que esta Corte reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia erga omnes atribuídos às ações de controle abstrato [...] Trata-se, portanto, de passo rumo à consolidação do processo de abstratização do controle difuso, resultando em uma maior integridade à teoria de precedentes, bem como no aprimoramento do controle de constitucionalidade brasileiro (BRASIL, 2016f).

Apesar de o julgamento ter sido interrompido por pedido de destaque e ser reiniciado no Plenário presencial da Corte em data posterior ainda não marcada já sinaliza forte entendimento com relação a adoção da abstrativização do controle difuso pela Corte. No que, logicamente, atrai a adoção da transcendência dos motivos determinantes da decisão uma vez que no controle difuso a inconstitucionalidade é tomada como fundamentação da decisão.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu responder, por meio de análise de doutrina e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se a Súmula 347 seria ou não compatível com o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

Inicialmente verificamos o contexto de surgimento dos Tribunais de Contas e as premissas que baseiam sua existência no papel de fiscalização da coisa pública. Afinal, nessa transição de Estado absolutista, o povo tem do direito de exigir a responsabilidade dos gestores da Administração Pública, como decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito.

Vimos que, no atual arcabouço normativo constitucional nacional, os Tribunais de Contas têm a competência administrativa da fiscalização contábil, financeira e orçamentária voltadas explicitamente à tutela da legalidade, legitimidade e economicidade da gestão administrativa.

Essa competência administrativa não se confunde com exercício de jurisdição, apesar da imprecisão terminológica do vocábulo “jurisdição” pela norma do art. 73 da Constituição Federal de 1988 — imprecisão esta também utilizada no vocábulo “auxiliar”, presente no texto do art. 70 da CF/1988, uma vez que, como se viu no desenvolvimento do texto, tanto a doutrina como a jurisprudência compreendem sua autonomia perante o Poder Legislativo, uma vez que possui competências próprias outorgadas pela Constituição Federal.

De fato, ficou claro que, ainda que possua a denominação de Tribunal, este não é parte integrante do Poder Judiciário, logo sua competência, ainda que constitucionalmente relevante no desenho organizatório constitucional, não se confundem com as do Poder Judiciário.

Essa questão foi fundamental para entender o papel dos Tribunais de Contas no contexto de controle de constitucionalidade. Nesse contexto, verificamos que a Constituição Imperial de 1824 não estabeleceu nenhum sistema de controle de constitucionalidade, havendo concentração de poder na figura do Imperador e adoção do princípio da superioridade do parlamento, esvaziando o poder judiciário que ainda que conhecedor da teoria de controle de constitucionalidade, pelo contexto autoritário, não a aplicava.

Assim, somente com a Constituição Republicana de 1891 que se estabeleceu a adoção de um controle de constitucionalidade inspirado no controle norte-americano. Controle este desde sua origem teorizado a ser exercido pelo Poder Judiciário. Relembre-se que, em nenhuma Constituição nacional, os Tribunais de Contas foram alocados como integrantes do Poder Judiciário.

Sendo o controle difuso tipicamente um controle jurisdicional, verificamos que não poderia ser exercido no âmbito dos Tribunais de Contas, uma vez que em nenhum momento da história constitucional brasileira, esses entes, embora importantes, exerceram parcela de jurisdição. Desta forma, cristalino é que Tribunais de Contas não podem realizar exame de constitucionalidade em seu âmbito de competência.

Ocorre que, em 1963, foi editada a Súmula 347 do STF que determinava que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. O verbete trouxe algumas polêmicas e, como se viu nesta análise, parte da doutrina entendeu que o entendimento jurisprudencial do STF era uma autorização para que os Tribunais de Contas exercessem controle difuso de constitucionalidade.

No entanto, como se viu da análise do contexto constitucional da época da Súmula (Constituição de 1947) e do precedente que deu origem ao verbete jamais foi essa a pretensão do STF ao editar o enunciado. Como se viu, no contexto da época, no qual ainda existia no Brasil apenas o sistema de controle difuso, o precedente que lhe deu origem tão somente autorizava que o Tribunal de Contas (TCE/CE, na ocasião) deixasse de aplicar determinada norma que já havia sido analisada pelo STF.

