

# O EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: retrospectiva, situação atual e um olhar para o futuro

## *THE EXAMINATION OF CONSTITUTIONALITY BY THE BRAZILIAN AUDIT OFFICE: retrospective, current situation and a look at the future*

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo discute o exame da constitucionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros sob três óticas: visão retrospectiva do cenário; análise da situação atual; e apresentação de questões para o futuro, ante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 35.410-DF) em relação à aplicação da Súmula 347/STF de 1963. O problema da pesquisa é saber se os Tribunais de Contas ainda podem realizar o exame da constitucionalidade em suas apreciações e, em caso positivo, em que bases o farão. A pesquisa conclui pela necessidade de ser fortalecido o papel dos Tribunais de Contas em relação ao exame da constitucionalidade de Leis e atos normativos. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir da doutrina, Leis e jurisprudência que foram fontes deste trabalho. O método utilizado foi o dedutivo, tratando-se de uma pesquisa racional.

**Palavras-chave:** Tribunais de Contas. Competência. Exame da Constitucionalidade.

**Abstract:** This article discusses the exam of the constitutionality by the Brazilian Audit Office from three perspectives: a retrospective view of the scenario; an analysis of the current situation; and a presentation of questions for the future, in light of the recent decision of the Federal Court of Justice (MS 35.410-DF) regarding the application of Precedent 347/STF of 1963. The issue of this research is to know if the Brazilian Audit Office can still carry on the constitutionality exam in their assessments, and, if so, on what basis they'll do it. The research concludes that the Audit Office's role concerning the examination of the constitutionality of laws and normative acts must be strengthened. It's a bibliographical analysis, developed from doctrine, law, and jurisprudence, sources of this essay. The method used was a deductive one, being a rational research.

**Keywords:** Audit Office. Competence. Constitutionality Exam.

1 Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra e Auditora de Contas Públicas. Atualmente é Assessora Jurídica de Gabinete, Presidente do Núcleo de Compliance e Encarregada de Dados do Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Professora de Direito Administrativo. Autora de artigos e do livro *Jurisdição no Estado do Bem-Estar e do Desenvolvimento*. morgana@tce.ba.gov.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema central deste artigo é o estudo da competência dos Tribunais de Contas no exame da constitucionalidade de Leis e Atos Normativos do Poder Público: fundamentos, exercício e limitações procedimentais. O problema da pesquisa reside em saber se os Tribunais de Contas ainda podem realizar o exame da constitucionalidade de Leis e atos normativos, diante do julgamento Mandado de Segurança 35.410-DF, cuja decisão foi publicada em 06/05/2021. Sendo positiva esta hipótese, o artigo apresenta questões a serem aprofundadas no sentido de fixar os limites que as Cortes de Contas devem observar para se desincumbir desse mister.

O trabalho desenvolve-se a partir do seguinte roteiro: o primeiro momento traça uma breve retrospectiva acerca da aferição de constitucionalidade de Leis e Atos do Poder Público a partir da Constituição Federal (CF) de 1946, sob a égide da qual foi editada a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (STF); no segundo momento, analisa-se o julgamento do Mandado de Segurança 35.410-DF, procurando responder se a Súmula 347/STF ainda se aplica, apresentando notas que podem ajudar a compreender as repercussões da decisão do STF no MS 35.410-DF na seara do controle externo; e no terceiro momento, apresenta-se, dedutivamente, um olhar para o futuro, no sentido de propor soluções para os problemas que envolvem tanto a forma quanto os limites do exame de constitucionalidade de Leis e Atos normativos pelos Tribunais de Contas em suas fiscalizações. A título de considerações finais, e tendo em vista a atualidade e relevância do assunto, o artigo propõe o aprofundamento da discussão do tema e o fortalecimento do papel dos Tribunais de Contas.

Em relação à metodologia aplicada, trata-se de uma pesquisa classificada como racional, e não empírica. Portanto, o método utilizado foi o dedutivo, e não, o indutivo. Quanto aos procedimentos utilizados para abordar a temática discutida, a pesquisa é classificada como bibliográfica, pois o percurso científico escolhido consistiu na coleta de informações contidas em decisões, Leis e textos de caráter científico, que foram entre si articulados, servindo de base teórica para o desenvolvimento do artigo.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 BREVE RETROSPECTIVA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E A SÚMULA 347/STF

Para entender este cenário do exame de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, cabe uma breve retrospectiva histórica acerca do controle de constitucionalidade no Brasil. Segundo Ruy Barbosa (1890), a CF/1891 já trazia em

seu texto a possibilidade desse controle na forma difusa, sendo regulamentada, a primeira vez, pela Lei Federal n. 221/1894 (FORNI, 2020, p. 146). Porém, vamos começar a retrospectiva a partir de 1946, porque foi sob a égide dessa Constituição que foi editada pelo STF a Súmula 347 de 1963, que dispõe: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciará a constitucionalidade das Leis e dos atos do Poder Público”.

A Carta Constitucional de 1946 atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de Lei ou Ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (CF/46, art. 101, I, k); e a competência de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes quando a decisão fosse contrária ao dispositivo da Constituição (CF/46, art. 101, III, a). Esta regra estava relacionada à competência para analisar a inconstitucionalidade de atos normativos em face da Constituição Federal.

Com relação à inconstitucionalidade de Leis ou Atos Normativos Municipais, em face da Constituição do Estado, a Carta de 1946 previa a possibilidade de a Lei estabelecer processo, de competência originária dos Tribunais de Justiça, para declarar tal incompatibilidade entre a Lei ou Ato Municipal e a Constituição Estadual (CF/46, art. 124, inc. XIII).

