

O STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O FIM DA SÚMULA Nº 347?¹



Ricardo Schneider Rodrigues

Pós-Doutorando pelo Grupo de Pesquisas SmartCitiesBr – EACH da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Cesmac (Mestrado). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito, Contemporaneidade e Transformações Sociais”, vinculado ao CNPq/Cesmac. Sócio fundador/idealizador e Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas (IDAA). Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas.

Os tribunais de contas (TCs) têm sido objeto de diversos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que representam uma significativa mudança em sua jurisprudência tradicional. Alguns dogmas foram revistos e há uma clara sinalização de que as atividades dessas Cortes sofrerão uma profunda alteração.

Há diversos exemplos dessa tendência. Nos mandados de segurança (MSs) nº 32.201/DF, nº 35.512/DF e nº 36.067/DF, o STF passou a aplicar a Lei nº 9.873/99 ao Tribunal de Contas da União (TCU), definindo o regime jurídico da prescrição do seu poder punitivo diante da lacuna normativa sobre o tema no âmbito do controle externo. No Recurso Extraordinário (RE) nº 636.553 (Tema 445), a Suprema Corte passou a estabelecer o prazo de cinco anos para os TCs se manifestarem quanto à legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas, mitigando, aparentemente, a antiga noção de que se tratava de um ato complexo. Mais recentemente e de forma contundente, no RE nº 636.886/AL (Tema 899), o STF passou a entender que a pretensão de ressarcimento ao erário prescreve no âmbito dos TCs, alterando a jurisprudência que assentia na imprescritibilidade nesses casos.

A próxima virada jurisprudencial que se vislumbra consiste na superação da conhecida Súmula nº 347 do STF, segundo a qual “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Diversas decisões monocráticas vêm, pouco a pouco, sinalizando uma possível alteração desse enunciado. Alguns ministros já expressaram claramente que, à luz da Constituição da República de 1988 (CR), haveria chegado o momento de modificar esse entendimento, forjado sob o regime constitucional anterior. É necessário compreender os argumentos que vêm sendo trazidos a lume no âmbito do STF por sua jurisprudência tradicional e, também, por aqueles que defendem a insubsistência da referida súmula.

No inteiro teor do acórdão proferido no recurso do mandado de segurança nº 8.372/CE, é possível identificar a razão que levou a Corte, à época, a deliberar pela aprovação da Súmula nº 347. No julgamento, ocorrido em 11 de dezembro de 1961, o recurso fora manejado em face de acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) que denegou a segurança, mantendo ato do Tribunal de Contas local que havia negado registro ao ato de aposentadoria do impetrante.

¹ Versão do artigo originalmente publicado na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/937>.

O recorrente era delegado de polícia e sua aposentadoria estava fundamentada na Lei estadual nº 4.316/1958. A Procuradoria-Geral da República destacou que a Lei estadual nº 4.418, que tornou sem efeito a Lei estadual nº 4.316/1958, havia sido declarada constitucional pela Suprema Corte anteriormente. Por não existir à época controle concentrado de constitucionalidade, a proclamação da constitucionalidade da referida norma (Lei nº 4.418) ocorreu em sede de controle difuso, à luz da Constituição de 1946. Teria agido corretamente, portanto, o TC local ao negar registro ao ato fundado na Lei nº 4.316/58, porque esta não mais produzia efeitos, por força da Lei nº 4.418.

Ao negar provimento ao recurso, o relator, ministro. Pedro Chaves, embora concordasse com o resultado do julgamento do Tribunal *a quo*, fez uma ressalva expressa quanto à fundamentação nele incorporada. Asseverou expressamente não querer se vincular a uma tese que repelia constantemente.

De fato, o ministro Pedro Chaves, em seu voto, que foi acompanhado pela unanimidade do Pleno do STF, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade escapava à competência específica dos tribunais de contas. Sem embargo, entendeu por bem esclarecer, diante do disposto no julgado recorrido, que havia uma distinção entre declarar a inconstitucionalidade e não aplicar leis inconstitucionais, para anunciar expressamente que “esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

Percebe-se, portanto, que o relator não quis se vincular ao entendimento contrário à possibilidade de o Tribunal de Contas recusar a aplicação de norma inconstitucional. Para o ministro Pedro Chaves, não aplicar norma inconstitucional seria uma obrigação e não se confundiria com a declaração da sua inconstitucionalidade.

Esse acórdão serviu de precedente para a edição da Súmula nº 347 do STF, aprovada em 13 de dezembro de 1963. Cabe afirmar, portanto, que o reconhecimento da competência para recusar a aplicação de leis inconstitucionais por qualquer órgão estatal – e não apenas pelo Judiciário – foi o argumento que justificou a edição do enunciado sumular pela Suprema Corte.