Nessa esteira, na origem, a Súmula jamais pretendeu outorgar parcela de jurisdição aos Tribunais de Contas para que ele fizesse controle de constitucionalidade difuso.

Posteriormente, o Brasil passou a adotar também o controle concentrado de constitucionalidade, de maneira ainda restrita, pois o único legitimado era o Procurador Geral da República. Por sua vez, na vigência do ordenamento inaugurado pela Constituição Federal de 1988 essa legitimidade foi ampliada, de modo a torna o controle concentrado o protagonista, sem que o controle difuso deixasse de existir.

Nessa toada, sempre houve vozes a debater se a Súmula 347 seria compatível com o ordenamento da Constituição Federal de 1988. Da análise da jurisprudência do STF relacionada à Súmula, analisamos todas as jurisprudências correlatas pós CF/88, além do precedente que deu origem à Súmula (RMS 8.372 e o RMS 18.655, exarado no contexto da Constituição de 1965).

Verificamos, como já mencionado, que o RMS 8.372 apenas autorizou que o Tribunal de Contas do Ceará afastasse norma considerada ilegal no exercício de seu mister administrativo, uma vez que já havia juízo de constitucionalidade de norma correlata tomado pelo STF. Por sua vez, em 1977, o RMS 18.655 permitiu que essa análise de inafastabilidade de norma considerada constitucional ficasse a cargo do próprio Tribunal de Contas.

Nessas análises, verificaram-se duas correntes aplicáveis: a primeira entende que o Tribunal de Contas afastaria norma considerada inconstitucional apenas pelo órgão competente do Poder Judiciário (STF, quando o parâmetro for a CF e TJ's, quando o parâmetro fosse as Constituições Estaduais). Outra corrente ampliada entende que a análise de constitucionalidade poderia ser realizada pelo próprio Tribunal de Contas ao afastar a norma no exercício de sua competência administrativa. As duas correntes, pré-ordenamento de 1988, divergiam daqueles que entendiam que os Tribunais Poderiam realizar declaração de constitucionalidade.

Da análise dos julgados presentes no sumário de súmulas do site do STF (MS 26.739, PET 4.656, MS 25.888, MS 35.410 e MS 35.824) ficou claro que o STF não admite que os Tribunais de Contas, por não serem órgãos jurisdicionais, exerçam controle de constitucionalidade.

No entanto, a par das divergências de fundamentação, pode-se inferir que, apesar de não poder realizar controle de constitucionalidade, pode afastar norma considerada inconstitucional. A dúvida, de início, ficou se essa análise abraçava a tese mais restritiva ou mais ampliada, e qual seria o limite objetivo do parâmetro de controle.

Certo que, nos MS 35.410 e 35.824, em uma leitura mais açodada, o intérprete poderia ser levado a conclusão de a Súmula 347 permitia aos Tribunais de Contas o exercício do controle de constitucionalidade difusa. No entanto, em análise mais detalhada, como se verifica no capítulo 4, o que se pode inferir é que os julgados reprimem o uso da Súmula como artifício para realização de controle de constitucionalidade velado, extrapolando os próprios limites de suas possibilidades.

O que se entendeu de fato foi pela impossibilidade de os Tribunais de Contas (no caso o TCU) realizarem controle de constitucionalidade, por não ser órgão jurisdicional, atuando com efeitos extensíveis *erga omnes* em vez de atuar apenas no caso concreto quando já houvesse entendimento do Supremo quanto ao tema.

Isso pode ser visto no próprio fundamento de parte dos Ministros que, ainda que acompanhando o voto do relator, ressaltaram a possibilidade de os Tribunais de Contas afastarem a aplicação de normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo, como foi o caso do Ministro Gilmar Mendes.

