



# Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF

**João Paulo Gualberto Forni**

Mestre em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília e  
Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União

## RESUMO

O presente artigo defende uma revisão dos moldes como se dá o controle de constitucionalidade de normas pela Corte de Contas. O reconhecimento dessa competência se deu na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), verbete que tem suscitado discordâncias no âmbito desta Corte, com indicações de cancelamento no ano de 2018. Entendemos que não há motivos para supressão, tendo em vista que o controle constitucional de atos infralegais se coaduna com a função controladora exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), eminentemente sobre a função administrativa realizada pelos três Poderes. O aperfeiçoamento do verbeta, contudo, é necessário, de modo a reconhecer a excepcionalidade do controle de constitucionalidade de leis pela Corte de Contas, sendo a regra o simples posicionamento do órgão acerca da questão, sem consequências coercitivas, em linha com os diálogos institucionais. Ressaltamos, ainda, excepcionalidade do exercício, pelo TCU, dessa competência, sendo a revisão da Súmula necessária em razão, principalmente, da potencialidade de uso da faculdade aberta pelo verbeta, não só no âmbito federal, mas por todos os tribunais contas estaduais, dos municípios e municipais. O artigo valeu-se de revisão bibliográfica, pesquisa documental e levantamento de decisões do TCU.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas. Controle de Constitucionalidade. Súmula 347 do STF.

## 1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade possui como precedente mais remoto a *graphe paranomon*, que pode ser descrita como um mecanismo da antiguidade ateniense por meio do qual deliberações da Assembleia Popular, responsável por legislar, eram verificadas em face do Direito transcendente e superior às leis humanas. Modernamente, associa-se a origem do controle de constitucionalidade ao caso *Marbury v. Madison*, da Suprema Corte dos Estados



Unidos, no qual o *Chief Justice* John Marshall, em 1803, reconheceu assertivamente o poder do Judiciário de declarar uma lei inconstitucional. Foi a primeira vez que a Suprema Corte daquele país declarou uma lei federal desconforme à ordem constitucional (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 133-149).

A possibilidade de controle da constitucionalidade se assenta no postulado da supremacia constitucional, segundo o qual nenhuma lei ou ato normativo, ou mesmo qualquer ato jurídico, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição, que desfruta de superioridade jurídica em relação a todas as demais normas (BARROSO, 2015, p. 233).

O controle de constitucionalidade, no Brasil, é, em regra, repressivo (Cf. NOVELINO, 2019, p. 200 e 233), e seu protagonista é o Poder Judiciário. Na modalidade difusa, foi primeiro regulamentado pela Lei Federal 221/1894, mas, segundo Ruy Barbosa (1893, p. 59-60), a CF/1891 já trazia em seu texto a possibilidade desse controle. Já o controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) foi introduzido no Brasil com a Emenda Constitucional 16/1965, mediante representação do Procurador-Geral da República – PGR (BARROSO, 2019, p. 71).

Fora do âmbito do Poder Judiciário, admite-se, entre outras hipóteses (Cf. DESCHAMPS, 2008), a legitimidade do Chefe do Executivo para deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional, assim como para expedir determinação àqueles submetidos a seu poder hierárquico para que procedam de maneira similar (BARROSO, 2019, p. 92).

Nesse diapasão, tendo em vista que a não aplicação de leis inconstitucionais “é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”<sup>1</sup>, o STF reconheceu, na década de 1960, que “o Tribunal de Contas pode, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”. Esse precedente ensejou a edição da Súmula 347 do STF<sup>2</sup>, de idêntico teor.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), mais especificamente a partir do MS 25.888 do STF, em 2006, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, passou-se a questionar a possibilidade de recusa à aplicação da lei tida por inconstitucional por parte do Tribunal de Contas (Cf. DESCHAMPS, 2008). Os motivos para isso seriam especialmente a ampliação do rol de legitimados para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade<sup>3</sup> e o fato de a Corte de Contas não estar investida de função jurisdicional, como asseverou o Ministro do STF Alexandre de Moraes no início de 2018<sup>4</sup>.

1 RMS 8372, Relator Min. PEDRO CHAVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1961, DJ 26-04-1962.

2 Técnica e formalmente, o termo mais preciso seria “enunciado nº 347 da Súmula do STF”, mas se opta pela expressão “Súmula 347 do STF” por ser a mais utilizada.

3 MS 25.888 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006.

4 MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.



Em sentido oposto, é absolutamente firme no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) a posição pela possibilidade do referido controle, como exemplifica o seguinte trecho do voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 2000/2017-TCU-Plenário:

Parece, claro, assim, que onde há jurisdição, há o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição. Afinal de contas, para que o TCU possa cumprir a sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, não há como se admitir que atos contrários aos princípios constitucionais sejam tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 347 (...).

O presente artigo se debruça sobre a legitimidade do TCU<sup>5</sup> para realizar o exame incidental da constitucionalidade de leis (englobando as espécies normativas constantes do art. 59 da CF/88) e atos normativos, defendendo a possibilidade dessa forma controle, mas em moldes diferentes dos que prevalecem no âmbito da Corte de Contas. Utiliza-se a pesquisa documental – atos normativos, decisões judiciais e administrativas – e bibliográfica, além da realização de levantamento de dados, para posterior interpretação (Cf. LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 166-182). Serão, portanto, abordados os principais apontamentos teóricos a respeito da controvérsia atinente ao controle de constitucionalidade exercido pelo TCU, realizando-se, em seguida, a exposição e análise dos resultados do levantamento empreendido.

A relevância deste artigo pode ser explicada a partir de dois pontos. Primeiramente, se deve à controvérsia que a temática suscita no STF. Tendo como parâmetro a jurisprudência selecionada<sup>6</sup> do órgão relacionada à Súmula 347, é possível visualizar claramente a divergência atinente ao tema. Das cinco decisões constantes da seleção, uma diz respeito exclusivamente ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>7</sup>. Das quatro restantes, duas podem ser classificadas como favoráveis à possibilidade do exame incidental de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas<sup>8</sup>, e as outras duas, contrárias a essa possibilidade<sup>9</sup>. Ressalta-se, ainda no que diz respeito a esse primeiro ponto, a atualidade da controvérsia, insuflada pela citada decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, em fevereiro de 2018.

5 Em que pese a opção por abordar apenas o TCU neste artigo, parte considerável das conclusões podem ser transpostas para outros tribunais de contas.

6 Essas decisões serão analisadas com maior detalhamento ao longo deste artigo.

7 MS 26.739, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 1º-3-2016, DJE 122 de 14-6-2016.

8 Pet 4.656, voto da rel. min. Carmen Lúcia, P, j. 19-12-2016, DJE 278 de 4-12-2017 e MS 31.439 MC, rel. min. Marco Aurélio, dec. monocrática, j. 19-7-2012, DJE 154 de 7-8-2012.