Já havia, também, a previsão expressa nas disposições gerais no sentido de que só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderiam os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de Lei ou de Ato do Poder Público (CF/46, art. 200).

A Carta Magna de 1967 manteve o quórum qualificado (maioria absoluta) para a declaração de inconstitucionalidade de Lei ou ato do Poder Público, repetindo o mesmo texto do art. 200 da Constituição de 1946 (CF/67, art. 111), assim como a competência do STF para processar e julgar, originariamente, “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo federal ou estadual” (CF/67, art. 114, inc. I, letra “I”), tendo sido acrescida a competência do STF para apreciar, em recurso extraordinário, pedido de reforma de decisão de outros Tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal (CF/67, art. 114, inc. III, letra “b”).

No texto original, a Carta de 1969 (com a ressalva de não se tratar, a rigor, de nova Constituição), também manteve a necessidade de maioria para que os Tribunais pudessem declarar a inconstitucionalidade de Lei ou Ato do poder público (CF/69, art. 116).

A Emenda Constitucional n. 07/1977 manteve a competência do STF para apreciar, em recurso extraordinário, pedido de reforma de decisão de outros Tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal (CF/69, art. 119, inc. III, letra “b”). A novidade foi a menção à possibilidade da Lei Orgânica da

Magistratura Nacional (LOMAN) criar órgão especial com a competência de declarar a inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo (CF/69, art. 121, § 2º). Por esta razão, em 1977, foi consignado que o quórum qualificado seria também exigido no voto dos membros do respectivo órgão especial dos Tribunais quando declarassem a inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público.

Com isso, até a promulgação da CF/88, a declaração de inconstitucionalidade seguia essas bases, permanecendo em pleno vigor a Súmula 347 que atribuía a competência da apreciação de inconstitucionalidade, também, aos Tribunais de Contas. Porém, nunca houve uma distinção efetiva entre a declaração (verbo utilizado nas constituições) e a apreciação (verbo utilizado na Súmula 347), e, na prática, quando os Tribunais de Contas apreciavam a inconstitucionalidade ao julgar contas, o que ocorria era o mesmo: o afastamento da incidência da norma (ou do ato) considerada inconstitucional. Apesar disso, a Súmula 347 operava efeitos, sem celeumas jurídicas. Entretanto, com a Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova dimensão do controle de constitucionalidade no país, e a recepção da Súmula 347 começou a ser questionada.

Dessa forma, apesar de manter alguns dispositivos com texto semelhante às constituições pretéritas, a CF/88 está assentada em bases distintas daquelas que fundaram os textos das constituições anteriores e, embora tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade antes existente, a Carta Cidadã adotou também outros instrumentos de controle da constitucionalidade de Leis e atos normativos, tais como: o mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade.

Essas mudanças conferiram um novo perfil ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, consagrando o modelo misto. O controle *abstrato* e *concentrado* deixou de ser algo eventual e episódico dentro do sistema, para ser protagonista ao lado do controle *concreto* e *difuso*<sup>2</sup>.

Outrossim, a ampliação da legitimação conferida no controle abstrato, com a possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo até então vigente no Brasil.

Em suma, a CF/88 atribuiu ao STF a competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual e da ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal (CF/88, art. 102, I, 'a').

A CF/88 ainda emprestou, a partir da Emenda Constitucional n. 3/1993, efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito nas ações de controle concentrado e

---

<sup>2</sup> O controle difuso é aquele conferido a todo e qualquer juiz, no âmbito de sua competência, independentemente da posição que adote na estrutura do Poder Judiciário, não sendo necessária uma ação própria, como existe no controle concentrado. No controle difuso, a questão constitucional é meramente incidental, arguida no caso concreto como questão prejudicial ao julgamento principal. E, neste caso, a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos apenas para o caso concreto.

nas ações declaratórias de constitucionalidade (CF/88, art. 102, § 2º). Aos Tribunais de Justiça dos Estados, a CF/88 atribuiu a competência originária de julgar as ações diretas de inconstitucionalidade contra Leis e atos normativos estaduais e municipais em face das Constituições Estaduais (CF/88, art. 125, §2º).

Outro aspecto da CF/88 sobre o controle de constitucionalidade é que a Carta Magna manteve a necessidade de respeito ao quórum qualificado na análise da inconstitucionalidade, seja direta ou por meio difuso, em qualquer Tribunal do país. O quórum de votação é relevante para o funcionamento de qualquer órgão colegiado, e quando se trata de quórum qualificado ou reserva de plenário, é preciso alcançar proporção pré-determinada, como, por exemplo, a maioria absoluta dos membros de um órgão julgador. Neste caso, inclusive, o quórum é de 2/3 (CF/88, art. 97)<sup>3</sup> para ensejar o efeito extraordinário de extrair validade e eficácia de uma norma oriunda do legislativo<sup>4</sup>.

Por fim, a Carta Cidadã manteve inalterada a competência do STF para apreciar, em recurso extraordinário, pedido de reforma de decisão de outros Tribunais que declararem a inconstitucionalidade de tratado ou Lei federal na forma incidental (CF/88, art. 102, inc. III, letra “b”), mas inovou ampliando a legitimação para a propositura das ações de controle concentrado para: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido Político com representação no Congresso Nacional; Confederação Sindical; ou Entidade de Classe de âmbito nacional (CF/88, art. 103). Com relação às Constituições Estaduais, a Carta Magna de 1988 previu que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de Leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (CF/88, art. 125, § 2º). Outrossim, é função institucional do Ministério Público promover a ação de inconstitucionalidade (CF/88, art. 129, inc. IV).