A confusão pode ter sido ocasionada por conta do entendimento realizado na PET 4.656 que diferenciou o controle de constitucionalidade da inaplicação da norma considerada inconstitucional pelo supremo. Levanta-se a possibilidade de confusão porque nesse julgado, a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, entendeu pela possibilidade de extensão dos efeitos do caso em concreto aos demais órgãos que afastaram a norma inconstitucional (no caso o CNJ).

Já no MS 35.410, o Ministro Edson Fachin não acompanhou o Relator, como os demais Ministros que fizeram ressalva, porque entendeu que o TCU atuou conforme a tese fixada na PET 4656 que permitia a extensão de efeitos do caso concreto.

Portanto, podemos inferir que o que houve no MS 35.410 foi uma evolução para afastar tão-somente a possibilidade de extensão de efeitos do entendimento administrativo tomado pelo Tribunal de Contas quando afastar norma considerada inconstitucional pelo Supremo, permanecendo hígido o entendimento no sentido de que pode fazer no caso concreto com efeitos *inter partes*. Esse o entendimento mais adequado da Súmula 347, que jamais passou por procedimento formal de cancelamento ou modificação, que a torna compatível com o ordenamento vigente.

Nesse sentido, a melhor leitura é de que a Súmula 347 não foi superada, e que desde a sua origem jamais deu suporte a controle de constitucionalidade por Tribunal de Contas, devendo a atuação dessas instituições se dar nos limites estabelecidos pela jurisprudência do Supremo para tão-somente nos casos sob sua competência administrativa afastar norma considerada inconstitucional pela jurisprudência, seja pelas decisões em sede de controle concentrado ou controle difuso (em vista da abstrativização do controle difuso), seja por entendimento fixado em Súmula Vinculante do STF.

Diante dessa possibilidade de atuação, em análise dos julgados PET 4656 e MS 25.888 analisamos os requisitos e sistematizamos para tentar delimitar qual o espaço de atuação dessas instituições frente a sua atuação constitucional.

Verificamos desses julgados que os Tribunais de Contas, ao afastar a norma considerada inconstitucional devem (i) verificar se há jurisprudência sobre a inconstitucionalidade de lei ou Súmula vinculante do STF sobre a matéria; (ii) atuar apenas diante de caso concreto, sem possibilidade de extensão de efeitos; (iii) respeitar a cláusula de reserva de plenário como forma de garantir maior segurança jurídica; (iv) atuar apenas na validade do ato administrativo sob sua competência, sem a pretensão de declarar a lei afastada como inconstitucional uma vez que ele continuará vigente.

Por fim, analisamos os limites da coisa julgada do parâmetro a ser considerado pelos Tribunais de Contas como eficácia erga omnes e efeitos vinculantes para poder afastar determinada norma inconstitucional no âmbito de sua competência.

Verificamos, principalmente pelo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do MS 25.888 que para essa análise deve prevalecer a tese (as razões de decidir) do julgado como parâmetro de vinculação, não somente o dispositivo, uma vez que se assim não fosse,

reduziria quase de morte a possibilidade dessa atividade conforme a Súmula 347, adotando-se, pelo menos quanto a esta atividade, a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Entendemos, ainda, a partir da análise dos julgados apresentados nesse trabalho, que o STF ainda não pacificou a permissão para que os Tribunais de Contas, assim com outros órgãos não jurisdicionais de controle, atuem, no âmbito de sua competência constitucional, para afastar a aplicabilidade de lei já considerada inconstitucional pela Suprema Corte, mas que, no atual momento, pelas posições dos Ministros nos casos analisados, é válido entender que se caminha para sua possibilidade.

Nesse sentido, concluímos que a Súmula 347 não foi superada, sendo compatível com o ordenamento vigente se lida conforme o precedente que lhe deu origem e nos limites estabelecidos pelo STF sistematizados no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

A DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. **Embaixada da França no Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ARANHA, Oswaldo. **Teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

ARAÚJO, Dalton Oliveira de; SOARES, Geraldo Ramos. **Caminhos de Contas: a história do Tribunal de Contas do Estado da Bahia**. 2. ed. Salvador: TCE/BA, 2016.