É preciso reconhecer a existência de outras interpretações para o referido julgado.² Contudo, embora o caso concreto tratasse apenas da inaplicabilidade, pelo TC, de uma lei que já não produzia efeitos, parece-nos evidente que a Corte reconheceu a necessidade de diferenciar a declaração de inconstitucionalidade da não aplicação de normas inconstitucionais, para chancelar que essa segunda hipótese é *obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado*.

Cristalino, portanto, o entendimento do STF. Tanto assim que esse raciocínio justificou a edição da referida súmula, para assentar claramente que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. O verbo *apreciar* utilizado nesse enunciado não compreende a *declaração* de inconstitucionalidade, mas apenas – insista-se – autoriza a *não aplicar* leis inconstitucionais, no caso concreto, por ser esta uma *obrigação* de qualquer tribunal ou órgão de *qualquer* dos poderes do Estado.

Com a devida vênia das interpretações diferentes da ora exposta, não haveria sentido em aprovar um enunciado sumular com o referido teor, a partir de julgado cujo conteúdo abarcava a citada tese, se não fosse para reconhecer, de forma evidente, a *obrigação* de os tribunais de contas recusarem a aplicação de leis inconstitucionais.

2 Cf. FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. O Tribunal de Contas e o controle de constitucionalidade: uma releitura da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 209-211; e ROSILHO, A. J. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141.



Após a Constituição de 1988, diversos julgados do STF enfrentaram a questão. A referência não é apenas a julgados envolvendo o TCU, mas também àqueles pertinentes ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), pois em relação a esses conselhos, que também não integram o Poder Judiciário, a questão da (im)possibilidade de afastar norma reputada inconstitucional é suscitada.

Do exame integral de diversos julgados,³ isto é, não apenas da ementa e do voto vencedor, mas também dos demais votos e das respectivas notas taquigráficas, percebe-se que em muitos casos os ministros seguem o voto-vencedor por concordarem com o dispositivo da decisão que denega ou concede a segurança – pois, na maioria dos casos, as questões foram analisadas em sede de mandado de segurança –, mas divergem quanto aos fundamentos.

É possível afirmar que a maior parte dos ministros concorda com a possibilidade de que órgãos administrativos, ao exercerem o controle sobre atos administrativos, possam deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional, prevalecendo, no caso concreto, a Constituição (ministro Marco Aurélio, ministro Roberto Barroso, ministro Rosa Weber, ministro Cármen Lúcia, ministro Edson Fachin, ministro Dias Toffoli e ministro Luiz Fux).

Há certa divergência quanto a essa postura ser efetivamente um controle (difuso) de constitucionalidade, terminologia rechaçada pelo ministro Marco Aurélio, por entender que o controle difuso ou concentrado somente estaria ao alcance do Judiciário, não se confundindo com deixar de aplicar normas inconstitucionais. O ministro Roberto Barroso, por sua vez, qualifica essa atuação expressamente como controle incidental. Para o ministro Luiz Fux, não se confunde com controle de constitucionalidade, medida privativa do Judiciário, mas seria mero afastamento de norma inconstitucional, facultado a toda a Administração Pública. Independentemente da terminologia adotada, essa postura é aceita pela maioria dos ministros por diversos fundamentos, que serão apontados a seguir.

Com visão mais estrita sobre o tema, os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes rechaçam por completo a possibilidade de órgãos administrativos como o CNJ, CNMP ou o TCU exercerem controle concentrado ou difuso de constitucionalidade ou deixarem de aplicar normas ao argumento de que seriam inconstitucionais. Defendem a ausência de competência constitucional para tal atuação, que seria privativa dos órgãos do Judiciário. Todavia, em alguns julgados, em sede de MS, apesar de não ter sido admitido o exercício de tal competência, houve deliberação no sentido da denegação da segurança por entender-se que realmente havia a inconstitucionalidade apontada pelo órgão de controle.

Para o ministro Gilmar Mendes, que inicialmente cogitou a supressão total desse controle por órgãos não jurisdicionais, seria possível permitir que atuassem quando houvesse jurisprudência clara da Corte nesse sentido. Não chega a admitir a realização de controle de constitucionalidade, mas a mera aplicação da jurisprudência do STF em casos em que fosse pacífico o entendimento da Corte sobre a matéria.