9 MS 25.888 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006 e MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.



Quanto ao segundo ponto, a relevância do trabalho se deve à originalidade no tratamento do tema. Buscou-se agregar aos argumentos teóricos, abordados de maneira inovadora, um elemento empírico. Como ficará demonstrado nos tópicos seguintes, levantamento por nós realizado no Portal do TCU atesta a excepcionalidade do uso, pelo TCU, da prerrogativa inscrita na Súmula 347 do STF.

O levantamento empreendido baseou-se em recorte de decisões do TCU, obtido a partir de pesquisa realizada no Portal do órgão, com o argumento: <(inconstitucionalidade ou inconstitucional).ACORDAO>. Tal formato de argumento retorna as decisões do TCU das quais constam os termos “inconstitucionalidade” ou (o “ou”, neste caso, é uma disjunção inclusiva, ou seja, abarca a existência de apenas um termo, apenas do outro termo e dos dois termos conjuntamente) “inconstitucional” na parte dispositiva do acórdão do Tribunal, correspondente à decisão propriamente dita. Nessa primeira etapa, a pesquisa retornou 216 resultados.

O mesmo procedimento foi realizado no que se refere a “decisões”. Essa nomenclatura era usada antes da reforma regimental de 2002, quando o termo “acórdãos” era reservado apenas a decisões definitivas em processo de tomada ou prestação de contas, ou da qual resultasse imposição de multa em processo de fiscalização<sup>10</sup>. A pesquisa retornou 53 julgados.

A partir desse primeiro resultado, realizou-se uma segunda filtragem, qual seja a exclusão dos acórdãos de relação<sup>11</sup>, além de selecionar apenas os acórdãos prolatados pelo plenário do TCU, pois processos julgados pelas câmaras não podem tratar de exame incidental de inconstitucionalidade<sup>12</sup>. O resultado da pesquisa foi de 61 acórdãos e 35 “decisões”.

A partir desta seleção, empreendeu-se análise dos encaminhamentos, buscando-se identificar se tratam, de fato, do exercício do controle de constitucionalidade incidental. Os resultados constam do tópico 6 deste artigo.

---

10 Para uma diferenciação detalhada entre acórdãos e decisões, vide art. 80 do RI/TCU de 1997. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>.

11 Vide Capítulo IV do Regimento Interno do TCU – RI/TCU. Ademais, a pesquisa mostrou que, dos 137 acórdãos de relação retornados, 99 foram encontrados em razão de encaminhamento sem qualquer relação com o objeto deste trabalho: “determinar ao Ministério da Saúde que acompanhe o desfecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 5554, a qual questiona dispositivos da Lei nº 13.026/2014, que autorizou a transformação de empregos do quadro suplementar de Combate a Endemias em cargos públicos e comunique à Corte de Contas quando do trânsito em julgado da ação, bem como informe as providências a serem tomadas, em caso de necessidade de desfazimento das transformações operadas nos empregos criados pela Lei nº 11.350/2006”.

12 Vide art. 16 do RI/TCU.



## 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO DECORRÊNCIA DA FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA REPARTIÇÃO DE PODERES

A repartição de poderes dentro do Estado decorre da clássica constatação de que “sempre que há poder sem controle, opera-se o abuso de poder” (ZAFFARONI, 1995, p. 81). No Brasil, desde 1891, as constituições consagram expressamente a existência dos três Poderes tradicionais: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Da primeira Carta republicana, consta, também, o Tribunal de Contas, idealizado por Ruy Barbosa, inspirado nos modelos italiano e belga, e concebido para sanear o orçamento, sendo corpo de magistratura intermediária entre a administração e a legislatura e ocupando posição autônoma (BARBOSA, 1891, p. 450-455). Situa-se o Tribunal, pois, entre os Poderes, não pertencendo a nenhum deles propriamente; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém maiores afinidades (CASTRO NUNES, 1943. p. 25-26).

O fato de auxiliar o Legislativo no desempenhar do controle externo não torna a Corte de Contas “órgão auxiliar” do parlamento, no sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional (BRITTO, 2006, p. 630-643), uma vez recebe atribuições diversas diretamente da Carta Maior, sendo, pois, órgão constitucionalmente independente, responsável por amplo controle técnico da gestão administrativo-financeira do Estado (MOREIRA NETO, 2014, p. 256-258).

O Tribunal de Contas é, pois, órgão administrativo funcionalmente autônomo, que exerce, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, sem definitividade jurisdicional (GUALAZZI, 1992, p. 187), e cuja competência institucional não deriva de delegação do Legislativo, a quem não está subordinado, mas traduz emanação da própria Constituição.<sup>13</sup>

A necessidade de um órgão especializado para se desincumbir do exercício do controle externo, nos moldes ampliados da CF/88, resultou de três constatações circunstanciais: o crescimento do Estado e de suas atribuições em face da sociedade; a relativa separação entre a Administração e o Poder Executivo (no exercício do poder político); e a incapacidade do Poder Legislativo para controlar devidamente a atividade econômico-financeira do Estado (HELLER, 2019, p. 40).

A existência desse órgão, que exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no uso dos recursos federais, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, permite concluir que, apesar de não poder ser considerado um 4º Poder, desborda dos limites estreitos da tradicional separação de poderes, não servindo esse esquema para explicar a independência e a responsabilidade da Corte de Contas (TORRES, 1993, p. 41). Parte da doutrina, à qual nos filiamos, fala, isso sim, de uma 4ª função, ao lado das tradicionais legislativa, judicial e administrativa, que seria a função controladora, específica e autônoma, conformada por competências constitucionais próprias com a

---

13 ADI 4.190 MC-REF, rel. min. Celso de Mello, j. 10-3-2010, P, DJE de 11-6-2010.



finalidade de proteger o erário e garantir a boa administração (HELLER; CARVALHO E SOUSA, 2019, p. 91-92).

Para além de sua classificação no sistema de freios e contrapesos constitucional, a responsabilidade e importância da Corte de Contas atrela-se à sua relevante missão na promoção dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere aos direitos de segunda e terceira geração, que exigem prestações positivas do Estado.

A efetivação desses direitos, e.g., prestações no campo da educação, saúde, assistência social, e até mesmo na proteção de bens culturais e do meio ambiente, reclamam aporte de substanciais recursos, de modo que as finanças públicas, em todas as dimensões, encontram-se em íntimo contato com os direitos fundamentais. Logo, o Tribunal de Contas, que exerce o controle das finanças públicas por determinação da CF/88, ocupa posição de suma importância no “controle da segurança dos direitos fundamentais”, na feliz expressão de Ricardo Lobo Torres (1993, p. 41), verificando a pertinência e juridicidade do gasto, que é o elo entre a arrecadação estatal e a efetiva prestação dos direitos fundamentais.