BARBOSA, Ruy. **Commentários à Constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre controle de constitucionalidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 54, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25–65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 1 dez. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. (Volume I)

BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**. Tradução de Jorge Guerrero. 2. ed. Santa Fé de Bogota: Editora Temis, 1992.

BOGONI, Flávia. Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula nº 347 do STF. **Fórum Administrativo**: Direito Público, v. 8, n. 91, p. 61–72, 2008. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/12764>. Acesso em: 1 dez. 2022

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade—O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. **Direito Público**, v. 7, n. 31, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1671>. Acesso em: 4 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 329/2013**. Altera a forma de composição dos Tribunais de Contas; submete os membros do Ministério Público de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>. Acesso em: 1 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização [sic] da Justiça Federal da Republica. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1894. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221-1894.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.464, de 10 de julho de 2017**. Altera a remuneração de servidores de ex-Territórios e de servidores públicos federais; reorganiza cargos e carreiras; estabelece regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13464-10-julho-2017-785191-publicacaooriginal-153342-pl.html>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.417-DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Alegada inconstitucionalidade de expressão do § 4º do art. 70 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal, pelo qual prevista a aplicação subsidiária do regime jurídico único dos servidores desse órgão aos conselheiros. Quebra da paridade estabelecida pelo § 3º do art. 73 c/c o art. 75 da Constituição da República. Contrariedade ao rol taxativo de vantagens previsto na Lei Orgânica da Magistratura. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750983926>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 28.872**. Agravo regimental. Mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Não conhecimento de procedimento de controle administrativo. Exercício de controle difuso de constitucionalidade pelo CNJ. Impossibilidade. Mandado de segurança a que se negou provimento. Agravo improvido. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620676>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n.º 808**. Brasília, DF: STF, 2015b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo808.htm>. Acesso em: 4 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n.º 808**. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo887.htm>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 25.888-DF**. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU), consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745, de 24.8.1998. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 14 de setembro de 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344408829&ext=.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança n.º 26.739-DF**. Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. Férias de sessenta dias. Ausência de previsão legal. Relator: Ministro Dias Toffoli, 1º de março de 2016b. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11155601>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Segurança n.º 30.358-DF**. Agravo regimental em mandado de segurança. Petróleo brasileiro s/a petrobras. Obras e serviços. Contratação pelo procedimento licitatório simplificado. Determinação de especificação no plano diretor a que se refere cada contratação realizada. Alegação de aplicabilidade do Decreto n. 2.745/1998 em vez da Lei n. 8.666/1993: fundamentação diversa do ato atacado. Ausência de utilidade da impetração. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/22510022/inteiro-teor-110708643>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Segurança n.º 35.410/DF**. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes pelo Tribunal de Contas da União. Decisão de afastamento genérico e definitivo da eficácia de dispositivos legais sobre pagamento de “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” a inativos e pensionistas, instituído pela lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1220242560/inteiro-teor-1220242561>. Acesso em: 1 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Segurança n.º 35.824-DF**. Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união. Determinação da cessação do pagamento do “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira”, instituído pela lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448889/false>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 33-PA**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição) [...]. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 29 de outubro de 2006a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 25.888-DF**. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, contra ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto n.º 2.745, de 24/08/1998, do Exmo. Sr. Presidente da República [...]. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 22 de março de 2006b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2371137>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 31.439-DF**. Licitação – lei n.º 8.666/93 versus decreto n.º 2.745/98 – relevância não configurada – liminar indeferida. Relator: Ministro Marco Aurélio, 19 de julho de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho277295/false>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Petição n.º 4.656-PB**. Petição. Lei n. 8.223/2007 da Paraíba. Criação legal de cargos em comissão no Tribunal de Justiça Estadual (art. 5º da Lei n. 82.231/2007 da Paraíba): assistentes administrativos. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Exoneração determinada. Ação anulatória: alegação de incompetência do cnj para declarar inconstitucionalidade de lei. Petição julgada improcedente. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso em Mandado de Segurança n.º 8.372**. Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido. Relator: Ministro Pedro Chaves, 11 de dezembro de 1961. Disponível em: <https://www.escavador.com/jurisprudencia/acordaos/520764/rms-8372-stf-ce-recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-8372?aba=resumo>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso em Mandado de Segurança n.º 18655 CE**. Súmula 347. Equiparação de proventos, vedada pela Constituição do Ceará. Recurso desprovido. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, 23 de outubro de 1968. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14557256>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 636.886-AL**. Constitucional e administrativo. Repercussão geral. Execução fundada em acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União. Pretensão de ressarcimento ao erário. Art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Prescritibilidade. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 20 de abril de 2020d. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1105639032/inteiro-teor-1105639039>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário n.º 729.744-MG**. Repercussão Geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Competência da Câmara Municipal para julgamento das contas anuais de prefeito. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 10 de agosto de 2016d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413353>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n.º 949297-CE**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Preliminar. Reconhecimento. Direito tributário. Contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL. Lei 7.689/88. Direito processual civil. Coisa julgada. Limites. Inexistência de relação jurídica. Inconstitucionalidade incidental. Declaração de constitucionalidade em controle abstrato e concentrado. ADI 15. Súmula 239 do STF. Relator: Ministro Edson Fachin, 24 de março de 2016e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8342/false>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n.º 955.227-MG**. Direito constitucional e direito tributário. Sentença que declara existência ou inexistência de relação jurídica tributária. Eficácia das decisões do supremo tribunal federal em controle difuso. Coisa julgada. Efeitos futuros. Relações de trato continuado. Presença de repercussão geral. Relator: Ministro Roberto Barroso, 31 de março de 2016f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8262/false>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília, DF: STF, 2020b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Súmula 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, DF: STF, 1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2149>. Acesso em 1 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 43**. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido. Brasília, DF: STF, 2015a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=2348>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo: Direito Público**, v. 5, n. 47, p. 4933-4939, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político?. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 1, p. 237-284, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71868>. Acesso em: 11 out. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada** volume 1: arts. 1 a 170. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