Em linhas gerais, os argumentos favoráveis à manutenção da Súmula nº 347 do STF podem ser assim ordenados:

(i) todo órgão estatal, independentemente de integrar ou não o Poder Judiciário, tem competência para deixar de aplicar leis inconstitucionais, de forma incidental, em casos concretos, sem prejuízo do controle judicial, pois o juízo acerca da aplicabilidade ou da constitucionalidade das normas não

³ Na análise desenvolvida, foram examinados os acórdãos destes processos: MS nº 28.141/MT; Agravo Regimental (Ag. Reg.) no MS nº 28.872/DF; MS nº 27.744/DF; MS nº 26.739/DF; Medida Cautelar (MC) no MS nº 25.888; Petição nº 4.656/PB; Recurso no MS nº 8.372/61; Ag. Reg. no MS nº 28.936/DF; Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.208.460/GO; Ag. Reg. no MS nº 36.190/DF; MC no MS nº 35.410/DF;

é privativo do Poder Judiciário; não seria possível compelir órgão algum da Administração a observar lei conflitante com a Constituição; quem tem competência para aplicar a lei, sem ser órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, caso entenda existir inconstitucionalidade, não deve aplicar a lei, sob pena de violar a própria Constituição;

(ii) o princípio da supremacia da Constituição autoriza qualquer órgão da Administração a deixar de aplicar lei inconstitucional e implica a ausência de presunção absoluta de constitucionalidade das normas, detendo o Judiciário a primazia, mas não o monopólio da aplicação da Constituição;

(iii) o princípio da segurança jurídica não admite que ato flagrantemente inconstitucional continue produzindo efeitos até que sobrevenha intervenção jurisdicional;

(iv) o princípio da força normativa da Constituição é fortalecido pelo controle dos atos administrativos não apenas pelo Judiciário, mas também pela Administração Pública;

(v) a possibilidade de TCU, CNJ e CNMP não aplicarem lei inconstitucional decorre de um poder implicitamente conferido pela Constituição para que tais órgãos possam fazer valer suas competências constitucionais;

(vi) não constitui controle difuso ou concentrado de constitucionalidade – atividade reservada ao Poder Judiciário – a atuação de órgão administrativo que deixa de aplicar lei em prol da Constituição; no julgado que originou a Súmula nº 347 (RMS nº 8.372/61), diferenciou-se a declaração da inconstitucionalidade de norma, prerrogativa do Judiciário, de seu afastamento por inconstitucionalidade;

(vii) o controle de constitucionalidade possui uma eficácia geral muito mais ampla do que o mero afastamento da norma, pois (a) extirpa a norma do ordenamento em definitivo; (b) repristina os atos anteriores; (c) possibilita a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, disciplinando as relações jurídicas pendentes; e (d) vincula todos os demais poderes públicos;

(viii) a ampliação dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade após 1988 não alcançou órgãos autônomos como o TCU, o CNMP ou o CNJ, de modo que a eles não se justificaria a restrição do controle difuso como resultado do maior acesso ao controle concentrado;

(ix) constitui situação aporética reconhecer a incompetência do TC para avaliar a constitucionalidade de lei e, em sede de mandado de segurança impetrado em razão dessa atuação, denegar a segurança para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade vislumbrada pelo órgão de contas; e

(x) a interpretação da Constituição por outros atores além do Poder Judiciário vai ao encontro do ideal da sociedade aberta de intérpretes, defendido por Peter Häberle.

As razões contrárias à aplicação da Súmula nº 347, após o advento da Constituição de 1988, são, em síntese, estas:

(i) a competência para apreciar a legalidade de atos administrativos não abrange a apreciação da constitucionalidade do respectivo ato; o exercício do controle de constitucionalidade incidental pelo TCU seria um desrespeito ao Poder Legislativo, usurpação da função jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário, e invasão da competência exclusiva do próprio STF, violando a cláusula pétrea do princípio da separação de poderes; por não exercerem a jurisdição, é vedado a órgãos administrativos, tais como o CNJ, CNMP e o TCU, afastar a aplicação de lei ao argumento de inconstitucionalidade;

(ii) a declaração incidental de inconstitucionalidade seria excepcional e somente permitida aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, de modo a viabilizar que garantam a supremacia das normas constitucionais no caso concreto;



(iii) a declaração incidental de inconstitucionalidade é uma atuação decorrente do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), inerente à separação de poderes e que não seria extensível a qualquer outro órgão administrativo;

(iv) o TCU não poderia exercer tal controle por não se submeter às regras de freios e contrapesos às quais se submetem o STF: legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes etc.;

(v) o entendimento consolidado na ADI nº 221/DF autoriza apenas os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo a deixarem de aplicar leis e atos considerados inconstitucionais.