Esse controle exige a observância dos princípios regedores da Administração Pública e das demais normas aplicáveis por parte do gestor, essenciais para a boa execução do orçamento e a consequente prestação estatal realizadora dos direitos fundamentais. Ao Tribunal de Contas, desse modo, cabe zelar para que a prestação estatal não se desvirtue e termine sendo embargada em virtude de ato ilegal ou inconstitucional (OLIVEIRA, 2007), razão pela qual é necessária, em alguma medida (como será detalhado adiante), a possibilidade de confronto de atos do agente público com a CF/88 no exercício da função controladora.

Como adverte o Ministro do STF Marco Aurélio, o eventual cancelamento da Súmula 347 representaria uma *capitis diminutio* das competências constitucionais atribuídas ao TCU, “uma vez que, para o exercício do poder de controle inerente às atividades de fiscalização e auditoria, o TCU passaria a se subordinar tão-somente à lei e não à Constituição Federal”.<sup>14</sup>

Em suma, a função controladora exercida pelo Tribunal de Contas tem como premissa a possibilidade de algum tipo de exame dos atos públicos em face da Constituição, por ser ela o vértice da ordem jurídica. O uso das normas constitucionais como critério de controle, ademais, é imprescindível para o bom uso dos recursos federais, essenciais na viabilização dos direitos fundamentais. Os moldes em que esse controle deve se dar, contudo, diferem, em nosso entender, dos atualmente aplicados e dos que prevalecem na doutrina – que afirma a possibilidade de apreciação da constitucionalidade de leis pelos Tribunais de Contas de maneira similar ao controle incidental realizado pelo Poder Judiciário, corrente à qual denominamos “defensores da apreciação irrestrita de constitucionalidade” –, ou mesmo do que emana das recentes manifestações dos ministros do STF, analisadas no próximo tópico.

---

14 MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5/12/2011.



### 3. A DISCUSSÃO ATINENTE À SÚMULA 347 NO STF: ANÁLISE DOS ARGUMENTOS, CONFRONTO COM A TEORIA E FORMULAÇÃO DE UMA PROPOSTA

Neste capítulo, serão apresentados e analisados os principais argumentos utilizados pelos ministros do STF no que se refere à controvérsia atinente à Súmula 347 expostos na jurisprudência selecionada do órgão, e, a partir disso, expor-se-á nosso ponto de vista sobre o tema.

Começando pelas manifestações contrárias à manutenção da Súmula 347, é referência a decisão do Ministro Gilmar Mendes no MS 25.888, com o seguinte teor:

Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, (...). 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 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 de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.<sup>15</sup>

Primeiramente, entendemos que o simples fato de a Súmula ter sido editada sob a égide de ordem constitucional anterior não a torna ineficaz ou questionável. Esse raciocínio levaria à inaplicabilidade de todas as súmulas anteriores à CF/88, o que seria impraticável<sup>16</sup> ou, no

<sup>15</sup> MS 25.888 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006.

<sup>16</sup> No mesmo sentido, o voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 2000/2017-TCU-Plenário.



mínimo, conraindicado. Ademais, o próprio Relator consigna a necessidade de se “reavaliar a subsistência da Súmula”, o que atesta o pleno vigor do Verbete e torna incoerente (ou ao menos indevida) uma decisão liminar contrária à Súmula vigente (Cf. SCHMITT, 2015, p. 130).

Em segundo lugar, é incontroverso que o rol de legitimados a provocar o controle abstrato de constitucionalidade foi significativamente ampliado com o advento da CF/88. Nesse rol, passou a figurar o Presidente da República, razão pela qual seria possível aventar (Cf. FAJARDO, 2008, p. 23), nos moldes do colacionado pelo Ministro Gilmar Mendes, a novel impossibilidade desta autoridade deixar de aplicar lei tida por inconstitucional, uma vez que passou a dispor da competência para provocar o STF com tal mister, inclusive com pedido de medida cautelar.<sup>17</sup>

Contudo, tal asserção não se aplica ao Tribunal de Contas, uma vez que não figura no rol do art. 103 da CF. A ampliação do rol de legitimados tem pouca ou nenhuma relação com a atuação do Tribunal de Contas, que continua não podendo, por si só, dar início ao controle abstrato.

Na mesma linha, quanto à alegação de que a ampliação do controle abstrato serve à defesa de posições subjetivas, parece não ser essa a tendência a partir da entrada em vigor da EC 45/2004, que deu nova redação ao §3º do art. 102 da CF/88, para exigir a repercussão geral no âmbito dos recursos extraordinários. Tal inovação, com o claro (e salutar) intuito de desafogar a Suprema Corte, reduz o potencial de defesa relacionada a casos concretos quando de eventual inconstitucionalidade. Logo, a defesa de posições subjetivas se dá, de forma ainda mais explícita, no exercício do controle incidental de constitucionalidade (Cf. QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 25).

Prevalendo, na linha do julgado transcrito, a tese da “abstrativização do controle difuso-concreto”, que reforça o controle concentrado centralizado no STF, sob os auspícios da instrumentalidade e economias processuais, a Suprema Corte deixará de ser o interprete último para se converter em intérprete único, transformando-se numa instância autoritária de Poder (BINENBOJM, 2010, p. 280). Restará deslegitimado o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa, de cunho democrático-discursivo (FERNANDES, 2011, p. 935), sendo essa, na lição de Luís Roberto Barroso (2019, p. 131), a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Passemos à manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, o qual afirmou no MS 35.410<sup>18</sup>:

Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, (...). É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer

17 Para nós, contudo, tal faculdade subsiste, mesmo na nova ordem constitucional, sendo necessário apenas que, antes de negar aplicação à lei tida por inconstitucional, o Chefe do Poder Executivo ajuíze a ação cabível para impugná-la. Cf. REsp 23.221, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU, 8-8-1993.

18 MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.



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. (...)

Ainda, referindo-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo CNJ, mas abarcando, nos argumentos utilizados, o TCU, o Ministro Alexandre de Moraes asseverou que “haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional”, o que “representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo”.

Ressalta-se, primeiramente, que a competência dos magistrados de primeiro grau e dos tribunais para realizar o controle incidental de constitucionalidade não está descrita no texto constitucional, sendo inquestionável, contudo, que detém tal prerrogativa em virtude das funções que exercem. A constituição apenas faz alusão aos tribunais na função de verificar a constitucionalidade de leis e atos normativos quando fala da reserva de plenário, à qual, em nosso entender, o TCU também se vincula.

A atribuição de apreciar a constitucionalidade de atos do Poder Público decorre, tanto no que se refere aos juízes e tribunais quanto aos tribunais de contas, não de previsão expressa na CF/88, mas de necessidade instrumental para o exercício de suas funções. Trata-se de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo (FAJARDO, 2008, p. 25) em linha com a teoria dos poderes implícitos.