Resta claro, diante da redação da Constituição Federal de 1988, que os Tribunais de Contas não podem fazer o controle *abstrato e concentrado* de constitucionalidade, mas a pergunta que remanesce é se podem examinar a constitucionalidade de uma norma quando da realização do controle externo, na apreciação do caso concreto.

Essa é a questão central deste estudo: saber se, após o julgamento do MS 35.410-DF, os Tribunais de Contas poderão apreciar a constitucionalidade de normas quando de seus julgamentos concretos, e de que forma devem agir quando a questão

3 A cláusula de reserva de plenário estabelece que os Tribunais somente possam declarar a inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

4 A questão envolve a tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos. Incumbe ao Poder Legislativo criar normas gerais e hipotéticas que regulam a vida em sociedade. Ordinariamente, cabe ao Poder Judiciário solucionar conflitos concretos na aplicação do direito emanado do legislador. Somente em caráter e hipótese excepcionais é que o Poder Judiciário pode adentrar na competência do Legislativo para retirar das Leis os efeitos que lhe são inerentes e próprios.

a ser decidida contiver, como questão prejudicial, a compatibilidade de uma norma hierarquicamente inferior com a Constituição (Federal ou Estadual).

## 2.2 SITUAÇÃO ATUAL DA APRECIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS APÓS O JULGAMENTO DO MS 35.410 PELO STF

Nas decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do MS 25.888<sup>5</sup>, em 22/3/2006, e MS 27.796<sup>6</sup>, em 27/01/2009, vê-se um posicionamento bastante claro de negativa de aplicação da Súmula 347/STF. Porém, nesses casos, a questão da análise da recepção da Súmula 347/STF e da possibilidade dos Tribunais de Contas realizarem a apreciação de constitucionalidade restou-se prejudicada, porque os processos não foram julgados no mérito<sup>7</sup>.

No entanto, mais recentemente, foi retomada a discussão sobre a recepção da Súmula 347 pela CF/88, com a decisão do Plenário do STF no bojo do Mandado de Segurança 35.410<sup>8</sup>, publicada no DJE n. 86, em 06/05/2021, na qual, por maioria, decidiu-se conceder, no caso concreto, 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 fossem analisadas pelo TCU de acordo com os dispositivos legais vigentes (§§ 2º e 3º do art. 7º da Lei n. 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei n. 10.887/2004), prevendo o pagamento de bônus de eficiência aos servidores. O STF vedou o afastamento da eficácia dos dispositivos legais por decisão do Tribunal de Contas da União, como havia constado do Acórdão.

Deve-se, portanto, proceder a análise do MS 35.410 pelo STF, a fim de saber se ainda é possível admitir o controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

O MS 35.410 teve por objeto (ato coator) o acórdão do Tribunal de Contas da União que afastou a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei n. 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei n. 10.887/2004, que fundamentavam a extensão a inativos e pensionistas do benefício denominado Bônus de Eficiência e

---

5 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. O referido decisum suspendeu liminarmente a Decisão n. 663/2002-TCU-Plenário, que havia declarado a inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei n. 9.478/97 e do Decreto n. 2.745/98.

6 Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS) contra o Acórdão 1.763/2008 do Tribunal de Contas da União, na parte em 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 (TC 008.815/2000-3).

7 Discutia-se a possibilidade de utilização do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, aprovado pelo Decreto n. 2.745, de 24/8/1998, e a edição posterior da Lei das Estatais (Lei Federal n. 13.303/2016) que colocou um ponto final na discussão acerca da constitucionalidade do referido regulamento.

8 Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil (SINDIRECEITA) contra ato do Tribunal de Contas da União.

Produtividade, concedido a auditores fiscais do trabalho e analistas tributários da Receita Federal do Brasil que integram a carreira tributária e aduaneira, por reputá-los inconstitucionais a fim de não incidir sobre a referida parcela desconto de Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor (CPSS).

Neste MS 35.410, a questão de fundo é a discussão de: se o Tribunal de Contas da União teria competência para exercer controle difuso de constitucionalidade, com fulcro na Súmula 347 do STF.

O Ministro Alexandre de Moraes havia concedido, em 2017, monocraticamente, a liminar, sob o fundamento de que o TCU não poderia exercer o controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos sob o argumento da vigência da Súmula 347. A tese do Ministro Relator é a de que, a partir da CF/88, apenas órgãos jurisdicionais podem declarar a inconstitucionalidade de Leis e atos normativos, logo, seria inviável a subsistência da Súmula 347, e o exercício da competência ali prevista pelos Tribunais de Contas. Vejamos trecho da decisão do referido Ministro:

É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense 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. Eis o teor do referido enunciado: *“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos atos do Poder Público”*. Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, *mutatis mutandis*, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes). O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e Tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”). A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do Chief Justice Marshall (1 Chanc 137 – 1803 – Marbury vs. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e Tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. [MS

35410/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, Brasília, 15 de dezembro de 2017]. (MORAES, 2017).

A tese do Ministro parte inicialmente da fixação de que os Tribunais de Contas são órgãos destituídos de função jurisdicional e equiparados ao Conselho Nacional de Justiça. E, para o Ministro, o controle de constitucionalidade apenas pode ser exercido por órgãos exercentes de função jurisdicional.