CHEMERINSKY, Erwin. **Federal Jurisdiction**. New York: Aspen Publishers, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CLÉVE, Clérmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

CORREIA, Jorge Alves. Prestação de Contas e Avaliação da Administração Pública pelos Resultados. **Direito do Estado**, n. 131, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jorge-alves-correia/prestacao-de-contas-e-avaliacao-da-administracao-publica-pelos-resultados>. Acesso em: 8 jun. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 166, p. 1-16, 1986. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45315>. Acesso em: 1 dez. 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Bruno; FREDERICO, Dias. Análise crítica da transformação do controle externo a cargo do tcu: o paradigma constitucional de 1988. **Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Para - RTCE-PA**, ano 2, n. 2, p 11-31., jan./ dez. 2018

DANTAS, Bruno. Súmula Vinculante: O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, p. 179–190, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 11, n. 42, 2013.

DIMOULIS, Dmitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hayburn's Case, 2 U.S. 409**. Washington, DC: Suprema Corte, 1792. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/2/409/>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hylton v. United States, 3 U.S. 171**. Washington, DC: Suprema Corte, 1796. Disponível em: <https://akhilamar.com/wp-content/uploads/2021/06/Hylton-v.-United-States-3-U.S.-171-1796-Justia-US-Supreme-Court-Center.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O julgamento pelos Tribunais de Contas. **Revista do TCE-PE**, v. 6, n. 6, p. 33-35, 1995. Disponível em: https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-3.1.2-1/index.php/Revista_TCE-PE/article/view/224. Acesso em: 1 dez. 2022.