Referida teoria exsurge de célebre *leading case* da Suprema Corte dos Estados Unidos, intitulado *McCulloch v. Maryland*, de 1819, no qual o *Chief Justice* John Marshall fixou compreensão relacionada à 10<sup>a</sup> Emenda à Constituição Norte-americana<sup>19</sup> no sentido de que toda atribuição de competência pela Constituição inclui, ou traz implícito, o direito ou poder de se valer o ente, além das competências expressas, de todos os demais meios necessários, dentro dos parâmetros constitucionais, para a execução dos poderes que lhe foram delegados (SCHMITT, 2015, p. 13).

Portanto, aplicando-se tal entendimento aos tribunais de contas, a simples ausência de previsão expressa na CF/88 não se revela suficiente para afastar a competência desses órgãos para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos. Ademais, a título de arremate, o STF já preservou competência do TCU com base na referida teoria, ao julgar o MS 24.510/DF, que reconheceu à Corte de Contas o poder geral de cautela.<sup>20</sup>

Quanto à ausência de competência jurisdicional, assiste razão ao Ministro, sendo essa a principal razão a embasar as limitações que entendemos adequadas ao exercício do controle constitucional por parte da Corte de Contas, como adiante se detalhará.

19 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

20 Voto do Min. Celso de Mello no MS 24510, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004.



No que tange às manifestações favoráveis à manutenção da Súmula 347, destaca-se a posição da Ministra Carmen Lúcia, exposta no Petição 4656/PB<sup>21</sup>, para quem a atuação do Tribunal de Contas “não prescinde do exame da validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta”. Portanto, “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”. Esse poder seria “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”.

A Ministra associa a extensão dessa competência ao Tribunal de Contas (e ao CNJ) ao ideal da sociedade aberta de intérpretes, de Peter Häberle, mas de maneira circunscrita, uma vez que “daí não se extrai legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que reputa contrário à Constituição por interpretação singular”. Concordamos apenas em parte com a argumentação da Ministra Carmen Lúcia, e aqui começamos a moldar uma perspectiva adequada para o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas. É verdade que cabe às Cortes de Contas interpretar a Constituição, na linha da sociedade aberta de intérpretes, uma vez que todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão envolvidas na interpretação da Lei Maior, que é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa sociedade, não detendo os intérpretes jurídicos o monopólio da hermenêutica constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 13-15).

Para bem desempenhar suas funções, é absolutamente necessário que o Tribunal de Contas interprete e aplique a CF/88, pois a interpretação conforme a Constituição é dever de todas as autoridades públicas na aplicação de normas jurídicas (BINENBOJM, 2014, p. 68). Contudo, interpretar e aplicar a CF/88 não implica a competência para impor ao gestor o descumprimento de uma norma guarnecida pela presunção de constitucionalidade.

Uma primeira razão para tal restrição é a insegurança jurídica na qual cairia o gestor, que se veria no dilema entre descumprir uma prescrição legal, podendo responder nas esferas administrativa e judicial, ou descumprir uma determinação da Corte de Contas, podendo ser responsabilizado na esfera controladora (HELLER, 2019, p. 109). Ao menos na prática, a excepcionalidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU, demonstrada mais à frente neste trabalho, refuta tal tese, sendo muito mais provável que o controle incidental realizado por centenas de juízes de primeiro grau gere mais insegurança jurídica a respeito da validade das leis.

A restrição aqui aventada se deve mesmo à natureza da função que se sujeita ao controle do TCU, além do modo como o órgão desempenha suas atribuições.

Quanto ao **primeiro ponto**, partindo da premissa de que o controle exercido pelo TCU, atinente à função controladora, tem por objeto a função administrativa, não poderia esse controle desbordar desse mister e interferir na função legislativa, realizando competência própria da função jurisdicional. O sistema de checks and balances da Carta de 1988, da maneira como

---

21 Pet 4.656, voto da rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 19-12-2016, DJE 278 de 4-12-2017.



foi concebido, incumbe privativamente ao Poder Judiciário o exame de constitucionalidade – repressivo – das espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal (HELLER, 2019, p. 108), com algumas raríssimas exceções<sup>22</sup>. Falta ao Tribunal, pois, competência para exercer função jurisdicional em sentido estrito, caracterizada pela aptidão a fazer coisa julgada (Cf. THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 1073 e 1077), única com legitimidade para afastar, no desempenho regular de suas atribuições, a aplicação de lei por inconstitucionalidade. Ademais, milita a favor do gestor, na atuação administrativa, a presunção de constitucionalidade das leis, razão pela qual não poderia o Tribunal de Contas obrigá-lo a agir de maneira diversa daquela constante de lei válida, com uma exceção, que será abordada a seguir.

Entretanto, em sentido oposto, é imprescindível afirmar a possibilidade do controle constitucional pelo Tribunal de Contas de atos infralegais, quando se deparar com atos administrativos que violam, diretamente e por si sós, a CF/88. Frisa-se: uma coisa é o controle de leis, abordado no parágrafo anterior; outra, o controle de atos infralegais, sobre o qual agora se discorre.

Essa possibilidade de controle nada mais é do que o contraste de um ato praticado no exercício de função administrativa com a Constituição (HELLER, 2019, p. 109), a qual compõe a ordem jurídica – critério do controle de legalidade –, em consonância com o princípio da juridicidade (Cf. MOREIRA NETO, 2014, p. 84), sendo dela o vértice. O controle da legalidade implica, pois, o da superlegalidade (Cf. TORRES, 1993, p. 36), ou seja, o da constitucionalidade, no caso, de atos administrativos. Ou, como prefere Paulo Otero (2011, p. 735): “a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas”. Ademais, uma vez que o controle de legalidade implica o controle de atos normativos da Administração (TORRES, 1993, p. 35), estão abarcados por essa possibilidade decretos, portarias etc.

Quanto ao **segundo ponto**, o controle incidental exercido pelo Tribunal de Contas difere daquele exercido pelo Poder Judiciário. Neste, predomina a inércia, dependendo os juízes e tribunais de provocação para atuar, sendo claro o afastamento da norma tida por inconstitucional apenas no âmbito da lide e aos sujeitos envolvidos no processo. Já os Tribunais de Contas, órgãos fiscalizadores que são, podem e devem agir por impulso próprio para desempenhar o seu mister, e suas decisões não se destinam a resolver disputas entre partes, mas, de uma forma geral, provocam efeitos para toda a Administração Pública correspondente (federal, estadual ou municipal). Portanto, não se afigura razoável um órgão que pode provocar a própria atuação (o que não é incomum) sancionar com base em arguição de inconstitucionalidade suscitada de ofício, pois a presunção de constitucionalidade das leis deve operar a favor da autonomia do gestor (QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 37-39).