Segundo Moraes, a possibilidade de um órgão administrativo declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ainda que fora do controle concentrado, representaria, ao mesmo tempo: usurpação de função jurisdicional; invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo, como se vê *in verbis*:

Haveria, nessa hipótese, inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder. A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, “a” e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a Lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo. (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes). [MS 35410/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes]. (MORAES, 2017).

Essa tese também foi defendida no curso da instrução do MS 35.410 pela Procuradoria Geral da República (PGR) que se manifestou em 30/05/2018 pela concessão da segurança, confirmando a liminar deferida, vez que, segundo sustentou, a Súmula 347 do STF estaria superada, em razão do novo modelo constitucional de 1988. Para a PGR, é inconcebível que o Tribunal de Contas da União permaneça exercendo o controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o argumento de que a Súmula 347/STF, editada em 1963, ainda estaria vigente:

[...] acredita-se que a Súmula 347/STF, em razão do novo modelo constitucional inaugurado com a Carta da República de 1988, encontra-

se mesmo superada. E não se está a dizer – repita-se – que o TCU e os demais Tribunais de Contas são “inimigos do Estado ou do Administrador Público, ou ainda, um usurpador dos Poderes, Funções e Instituições Constitucionais da República” (f. 96 – trecho do voto do acórdão atacado), mas apenas que é inconcebível que o Tribunal de Contas da União possa “*permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347/STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988.*” (f. 151 – trecho da decisão que deferiu a liminar). [MS 35410/DF, parecer da PGR].

Em 02/04/2021, foi iniciado o julgamento do MS 35.410, junto com mais 7 mandados de segurança semelhantes (n.ºs 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.812, 35.824 e 35.836) que, igualmente, impugnavam o Acórdão n. 2.000/2017, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC n. 021.009/2017-1.

Para o Relator do MS 35.410, o TCU é um órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com competência funcional claramente estabelecida no artigo 71 da Constituição Federal. Dessa forma, pela compreensão do Ministro Relator, ao declarar, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivos aos casos concretos submetidos à sua apreciação, a Corte de Contas estaria retirando a eficácia da Lei e acabava determinando aos órgãos da administração pública federal que deixassem de aplicá-la aos demais casos idênticos, extrapolando, assim, os efeitos de suas decisões para outros além das partes envolvidas no processo de contas e distorcendo o que deve ocorrer no controle difuso (efeitos apenas dentro do processo, sem qualquer repercussão geral). Com isso, o TCU estaria usurpando competência exclusiva do STF.

Dessa forma, o Relator manteve a liminar e votou pela concessão da segurança para afastar a determinação contida no Acórdão 2.000/2017 do TCU e para determinar que o TCU analisasse as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos, em conformidade com os dispositivos legais vigentes, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa.

Ele foi acompanhado integralmente por cinco ministros: Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Gilmar Mendes. Dois ministros o acompanharam com ressalvas: Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. Dois divergiram integralmente do Relator: Edson Fachin e Marco Aurélio. E o Ministro Dias Toffoli se deu por impedido nessa votação.

Eis a Ementa da decisão no MS 35.410, publicada em 06/05/2021:

EMENTA: 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.

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 n. 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004. [MS 35410/DF – STF – Plenário - Acórdão publicado em 06/05/2021].

O julgamento foi encerrado em 13/04/2021 e a decisão transitou em julgado dia 02/06/2021.

Nesta decisão, consta que o Tribunal de Contas da União é órgão sem função jurisdicional e que: (a) não pode declarar a inconstitucionalidade de Lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal; e (b) quando realizar o controle difuso não pode transcender os efeitos da decisão para além das partes, ou seja, não pode determinar o afastamento da incidência da norma de maneira geral e vinculante para toda a Administração Pública.

Sendo assim, a grande preocupação demonstrada no *decisum* foi com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas. E tanto é assim, que a Súmula 347 não foi formalmente cancelada, permanecendo, dessa forma, a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem a competência de examinar a constitucionalidade de Leis e atos normativos nos casos concretos, apesar dos votos incisivos do Relator Ministro Alexandre de Moraes e do Ministro Gilmar Mendes, contrários até a essa possibilidade, pelo que se depreende de seus votos.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o incremento do controle abstrato de constitucionalidade na CF/88 com a ampliação de legitimados para ação direta de inconstitucionalidade cuja decisão efeito vinculante e eficácia contra todos, bem como

a criação da ação declaratória de constitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental implicaram na desnecessidade de que o sistema de controle difuso de constitucionalidade extrapole a esfera do Judiciário.

Nesse contexto, é relevante reafirmar que a possibilidade de os órgãos de controle administrativo deixarem de cumprir decisão legislativa, com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade, é controvérsia que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, mas certamente já perdeu 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, bem como às Mesas das Casas Legislativas, 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. [MS 35410/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes]

Contudo, a repercussão desse julgado, como dito, reacendeu a discussão sobre o cabimento do exame de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, bem como de sua natureza, especialmente quando o Ministro Relator compara o TCU ao CNJ, e quando a Procuradoria Geral da República afirma, categoricamente, que é inconcebível que o TCU exerça o controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos.

Daí a se entender que é preciso lançar novamente luzes acadêmicas às competências dos Tribunais de Contas e fortalecer as bases para que os Tribunais de Contas possam continuar a exercer seu mister constitucional, com limites, mas sem castrações e/ou amputações de competências. Esse é o desafio lançado.