Delineados os argumentos traçados pelo STF ao deliberar acerca da temática do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais de contas, cumpre avaliar qual entendimento deve prevalecer, à luz da noção de juridicidade, sedimentada na doutrina administrativista.

Aqui a questão cinge-se – até pelas limitações a uma análise mais aprofundada de todas as razões suscitadas nos aludidos julgados – a saber se, à luz do princípio da juridicidade, os tribunais de contas, ao exercerem as atribuições elencadas no art. 71 da Constituição, podem deixar de aplicar norma reputada inconstitucional, abarcando a noção de um controle pautado pela juridicidade, nos termos da Súmula nº 347 do STF, ou se a esses tribunais o exercício do controle da atividade administrativa deve ter como norte apenas a legalidade em sentido estrito, sem considerar desdobramentos constitucionais.

Para Moreira Neto, o distanciamento e o descomprometimento do Direito com a vontade da sociedade fizeram ressurgir a legitimidade enquanto valor jurídico, e não somente político. Como forma de superar a limitação imposta por uma legalidade reduzida a mera produção legislativa, teria havido a necessidade de se alcançar uma composição mais ampla de valores, consubstanciada na noção de *juridicidade*. Essa nova percepção teria como fruto não apenas a integração da legalidade com a legitimidade, mas, também, com a antes abandonada noção de licitude. Dessa forma, ter-se-ia assegurado ao Direito um norte ético, sem preterir a conquista moderna da racionalidade, compatibilizando-a com a razoabilidade.⁴

Para Gustavo Binenbojm, a constitucionalização do Direito Administrativo teve o condão de refutar a antiga ideia de que a lei seria o fundamento único e último da atividade administrativa. Para o autor, a compreensão da Constituição como um sistema de regras e princípios passou a constituir o cerne da vinculação administrativa à noção de juridicidade, de modo que a legalidade teria passado a constituir mais um princípio inserido no sistema de normas constitucionais. Desse modo, “passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei”.⁵ Na mesma trilha, Andreas Krell defende que todo e qualquer ato administrativo, inclusive os atos administrativos discricionários, deve ser controlado não somente por sua legalidade, mas também por sua juridicidade.⁶

Com efeito, Bruno Miragem destaca a evolução da tradicional noção de legalidade no sentido de lei parlamentar, para uma releitura mais abrangente, como juridicidade da ação administrativa, atrelada à ideia de legalidade substancial, centrada na Constituição e no seu sistema de direitos e garantias fundamentais.⁷ Nesse sentido, Juarez Freitas reconhece que “a liberdade administrativa carece de

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos: um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001, p. 2; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 48.

5 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-194, 311-312, grifo nosso.

6 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

7 MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 214-215.

contrapeso na verticalização da sindicabilidade, voltada preponderantemente à afirmação dos princípios e direitos fundamentais”⁸.

À luz de todo o exposto anteriormente, é possível asseverar que a modificação do paradigma de atuação da Administração Pública – que passou da legalidade estrita para uma atividade condicionada pela Constituição, à luz da concepção de juridicidade – impõe reconhecer também a mudança de paradigma para a fiscalização exercida pelos órgãos de controle da própria Administração Pública. A Constituição deve servir de norte, portanto, não apenas para o exercício da função administrativa, mas igualmente para o controle exercido sobre essa atividade. Afinal, não faria sentido haver duas noções de legalidade: uma como juridicidade, aplicável à atividade administrativa, e outra restrita à lei parlamentar (legalidade estrita), destinada à atividade de controle. Tal descompasso reduziria a força normativa da Constituição e a supremacia das normas constitucionais, pois colocaria como norte da atividade de controle da Administração Pública a lei estrita, e não a própria Constituição, enfraquecendo a noção de eficácia vinculante das normas constitucionais.

Analisados os julgados do STF sobre a temática à luz do princípio da juridicidade, é possível concluir pela ausência de argumentos que justifiquem a superação da Súmula nº 347 do STF, mormente porque não se atribui a órgão alheio ao Judiciário a possibilidade de efetivar um controle de constitucionalidade que abarque uma declaração formal de incompatibilidade da norma viciada com o texto constitucional. A rigor, assegura-se às Cortes de Contas apenas a possibilidade de fazer valer a Constituição quando, no caso concreto, a lei que seria aplicável afronta de forma direta o texto constitucional. Vedar essa atividade ensejaria a subversão da lógica da hierarquia das normas no ordenamento jurídico, privilegiando-se uma legalidade estrita em detrimento da força normativa e da supremacia das normas constitucionais.

⁸ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 33.