Nesse sentido entende-se que, excepcionalmente, pode o TCU apreciar a constitucionalidade de leis para favorecer o gestor. Isso ocorreria quando, no bojo de fiscalizações, o gestor alegasse descumprimento de lei tida por ele como inconstitucional, e o entendimento da Corte

---

22 Uma delas é a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar lei que considere inconstitucional, nos moldes explanados anteriormente. Em relação ao TCU, as exceções serão vistas adiante.



de Contas a respeito da norma coincidissem com o do citado gestor. Ou seja, a apreciação de constitucionalidade seria usada para isentar o administrador de eventual sanção por inobservância da norma tida por inconstitucional.

Ainda, entende-se que há possibilidade de o Tribunal deixar de aplicar lei nas hipóteses de jurisprudência pacífica<sup>23</sup> sobre a matéria constitucional no âmbito do STF (Cf. MENDES, BRANCO, 2019, p. 1235), mesmo que não haja, ainda, afastamento da norma via controle concentrado. Nesta hipótese, caberia o argumento de que não se afigura “razoável deixar a Corte de se pronunciar a respeito de inconstitucionalidade de textos legais editados, ficando no aguardo da execução da norma para, só então, atacar os atos praticados” (FERNANDES, 2016, p. 311). Ademais, nesses casos, o entendimento pela impossibilidade de o TCU apreciar a constitucionalidade de lei apenas conduzirá a sucessivas reformas judiciais das suas decisões (MENDES, BRANCO, 2019, p. 1236).

Por fim, em situações realmente excepcionais, assim como se afigura possível ao Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar norma inconstitucional para preservar o exercício de suas funções, ao Tribunal de Contas seria permitido, de maneira excepcionalíssima, não aplicar norma tida por inconstitucional quando inviabilize o exercício de sua missão institucional (QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 40). A não aplicação, nesse caso, não seria imputada ao gestor, mas, à similaridade do que se dá no caso do Poder Executivo, seria realizada pelo próprio Tribunal de Contas. Como exemplo dessa última hipótese, transcreve-se trecho da Apelação Cível 70006186324, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Relatoria do Desembargador Genaro José Baroni Borges:

(...) A decisão que determina ao Chefe do Executivo Municipal, responsável por verba pública, repor a quantia glosada, ou que lhe imponha multa, insere-se na competência exclusiva das Cortes de Contas, e seu cumprimento permanece obrigatório, ainda quando o Poder Legislativo Municipal desacolhe as conclusões de irregularidades de contas postas em parecer prévio deste Tribunal. Qualquer projeto de lei que assim dispuser estará irremediavelmente viciado de inconstitucionalidade. À lei deste teor deverá o Tribunal de Contas negar executoriedade, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, subsistindo a condenação pecuniária até que solvida pelo responsável.

Contudo, via de regra, ao se deparar, no exercício de suas funções, com leis cujo conteúdo entenda inconstitucional, caberia ao TCU não a inércia, ou a atuação como autômato, nada fazendo a respeito do feito, mas sim duas opções, não mutuamente excludentes: a) representar aos Chefes dos Poderes competentes, para que tomem as providências que entenderem pertinentes quanto à inconstitucionalidade aventada, bem como aos demais legitimados a provocar o controle concentrado, pelas mesmas razões, sem descuidar de ressaltar a urgência dessa atuação; b) alertar aos agentes públicos e aos eventuais beneficiários da legislação

---

23 Por “jurisprudência pacífica” entende-se aquela que predomina no tribunal de modo a não encontrar divergência relevante por razoável período, e.g., súmulas e decisões em controle incidental.



questionada sobre o entendimento do Tribunal de Contas acerca da (in)constitucionalidade das prescrições legais (Cf. HELLER, 2019, p. 109).

Portanto, em regra, a decisão do TCU terá caráter meramente informativo, e não poderá jamais servir de fundamento para imputação de débito ou sanção ao gestor.

A apreciação de constitucionalidade pelo TCU se legitima, conclui-se, nos diálogos institucionais, termo usado, mais comumente, para descrever a natureza das interações entre o Judiciário e os ramos políticos do governo (inseridos no Executivo e no Legislativo) na área de tomada de decisão constitucional. Enfatiza-se, nas teorias ligadas aos diálogos, que o Judiciário não deve ter um monopólio sobre interpretação constitucional e, em vez disso, ao exercer a revisão judicial, deve se envolver em uma conversa interconectada e dialética sobre constituição (BATEUP, 2006 p. 1109 e Cf. JOÃO, 2019, p. 37-39).

O real objetivo dos diálogos, portanto, é propiciar uma maior interação entre instituições, que tende a reforçar a fundamentação de suas posições e levar a uma conclusão que melhor atenda ao interesse público.<sup>24</sup> Com algumas adaptações, entendemos que o objetivo dialógico interinstitucional condiz com a inserção do Tribunal de Contas no âmbito das discussões constitucionais, mas, via de regra, apenas representando ao Poder competente quando se deparar com norma tida por inconstitucional, com viés informativo, não sendo adequado que possua a prerrogativa de retirar norma do ordenamento ou mesmo impor sua não aplicação ao gestor.

Tal conclusão se funda na ideia de que a interpretação constitucional pode ser exercida extrajudicialmente, por instâncias decisórias que muito podem contribuir para o fortalecimento de uma cultura dialógica, em que as divergências interpretativas são recebidas de maneira produtiva para o amadurecimento do direito e das instituições. A apreciação da constitucionalidade de leis pelo TCU, nesse sentido, é uma provocação ao destinatário de seu controle e aos demais atores quanto à inconstitucionalidade de eventual postura que venham adotando. Esse alerta pode ser considerado o primeiro passo na instauração de debate salutar entre diversas esferas de decisão acerca da interpretação constitucional, exigindo uma interlocução argumentativa que pode contribuir para a adoção de melhores e mais criativas deliberações. O Tribunal de Contas deve, portanto, participar da dinâmica dialógica da jurisdição constitucional, criando espaços que propiciam a formulação de melhores respostas, combinando perspectivas de variados atores, com diferentes competências, de forma a se alcançar um equilíbrio em relação ao significado constitucional, a partir de uma relação de consideração recíproca para o exercício de tal responsabilidade (WILLEMANN, 2019, p. 299-300). Essa participação pode e deve ocorrer, em nosso entendimento, sem a necessidade de impor o afastamento da lei tida por inconstitucional ao gestor.

---

24 É comum a associação dos diálogos institucionais ao controle fraco de constitucionalidade, inaugurado no Canadá e adotado em países da Commonwealth. Necessário ressaltar, portanto, a enorme diferença jurídica entre os países citados e o Brasil nessa seara, pois adotamos um controle forte, centrado no STF. Ademais, as discussões giram em torno da retirada da norma do ordenamento jurídico, e não do controle incidental.