### **2.3 O OLHAR PARA O FUTURO DO EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Como visto os Tribunais de Contas ainda podem realizar o controle de constitucionalidade com base na Súmula 347, pois ela ainda não foi cancelada pelo STF, mas terão de observar os efeitos dessa decisão, limitando-os ao caso concreto, pois as decisões em controle difuso, só têm efeito para as partes no processo.

O que se entende disso na prática?

Na prática, as resoluções e acórdãos dos Tribunais de Contas não poderão recomendar, muito menos determinar aos gestores, a não aplicação geral de determinada norma que, incidentalmente, tenham examinado e decidido pela inconstitucionalidade.

Simples? Nem tanto.

É que, na qualidade de gestor público, fiscalizado pelos Tribunais de Contas, o efeito para além das partes ocorrerá independentemente de haver ou não a recomendação ou a determinação de afastamento da incidência da norma noutros casos.

Explica-se.

É que o mesmo gestor ou mesmo o que o suceder – conhecendo da rejeição das contas anteriores, pelo Tribunal de Contas, em razão da aplicação da norma considerada inconstitucional – não vai, por óbvio, voltar a aplicá-la com o receio de, também, ter suas contas desaprovadas. E mesmo se assim decidir fazer, ficará com receio de ser criticado e punido pelo Tribunal de Contas por, deliberadamente e sem autorização, não ter aplicado a norma. Ocorre que se ele aplicar a mesma norma considerada outrora inconstitucional pelo Tribunal de Contas poderá, novamente, ter as contas rejeitadas no novo exercício e assim sucessivamente, até que uma ação direta de inconstitucionalidade seja julgada e retire a referida norma do ordenamento. Nessa ótica, a insegurança jurídica imperará.

E como solucionar?

Primeiro, reforçar o entendimento, como destacado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto, que as Cortes de Contas têm a competência de julgar 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, e, ainda, as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário:

[...] o Supremo Tribunal Federal já assentou, em vários julgados, o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem, já que não se trata de atividade meramente administrativa, mas de julgamento de contas de várias autoridades e colaboradores do Poder Público, a fim de assegurar a correção e economicidade nos gastos públicos. [MS 35410/DF – Voto Ministro Edson Fachin].

Nesta senda, cabe a transcrição de Marçal Justen Filho (2018), citado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto:

A fórmula quase jurisdicional é interessante não para induzir o Leigo a imaginar que a atuação do Tribunal de Contas é idêntica à do Judiciário, mas para destacar como se diferencia do restante das atividades administrativas e legislativas. Nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1132-1133).

Ou seja, não se pode esquecer que o próprio STF já decidiu que o Tribunal de Contas exerce competência jurisdicional, à semelhança de um órgão do Poder Judiciário (*vide* MS 5.490, 7.280 e 21.466, além dos REs 55.821 e 132.747).

Com efeito, é preciso lembrar que para assegurar à Corte de Contas o adequado desempenho de suas atividades, o STF em outras ocasiões, com outra composição, por certo, já havia assegurado a existência de poderes implícitos, que possibilitariam

o cumprimento do mister constitucional que lhe foi destinado (MS 24.510, Relator (a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 e MS 26.547 MC, Relator (a): Min. Celso de Mello, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007).

E, dentre esses poderes, não poderia deixar de estar o exame de constitucionalidade, para que, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, o Tribunal de Contas pudesse, ou melhor, devesse afastar a incidência de Leis e atos normativos que contrariassem a Constituição. Sem esse poder o exercício das demais competências da Corte de Contas ficaria francamente prejudicado.

É que se não julga com definitividade (efeito exclusivo da decisão transitada em julgado do Poder Judiciário), é certo que julga no sentido de que aprecia, no âmbito de sua competência, pondo fim a controvérsia na aplicação do direito ao caso concreto, inclusive produzindo título executivo extrajudicial.

Uma decisão de um Tribunal de Contas não será imune à apreciação do Poder Judiciário, jamais se revestirá da definitividade que é característica exclusiva da coisa julgada material proveniente do Judiciário, mas não pode se confundir com a atividade ordinária da Administração de executar o Direito, pois seu pronunciamento realiza um juízo de valoração de conduta em cotejo com a normatividade. É, portanto, um juízo de legalidade.

Se for dado a um órgão ou ente realizar um juízo de legalidade que, por exemplo, lhe permite apreciar a incidência do ordenamento sobre atos, inclusive normativos, de forma a afastar um Decreto que viole a Lei ou um Ato de nomeação ou contratação que a contrarie, por muito maior razão também lhe será atribuído o dever de cotejar atos, inclusive normativos, em face da Constituição. Cogitar o contrário implicaria em impor aos Tribunais rejeitar um ato contrário à Lei, mas aceitar um praticado contra a Constituição.

Segundo, compreender o que foi defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no MS 35.410, no sentido de que “toda autoridade administrativa de nível superior pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de Lei”.

E está corretíssima essa afirmação, do contrário, essas autoridades administrativas, cientes de inconstitucionalidade, quando não a declarassem incidentalmente ao julgar processos, cometeriam, no mínimo, crime de prevaricação<sup>9</sup>.

Afinal, embora não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade de Leis *in abstracto*, os Tribunais de Contas devem, no caso concreto, pela via incidental (controle concreto), deixar de aplicar determinado ato inconstitucional e até sustar atos praticados com base em Leis vulneradoras da Constituição, como leciona Uadi Lammêgo Bulos (2000), *in verbis*:

9 O Código Penal em seu artigo 319 prevê o crime de prevaricação que tem como objetivo punir agentes públicos que dificultem, deixem de praticar ou atrasem, indevidamente, atos que são obrigações de seus cargos; ou os pratique contra a Lei, ou apenas para atender interesses pessoais.