FERRAZ, Marina. Câmara dos EUA aprova pacote de US\$ 1,9 tri para combate ao coronavírus. **Poder360**, 27 fev. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/camara-dos-eua-aprova-pacote-de-us-19-tri-para-combate-ao-coronavirus/>. Acesso em: 4 dez. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, p. 217–236, 2002.

FREITAS, Juarez de. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 10, n. 40, p. 217–238, 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/529>. Acesso em: 3 dez. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FUX, Luiz. Os Tribunais de Contas e o STF : eficiência, controle e accountability. **Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Para - RTCE-PA**, ano 2, n. 2, p 11-31., jan./ dez. 2018

GICQUEL, Jean. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 12. ed. Paris: Montcherestien, 1993.

GREGÓRIO, Carlos Eduardo Rôllo. **A natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas da União**. 2012. 52 p. Monografia (Pós-Graduação em Direito e Jurisdição) — Escola da Magistratura do Distrito Federal, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/a-natureza-juridica-das-decisoes-do-tribunal-de-contas-da-uniao-8A81881E747486F30174983CE6522E86.htm>. Acesso em: 4 dez. 2022.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HAMILTON, Alexander. O Departamento Judicial. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company Inc., 2000. *E-book*.

JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 129, p. 356–365, 1997. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42556/41274>. Acesso em: 4 dez. 2022.

JELLINEK, Georg. **Ein Verfassungsgerichtshof Für Österreich**. Vienna: Alfred Holder, 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 145, p. 1–20, 1981. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 8 nov. 2022.

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 27. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 234, n. 2014, p. 303–327, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas: 1787.1788**. Tradução de Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 30, n. 119, p. 255-268, 1993. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176182>. Acesso em: 1 dez. 2022.

MARANHÃO, Romero de Albuquerque; SENHORAS, Elói Martins. Pacote econômico governamental e o papel do BNDES na guerra contra o novo coronavírus. **Boletim de Conjuntura**, ano 2, n. 4, p. 27–39, 2020. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/141/142>. Acesso em: 4 dez. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993., p. 538-539.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 134, p. 11–39, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>. Acesso em: 2 dez. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 4, 1999b. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Acesso em: 3 dez. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade no Brasil: notas para a reforma. Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, n. 11, p. 273-272, 1ª quin. jun. 1998 ; n. 13, p. 317-313, 1ª quin. jul. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva; Brasília, DF: IDP, 2012. (Volume II)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, v. 59, n. 146, p. 9-15, 1970.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções essenciais à justiça e contra-poderes. **Revista da AGU**, v. 9, n. 27, p.7-30, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES, Edson de Oliveira. **Bureaucratic Insulation and Clientelism in Contemporary Brazil: Uneven State Building and the Taming of Modernity**. 1984. Dissertation (Doctor of Philosophy in Political Science) — University of California, Berkeley, 1984.

PARÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição Estadual de 5 de outubro de 1989**. Belém, PA: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/228>. Acesso em: 3 dez. 2022.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**: teoria, jurisprudência e 370 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, p. 7-40, 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 1 dez. 2022.

RODRIGUES, Cândido Moreira. Críticos da Revolução Francesa: conservadores tradicionalistas e contrarrevolucionários. **Revista Brasileira de Ciências Políticas**, Brasília, n. 3, p. 342-367, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/1693>. Acesso em: 1 dez. 2022.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de**

Estudos Políticos, n. 123, p. 615–654, 2021. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/937>. Acesso em: 3 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 4 dez. 2022.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Notas sobre alteração na LINDB. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, v. 5, n. 9, p. 12–29, 2018. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/31>. Acesso em: 1 dez. 2022.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** Tradução de Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997. (Coleção Clássicos do Direito)

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 2 dez. 2022.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VERMEULE, Adrian; SUNSTEIN, Cass. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 4 dez. 2022.

VILLAR, Alice Saldanha. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - Carta de Vitória. **JusBrasil**, São Paulo, 8 out. 2015. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>. Acesso em: 3 dez. 2022.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 5. ed. Milano: A. Giuffrè, 1947. (Volume I)

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito: O Estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.