Exemplo de diálogo institucional é apresentado por Márcia Ferreira Cunha Farias, quando relata o ajuizamento de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) no STF ou no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por iniciativa do Governador do Distrito Federal (DF) após representação nesse sentido por parte do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas do DF, que também encaminha cópia de suas representações ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Procurador-Geral da República (FARIAS, 2002, P. 65-66).<sup>25</sup>

Impende ressaltar, contudo, e aqui entramos na última manifestação do STF analisada – do Ministro Marco Aurélio no MS 31.439 –, que as ideias expostas até este ponto representam nosso entendimento do que “deveria ser”, em caso de aperfeiçoamento da Súmula 347 do STF. O que “é”, ou seja, o estado atual atinente à súmula é retratado de maneira irretocável pelo Ministro, quando assinala que a questão alusiva à possibilidade de o Tribunal de Contas “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 Verbete 347 da Súmula do Supremo”.<sup>26</sup>

Ou seja, enquanto não alterada ou revogada a Súmula 347 do STF, deve ser assegurada ao Tribunal de Contas a prerrogativa (contrária, em boa medida, às nossas ideias) de examinar incidentalmente a constitucionalidade de leis e atos normativos, inclusive com possibilidade de sanção quando não seguida determinação nesse sentido.

Ante o exposto, entendemos, em suma, que o Verbetes 347 disse mais do que deveria. Apreciar a constitucionalidade de leis, no sentido de obrigar o jurisdicionado a não as aplicar, é algo que desborda da competência do Tribunal de Contas, a não ser quando há jurisprudência pacífica do STF referente ao caso. Extrapolaria o Tribunal, em tal situação, da função controladora, imiscuindo-se na função jurisdicional *strictu sensu*.

A função do Tribunal, nessa seara, limita-se à observância rigorosa da lei e no dever de deixar de aplicá-la quando o Poder Judiciário reconhecer sua inconstitucionalidade (JAPPUR, 1977, p. 363). Frisa-se, contudo, que a apreciação de constitucionalidade pelo TCU nos moldes aqui descritos é plenamente possível quando se tratar de atos infralegais, porque inseridos na função administrativa, passível de controle por mandamento constitucional.

Logo, uma possibilidade de redação reformulada para a Súmula 347, em consonância com os ditames aqui elencados, seria: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de atos infralegais do Poder Público, bem como deixar de aplicar leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou, de forma pacífica, em sede de controle difuso,

---

25 Ressalta-se que, no relato da autora, o encaminhamento do Governador tinha um elemento coercitivo, tendo em vista que constava da mensagem o alerta de que “na hipótese de ser praticado ato com fulcro na norma impugnada, será considerado irregular, por fundar-se em norma inválida”. Por essa razão, o exemplo não se encaixa perfeitamente no papel que entendemos adequado ao Tribunal de Contas, mas vale como exemplo aproximado do modelo dialógico.

26 MS 31.439 MC, rel. min. Marco Aurélio, dec. monocrática, j. 19-7-2012, DJE 154 de 7-8-2012.



exceção feita à apreciação em prol da defesa de responsável ou para proteger, de maneira excepcionalíssima, sua missão institucional”.

Por fim, seria bem-vinda a inclusão do Tribunal de Contas no rol dos legitimados a iniciar o controle concentrado de constitucionalidade, constante do art. 103 da CF/88, por voto da maioria absoluta dos seus membros. A relevante posição do órgão no sistema de checks and balances, como se demonstrou ao logo deste artigo, corrobora a pertinência da aludida inclusão.

#### **4. OS MOLDES DO EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS EM SEDE DE CONSULTA**

Uma questão atinente ao controle de constitucionalidade exercido pelo TCU que merece alguns comentários é a apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos em sede de consulta, que é instrumento destinado a indagar ao Tribunal a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria da competência de determinadas autoridades, conforme o art. 1º, XVII, da Lei Orgânica do TCU.

O RI/TCU, art. 264, §3º, assenta que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

De início, cabe esclarecer que o caráter normativo das decisões do TCU em sede de consulta foi reconhecido pelo STF<sup>27</sup>, razão pela qual eventual decisão que aprecie a constitucionalidade de lei ou ato normativo, no plano abstrato e vinculante ao consulente, aproximará suas consequências do controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo STF.

Parte da doutrina entende que em tais casos haveria extrapolação da situação concreta posta diante do TCU, uma vez que a resposta é “em tese”, restando à Corte de Contas não conhecer da consulta, pois estaria usurpando competência exclusiva do STF (Cf. QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 25 e DESCHAMPS, 2008). Deveria o TCU, nessas situações, remeter os autos ao Procurador-Geral da República, legitimado para impetrar ADI ou outra ação do controle concentrado, caso entenda necessário.

Essa posição está em linha com o seguinte enunciado de jurisprudência do TCU, baseado no Acórdão 2391/2017-TCU-Plenário: “A possibilidade de o TCU apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (Súmula STF 347) está adstrita ao exame de caso concreto, sem alcançar consulta sobre caso hipotético”.

No caso em apreço, analisaram-se embargos de declaração em sede de consulta no qual foi o TCU instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.469/1997. O voto do Ministro Walton de Alencar Rodrigues assim dispôs a respeito:

---

27 “As decisões do Tribunal de Contas da União proferidas em consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese (...). São, portanto, atos normativos”. ADI-MC 1691/DF, D.J. 28/11/1997, rel. Min. Moreira Alves.



Em verdade, pretendem os embargos (...) desafiar o Tribunal a realizar controle de constitucionalidade concentrado. A resposta pretendida pelo consulente somente pode ser fornecida pelo e. STF, em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade (...).

Bem antes disso, o Acordão 831/2003-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, já afirmava que as consultas apresentam verdadeira eficácia erga omnes, pelo menos quanto à administração pública sujeita à matéria, e caso verse “a respeito da aplicação de determinada norma legal e se a conclusão alcançada alude à sua inconstitucionalidade, estará, na verdade, o Tribunal exercendo competência constitucional que não detém, qual seja, o controle abstrato de normas, ainda que de efeitos restritos”.

Há, ainda, quem entenda pela possibilidade de o TCU se manifestar em abstrato pela inconstitucionalidade da lei ou do ato, porque não seria razoável deixar a corte de se pronunciar quando provocada nesse sentido, ficando no aguardo da execução da norma para, só então, atacar os atos praticados (FAJARDO, 2008, p. 25). Para essa corrente, a decisão “em tese” do TCU seria cogente, resultando em possíveis prejuízos para gestores que agissem de maneira contrária.

Por fim, há uma terceira corrente, à qual nos filiamos, mas com significativas ressalvas, que defende a possibilidade da efetivação de controle de constitucionalidade em abstrato pelo Tribunal de Contas em sede de consulta, mas com efeitos substancialmente diferentes dos do controle realizado pelo STF. O Supremo julga leis, dizendo de seu valor objetivo no ordenamento jurídico, incidindo a decisão sobre a própria lei, emprestando-lhe validade, ou suprimindo-a. O efeito da decisão do Tribunal de Contas, nestes casos, seria apenas conduzir a interpretação de lei a parâmetros centrados na CF/88, sem implicar efeito objetivo sobre a norma (FERNANDES, 2016, p. 317).