Embora não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade de Leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Contas poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar determinado ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em Leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto. (BULOS, 2009, p. 893).

É dever dos Tribunais de Contas afastarem a aplicação de ato considerado inconstitucional e sustar outros que atentem contra a Constituição quando do julgamento de auditorias e inspeções. E, se assim não fosse, o Tribunal é que estaria cometendo ilegalidade e atentando contra a Constituição, ao menos por omissão no cumprimento de seu dever. Portanto, se fosse amputada essa competência dos Tribunais de Contas como poderiam rejeitar contas de gestores que tivessem seguido Leis flagrantemente inconstitucionais, sem declarar incidentalmente isso?

Se os Tribunais de Contas não pudessem exercer o controle difuso de constitucionalidade teriam de aceitar, tolerar e, de certa forma, exigir que a Administração Pública atuasse, segundo as Leis e Atos inconstitucionais na gestão de recursos públicos e na administração de interesses coletivos, até que as mesmas fossem, no controle concentrado, excluídas do ordenamento jurídico.

Nessa linha, Roberto Rosas (2006) apresenta a ideia de que todos os Tribunais ordinários ou especiais devem apreciar inconstitucionalidade de Leis e atos normativos no modo *incidenter tantum*, apesar de a última palavra pertencer ao STF.

Se atos submetidos ao Tribunal de Contas não estiverem conforme a Constituição serão atos inconstitucionais, e sua aplicação e efeitos deverão, por consequência, ser afastados, no caso concreto, tanto ou mais do que atos apenas ilegais.

O art. 71 da Constituição prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos etc.; e a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões. O exame de legalidade pressupõe o de constitucionalidade, pois não há legalidade inconstitucional.

Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados, e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo ao argumento da privatividade da interpretação das Leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo, são atos contra a Lei, portanto, se inconstitucionais, são também – e em maior medida – ilegais.

Nesse sentido, foi o voto da Ministra Rosa Weber no MS 35.410 que registrou: “nada impede que o Tribunal de Contas aprecie a constitucionalidade de Lei ou Ato

Normativo do Poder Público, negando aplicação no caso concreto quando forem inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer Tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

Com efeito, o que não podem os Tribunais de Contas, por serem no ordenamento pátrio órgãos que não integram o Judiciário, é exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Fora isso, devem proceder ao exame incidental de constitucionalidade, afinal, como sustentado pelo Ministro Marco Aurélio no MS 35.410, “seria verdadeira incongruência afastar a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle difuso, propriamente dito”.

O controle difuso propriamente dito é aquele exercido no curso de processo do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os Tribunais ordinários e especiais. Aqui a questão constitucional é uma questão prejudicial da causa e, por isso, deve ser apreciada como preliminar à análise do mérito. Ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar preliminarmente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Nesse aspecto, seria perfeitamente possível o controle difuso no âmbito dos julgamentos processados pelos Tribunais de Contas, mesmo que a Súmula 347 estivesse cancelada, o que não é o caso, ela ainda está em vigor, apesar de editada antes da CF/88.

Terceiro, aperfeiçoar o rito do exame de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas (nas três esferas: União, Estados e Municípios). O normativo interno desses Tribunais traz procedimentos completamente distintos, ora exigem o respeito à reserva de plenário, ora não. Além disso, muitos Tribunais Estaduais analisam a inconstitucionalidade até de normas das constituições estaduais em sede de auditoria de contas.<sup>10</sup>

Quanto a isso cabe, em tese, abrir um parêntese neste artigo para explicar – o que para uns parece óbvio – que os Tribunais de Contas dos Estados não podem declarar a inconstitucionalidade de norma da Constituição Estadual, documento normativo estruturante do qual se extrai a própria criação e competência dos Tribunais de Contas estaduais.

Com efeito, não há que se confundir a atribuição de aferir a compatibilidade (validade) de normas de hierarquia inferior (Leis e atos normativos estaduais e municipais) com normas de hierarquia superior (Constituição do Estado), com a atribuição de declarar a validade da própria Constituição do Estado, poder jamais conferido a qualquer órgão

---

10 Sabemos o Tribunal e a decisão em que ocorreu essa extrapolação de competência quando o Tribunal de Contas declarou a inconstitucionalidade e afastou por completo a incidência de norma da Constituição Estadual em sede de auditoria de contas, mas preferimos neste artigo – cujo objetivo não é apurar a forma com que os Tribunais estão agindo – trabalharmos com a hipótese em tese.

criado pela referida Constituição<sup>11</sup>, salvo delegação direta e expressa da própria norma fundamental, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, cada um nas fronteiras já referidas de suas competências constitucionais.

Nem o próprio Supremo Tribunal Federal pode analisar a constitucionalidade de normas criadas pelo Poder Constituinte originário (que o criou), como já decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 815/DF<sup>12</sup>, quando o STF, por votação unânime, não conheceu a ação por impossibilidade jurídica do pedido (Plenário, 28/03/1996), como mostra a ementa da mencionada decisão:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*” (artigo 102, “*caput*”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação à outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (STF – ADI 815/DF – Tribunal Pleno 28/03/1996 – Rel. Min. Moreira Alves)

Assim, o STF decidiu que nem ele mesmo pode declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, porque sua competência precípua é a guarda da Carta Magna, o que implica dizer que deve impedir que se desrespeite a Constituição como um todo.

Marcus Vinícius Furtado Coêlho (2016) explica que o paradoxo posto ao STF em 1992, por meio da ADI 815 – sobre a possibilidade de uma norma constitucional ser inconstitucional – não era novo e nem inédito, tendo surgido ao final de década de 1950 na Alemanha, quando o país divergia acerca da legitimidade de uma Lei fundamental redigida e promulgada por uma assembleia constituinte cujo protagonismo coube não ao povo alemão, mas ao governo aliado.

---

11 Como lecionou Hans Kelsen em seu livro clássico Teoria Pura do Direito, ao difundir a concepção da estrutura piramidal do ordenamento normativo, a norma derivada não pode inverter a hierarquia com a norma fundante.

12 Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF, ajuizada pelo governador do estado do Rio Grande do Sul em dezembro de 1992, e relatada pelo Ministro Moreira Alves.

Nesta época, Otto Bachof (1994), Professor da Universidade de Tübingen (Alemanha), aduziu o seguinte questionamento: seria possível que normas constitucionais fossem inconstitucionais por violar um princípio jurídico absoluto ou o próprio sistema interno do texto, promovendo assim uma modificação substancial de seu conteúdo?

Sua preocupação era livrar o texto constitucional de dispositivos que contrariassem preceitos fundamentais de justiça, cujo alicerce estaria no Direito Natural. Sendo o povo titular do Poder Constituinte, o texto deveria refletir o sentimento de justiça enraizado em cada membro da coletividade. Em crítica aberta aos teóricos adeptos do conceito formal de Constituição, Bachof (1994) expõe que a Constituição será válida – entendida enquanto legítima – tão somente no caso de o legislador considerar os ‘princípios constitutivos’ de toda e qualquer ordem jurídica e “[...] atender aos mandamentos cardeais da Lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos não os renegar conscientemente.” (COELHO, 2016, p. 1-2).

Tal tese de Bachof (1994) não encontrou eco no Brasil, em especial, na jurisprudência do STF. Malgrado, o Supremo admita a inconstitucionalidade de propostas de emenda à Constituição quando restarem violadas as cláusulas pétreas previstas no artigo 60, §4º, da Carta, na qual não admite a existência de normas constitucionais inconstitucionais, devendo todas serem consideradas igualmente, e obrigar a todos na mesma medida.

Assim, os Tribunais de Contas Estaduais não podem examinar, muito menos declarar, a inconstitucionalidade de normas da própria Constituição Estadual. Isso porque tal possibilidade seria não apenas uma questão de subversão dos princípios estruturantes da normatividade, mas, também, de invasão de competência do STF.

É que a Constituição do Estado somente pode ter sua validade questionada (notadamente por violação constitucional) em relação à sua própria norma de fundamentação, que é a Constituição Federal. E essa competência (para avaliar normas derivadas, inferiores, no plano hierárquico da Carta Magna) é do Supremo Tribunal Federal. Apenas o STF pode retirar a validade e eficácia de uma norma da Constituição de um Estado por violação da Carta Magna.

Nestes termos, o mérito desta verificação implica na análise da Constituição Federal, razão pela qual tal exame não pode ser feito sem que o órgão julgador se debruce sobre a compreensão de sentido da Lei Maior, e, assim, estaria usurpando competências da Corte Constitucional.

Portanto, independentemente da discussão acerca da recepção ou não da Súmula 347 pela Constituição Federal e de sua vigência atual após o julgamento do MS 35.410-DF, resta claro que os Tribunais de Contas estaduais não possuem competência para declarar, nem mesmo incidentalmente, e respeitando o quórum composto pela maioria absoluta dos membros, a inconstitucionalidade de norma da

Constituição Estadual em face da Carta Magna, porque isso seria, alegoricamente, atentar contra a vida da própria mãe! Afinal, decisões dos Tribunais de Contas estaduais (norma individual da criatura) não podem examinar a validade de norma de diploma que o criou e estabeleceu sua competência.

No Brasil não é admitida a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais. Igualmente, se fosse possível um Tribunal de Contas Estadual declarar inconstitucionalidade de uma norma da Constituição do seu Estado, e afastar sua incidência, mesmo que num caso concreto, isso seria o mesmo que atentar contra sua própria origem.

Em conclusão, verifica-se o Instituto Rui Barbosa (IRB) e sua missão de “promover a integração, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos métodos e procedimentos de controle externo, aproximando instituições e sociedade, de modo a fortalecer ações que beneficiem a coletividade”, pode ser uma grande mola propulsora em prol do aperfeiçoamento do rito do exame de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas.

Com mais diálogo institucional certamente será possível padronizar os procedimentos de exame de constitucionalidade nos Tribunais de Contas, na forma incidental e difusa, respeitando o quórum qualificado, e observar os limites fixados no recente julgamento do MS 35.410 do STF, relativos aos efeitos da decisão (interpartes e não vinculantes), sem que isso mitigue o exercício do controle externo ou prejudique a segurança jurídica dos administradores públicos.

### 3 CONSIDERAÇÕES

Em brevíssimas palavras, em razão da limitação do espaço, foi feita uma análise retrospectiva acerca do exame da constitucionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros no cenário que antecedeu a Constituição Federal de 1988 até o quadrante atual e demonstrou-se excertos do julgamento do MS 35.410-DF no STF.

Problematizaram-se algumas questões e situações que podem causar perplexidade e que devem ensejar estudos, convocando-se um olhar para o futuro naquilo que pode impactar na função principal dos Tribunais de Contas, qual seja: julgar contas conforme a legalidade, a legitimidade e a economicidade, de forma suficiente (no sentido de eficaz), e eficiente.