Neste caso, se o Tribunal estabelece juízo negativo de constitucionalidade sobre a lei, deverá dar ao *decisum* o caráter informativo e orientador aos jurisdicionados, com o objetivo, afeto às suas atribuições, de proteger a coisa pública (FERNANDES, 2016, p. 317), confundindo-se, pois, a decisão com uma recomendação (BOGONI, 2008, p. 67).

Concordamos com esse entendimento. Ao ser provocado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de consulta, o TCU deve manifestar sua opinião institucional. Não deve, pois, deixar de conhecer a consulta, uma vez que é ator relevante na divisão de poderes e deve atuar na interpretação constitucional, na linha dos diálogos institucionais.

Divergimos, no entanto, dessa corrente no que se refere aos efeitos da manifestação do TCU. Argumenta-se que a apreciação de constitucionalidade de ato normativo em sede de consulta não poderia acarretar sanção ao gestor, mas seria possível a recomposição ao erário de valores eventualmente percebidos de acordo com a norma viciada (FERNANDES, 2016, p. 319) e, após a emissão do alerta de inconstitucionalidade por parte do Tribunal de Contas, seria admissível o julgamento pela irregularidade das contas em caso de reincidência na prática por parte do gestor (SODRÉ, 2006, p. 17).



Não merece prosperar esse entendimento. Uma vez que a decisão do TCU deve ter caráter meramente informativo, porque o controle em abstrato é monopólio do STF, não poderá servir de fundamento para recomposição ao erário imputada ao gestor, como já afirmado neste trabalho. Dizer que não é possível aplicar sanção ao gestor, mas aceitar a possibilidade de imputar-lhe a devolução de recursos públicos com fundamento na inconstitucionalidade aventada em sede de consulta é um contrassenso. Se a decisão se legitima apenas para fomentar os diálogos institucionais, como se afirmou, não pode acarretar sanção ou recomposição ao erário, pois o gestor tem a seu favor a presunção de constitucionalidade das leis, e o Tribunal, apenas a incumbência de contribuir para eventual revisão ou declaração de inconstitucionalidade das fontes normativas primárias, mas não a de afastá-las e impor tal afastamento ao administrador público.

## 5. A FALTA DE RITO ESPECÍFICO E A SUBMISSÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS À CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO

A CF/88 assim dispõe em seu art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Esse dispositivo é conhecido como cláusula da reserva de plenário.

Sobre o tema, há enunciado de jurisprudência do TCU (Acórdão 4360/2014-TCU-Primeira Câmara) com a seguinte redação: “A norma constitucional de reserva de plenário (art. 97) é dirigida aos Tribunais indicados no art. 92 da Constituição Federal e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, inciso XI, não alcançando automaticamente o TCU”. Ademais, segundo o Ministro do STF Teori Zavascki, o art. 97 da Constituição se dirige aos Tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, XI.<sup>28</sup> Na doutrina, entre os que afirmam a competência do Tribunal de Contas para o controle incidental, há nomes relevantes que apontam a não submissão automática do TCU à cláusula de reserva de plenário (Cf. NOVELINO, 2019, p. 211).

Discorda-se desse entendimento. Somos da opinião de que, por deter competência para se pronunciar incidentalmente sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo (ao menos enquanto não revogado ou reformulado o Verbete 347) e se tratar de um órgão colegiado (Cf. DESCHAMPS, 2008), apesar de não fazer parte da estrutura do Poder Judiciário, deve o Tribunal de Contas se submeter à cláusula de reserva de plenário, tendo em vista mitigar eventual insegurança jurídica decorrente de pronunciamentos minoritários no âmbito do órgão (Cf. SODRÉ, 2006, p. 2). Ademais, a CF/88 disse apenas “tribunais”, não restringindo a expressão apenas aos componentes do Poder Judiciário, razão pela qual é possível considerar que a cláusula abarca o Tribunal de Contas, em linha com o pensamento de Pontes de Miranda (Cf. JAPPUR, 1977, p. 363).

No âmbito do TCU, apesar de o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ser de competência do Plenário, não se exige maioria absoluta para aperfeiçoamento

28 ARE 792562 AgR Relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 2/4/2014.



da decisão, o que afronta a exigência constitucional constante do art. 97, sendo necessária a adequação procedimental do exercício dessa competência.<sup>29</sup>

Além da necessária obediência ao art. 97 da CF, é mister que TCU estabeleça rito específico para o controle de constitucionalidade. No âmbito do Poder Judiciário, o controle difuso, quando aplicado por tribunais, em princípio, vincula apenas as partes do processo – *inter partes* –, contudo, como tal decisão representa o posicionamento do tribunal sobre a questão suscitada, acabará sendo aplicada *extra-autos*, interferindo em outros processos, equivalendo a traços de efeito erga omnes (SCHMITT, 2015, p. 29), extravasando o processo e vinculando os órgãos fracionários do tribunal a julgar à luz do *leading case* do plenário qualquer processo que suscite a mesma *quaestio iuris* constitucional (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 79), por força do art. 949, parágrafo único da Lei 13.105/2015 (CPC/15).

Tal sistemática não foi implementada no TCU, onde a apreciação da constitucionalidade é tratada como mera razão de decidir, no bojo dos fundamentos de mérito, com pouco detalhamento do rito devido, e sem obediência à cláusula de reserva de plenário (QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p. 40), favorecendo a indesejável prolação de decisões conflitantes em casos semelhantes.

Reforça-se, portanto, a opinião pela necessidade de normatização procedimental da apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo TCU, com contraditório específico, obedecendo, no que couber, o delineamento previsto no CPC/15, constante de seu Livro III, Título I, capítulo IV (do incidente de arguição de inconstitucionalidade), e o art. 97 da CF/88. Um exemplo de norma nesse sentido é o Regimento Interno do Tribunal de Contas de Santa Catarina, que estabelece rito específico sobre a matéria, exigindo 2/3 dos votos de seus membros para negar cumprimento à lei ou ato considerado inconstitucional, além de constituir tal julgado norma definitiva e de aplicação obrigatória nos casos análogos.

Neste ponto, cabe um esclarecimento. No caso de efetivação da alteração da Súmula 347 por nós proposta, nada mudaria. Continua-se entendendo pela necessidade do estabelecimento regimental de rito específico para o exame de constitucionalidade, mas tal rito só necessitaria ser obedecido nas hipóteses excepcionais que permitem o exame das fontes normativas primárias. No caso de atos infralegais, inclusive normativos, não haveria necessidade de obediência ao novo rito, podendo o exame ser feito no bojo de qualquer processo.