Ainda que a decisão do MS 35.410-DF: (a) não ostente efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, como ocorre com as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Pretório Excelso nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, à luz do art. 102, §2º, da CF/88, c/c o art. 28, parágrafo único, da Lei Federal n. 9.868/99; (b) faça coisa julgada apenas entre as partes, nos termos do art. 506, do CPC, sendo incapaz de reduzir a competência das Cortes de Contas no exame da constitucionalidade; e (c) não tenha sido tema de

repercussão geral, foram apresentadas 3 propostas de solução para o problema da pesquisa que era saber se os Tribunais de Contas ainda podem realizar o exame da constitucionalidade em suas apreciações, e em caso positivo, em que bases.

Em conclusão, a pesquisa revelou que os Tribunais de Contas continuam com a prerrogativa de examinar a constitucionalidade de Leis e atos normativos em seus juízos de casos concretos e devem fazê-lo na forma difusa, respeitando a reserva de plenário, mas, afora isso, concluiu pela necessidade de fortalecimento do papel dos Tribunais de Contas, especialmente de sua função de “julgar”. Parafrazeando o refrão da música “*Divino maravilhoso*”, de Gilberto Gil e Caetano Veloso, cantada pela primeira vez em 1969, por Gal Costa, é preciso os Tribunais de Contas estarem “atentos e fortes” diante de tentativas de mitigação de sua função e de amputação de suas competências.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO Júnior. **O controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de contas**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/download/37/35/file:///>. Acesso em: 28 set. 2020.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BOGONI, Flávia. Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula 347 do STF. **Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, set. 2008, p. 61-72. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/169096?show=full>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-complementares/lei-complementar-nb0-35-de-14-de-marco-de-1979>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 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. Presidência da República, 1999. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9868&ano=1999&ato=358o3ZE9keNpWT227>. Acesso em: 1 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI 215 / PB, Relator: Min. Celso de Mello, no DJ de 3 de agosto de 1990. Brasília: DF, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI 815 / DF. Relator Min. Moreira Alves, no DJ de 10 de maio de 1996. Brasília: DF, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**. MS 25888/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão Monocrática Liminar em 22 de março de 2006, publicado no DJE de 29 de março de 2006. Decisão Monocrática Final em 14 de setembro de 2020, publicada no DJE de 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**. MS 27796/DF, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática Liminar em 27 de janeiro de 2009, publicado no DJE de 6 de fevereiro de 2009. Decisão Monocrática Final em 11 de maio de 2018, publicada no DJE de 15 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**. MS 35410/DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática Liminar em 15 de dezembro de 2017, publicado no DJE de 31 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **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, 1963.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 913/2005 – Segunda Câmara. Célia Maria Martins da Silva Alcure. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 7 jun. 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 15 jun. 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÚRIGO, V. A. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. **Revista do TCU**, Brasília, v. 33, n. 94, out./dez. 2002, p. 50.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Elias; SANTOS, Marisa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. 2. ed., São Paulo: 2000.

COÊLHO, Marcus Vinícius. **O controle de constitucionalidade de normas constitucionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-10/constituicao-controlado-constitucionalidade-normas-constitucionais>. Acesso em: 28 set. 2020.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Com quantos votos se faz uma Lei inconstitucional? *In*: **Revista Consultor Jurídico**, 9 de setembro de 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-Lei-inconstitucional#:~:text=0%20qu%C3%B3rum%20de%20julgamento%20tem,normativo%20\(6%20de%2011](https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-Lei-inconstitucional#:~:text=0%20qu%C3%B3rum%20de%20julgamento%20tem,normativo%20(6%20de%2011). Acesso em: 29 set. 2020.

DESCHAMPS, Gustavo Coelho. Controle de constitucionalidade e Tribunais de Contas do Brasil. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 84, dez. 2008. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15D66559C015D9990E61A2699>. Acesso em: 25 set. 2020.

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

FERREIRA, F. G. B. C. **Do exercício do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 dez. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/do-exercicio-do-controle-de-constitucionalidade-pelos-Tribunais-de-contas/>. Acesso em: 26 set. 2020.

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

FORNI, João Paulo Gualberto. Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF, *In: Revista do TCU*, ed. 146, 2020, p. 77-146. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1675>. Acesso em: 10 abr. 2021.

JAYME, Fernando Gonzaga. **A competência dos Tribunais de Contas no Brasil**. Disponível em: <http://somos.ufmg.br/professor/fernando-gonzaga-jayme>. Acesso em: 5 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MELLO, José Luiz de Anhaia Mello. **Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a Leis Inconstitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Adonias Fernandes. **Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas na visão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51496/control-de-constitucionalidade-pelos-Tribunais-de-contas-na-visao-da-jurisprudencia-do-supremo-Tribunal-federal>. Acesso em: 23 set. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro. A essência da missão constitucional dos Tribunais de Contas. *In: Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p. 27-37.

NIDEJELSKI, G. M. O Tribunal de Contas da União e o controle de constitucionalidade: uma releitura da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-tribunal-de-contas-da-uniao-e-o-controle-de-constitucionalidade-uma-releitura-da-sumula-n-347-do-supremo-tribunal-federal-a-luz-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988/>. Acesso em: 29 set. 2020.

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

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**: comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. rev. e atual. Com as novas Súmulas do STF e do STJ. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. 2006. 271 f. Tese [Doutorado em Direito]. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006.

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

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. *In: Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: TCU, 2006, p. 129-142.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 265-271.