## 6. RESULTADO DO LEVANTAMENTO: A AUTOCONTENÇÃO DO TCU

O levantamento realizado possibilitou constatar a excepcionalidade do exercício do controle de constitucionalidade de leis (ou das demais fontes normativas primárias) pelo TCU. Em

---

29 No mesmo sentido foi a manifestação do Conselheiro do TCE-MG Gilberto Diniz, o qual assentou, em referência à competência daquele Tribunal de Contas para apreciar a constitucionalidade leis e atos normativos, que “é imprescindível que o faça pelo voto da maioria absoluta de seus membros, em consonância com a norma prescrita no art. 97 da Carta Republicana”. TCEMG. Denúncia n. 803.361. Relator: Cons. em exercício Gilberto Diniz. Sessão: 24 fev. 2010.



uma base de 41.169<sup>30</sup> decisões, prolatadas pelo plenário da Corte de Contas a partir de 1992 (tendo sido excluídos os acórdãos de relação), apenas em 96 ocasiões surgiram as palavras “inconstitucional” ou “inconstitucionalidade” na parte dispositiva (35 “decisões” e 61 acórdãos).

A partir desse resultado, procedeu-se a uma classificação, a partir dos encaminhamentos, separando as decisões<sup>31</sup> em grupos, quais sejam: autocontenção, nas ocasiões em que o tribunal, em vez de apreciar a constitucionalidade de lei no caso concreto, preferiu remeter os autos a algum dos legitimados à iniciativa do controle concentrado; inconstitucionalidade de ato, quando o tribunal apreciou a constitucionalidade de ato infralegal, o que, como afirmado ao longo deste trabalho, se insere definitivamente nas competências da Corte de Contas; apreciação com base em decisão do STF, quando o TCU apenas aplicou decisão do STF quanto à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no caso concreto; e apreciação de constitucionalidade de lei, quando o TCU exerceu a prerrogativa constante da Súmula 347 do STF.

O resultado foi o seguinte:

TABELA 1

CLASSIFICAÇÃO	CONTAGEM
Apreciação com base em decisão do STF	12
Apreciação de const. de lei	6
Autocontenção	11
Inconstitucionalidade de ato	26
Sem relação	41

Fonte: elaboração própria

Vê-se que em 6 oportunidades, desde 1992, constou da parte dispositiva das decisões do TCU apreciação de constitucionalidade de Lei. Cabem, contudo, algumas ressalvas.

A pesquisa realizada não abarca decisões monocráticas, mesmo que posteriormente respaldadas pelo plenário. Também não abarca redações diferentes da que se usou como argumento de busca, e.g., “abstenha-se de praticar ato previsto na Lei X por ser esta incompatível com o art. Y da Constituição”, bem como recursos contra decisões relacionadas a inconstitucionalidade, por particularidades da redação. É possível, portanto, que os resultados estejam subdimensionados.

30 São 9.919 decisões + 31.250 acórdãos, até o dia 19 de março de 2020. Pesquisa realizada em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

31 A partir deste ponto, a expressão “decisões” abarcará tanto os acórdãos quanto as antigas “decisões”, anteriores à reforma regimental de 2002.



Na tentativa de mitigar essa possibilidade, é pertinente acrescentar ao resultado mais 31 decisões do TCU impugnadas pela Petrobrás em 19 mandados de segurança relacionados à não aplicação do Decreto 2.745/1998, tido por inconstitucional pela Corte de Contas (CUNHA, 2012, p. 77). Entre essas decisões constam recursos contra outras decisões relacionadas ao mesmo tema, o que não seria propriamente uma apreciação de constitucionalidade no caso concreto, mas, como decorrem de uma decisão com essas características, serão considerados no resultado.

Podem ser somadas, ainda, 41 decisões<sup>32</sup> que decorrem de entendimento firmado em medida cautelar proferida pelo Ministro Benjamin Zymler (sobre matéria relacionada ao Acórdão 2000/2017-TCU-Plenário). Essas decisões determinam a cessação de pagamentos embasados na Lei 13.464/2017, se houver desconstituição da decisão proferida do Mandado de Segurança 35.498, em trâmite no STF, no qual se impugnou a apreciação de constitucionalidade realizada pelo TCU quanto ao Bônus de Eficiência e Produtividade, constante da lei citada.

O resultado, portanto, é que há, considerando as limitações já expostas, de 1992 em diante<sup>33</sup>, 76<sup>34</sup> decisões nas quais o TCU exerceu, mesmo que indiretamente, a prerrogativa constante da Súmula 347 do STF e apreciou a constitucionalidade de lei. Isso representa 0,18% do total de 41.169 decisões, atestando a excepcionalidade do exercício dessa competência.

Refinando ainda mais a análise, das 76 decisões nas quais o TCU utilizou a prerrogativa constante da Súmula 347 do STF, em 32 o objeto foi a aplicação do Decreto 2.745/1998 (as 31 impugnadas pela Petrobrás em mandados de segurança; e o Acórdão 2811/2012-TCU-Plenário, que reiterou o entendimento externado sobre o citado Decreto). Em 41 decisões, o objeto foi a cessação de pagamentos embasados na Lei 13.464/2017. No Acórdão 574/2006-TCU-Plenário, o TCU invocou explicitamente a Súmula 347 do STF para apontar a inconstitucionalidade da Lei 10.577/2002. Por fim, nas Decisões 171/1999-TCU-Plenário e 223/2000-TCU-Plenário, o TCU defendeu sua competência constitucional para fiscalizar recursos federais repassados a Estados e Municípios<sup>35</sup>, o que se enquadraria nas possibilidades por nós defendidas na proposta revisão da Súmula.

---

32 Chegou-se ao citado número pesquisando o argumento <"na hipótese de desconstituição da decisão judicial obtida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (Sinait) nos autos do Mandado de Segurança">, que se refere ao Mandado de Segurança 35.498, em trâmite no STF, relacionado ao Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017 .

33  $31 + 41 + 6 = 78$ , menos 2 decisões repetidas (Decisão 663/2002-TCU-Plenário e Acórdão 2000/2017-TCU-Plenário) = 76.

34 Até março de 2020.

35 As Medidas Provisórias 1.751-64, de 08.04.1999 e 1.979-16, de 09.03.2000 atribuíam a órgãos estaduais ou municipais a prerrogativa de fiscalizar repasses de verba federal.



Daí se conclui que, em que pese nossa opinião pela alteração do Verbete 347, não há urgência em fazê-lo, ao menos no que toca ao TCU, pois raras são as ocasiões em que o órgão se utiliza dessa prerrogativa. Foram, afinal, três os temas que suscitaram o exercício da competência tratada: o Bônus de Eficiência e Produtividade da Lei 13.464/2017, o Decreto 2.745/1998 (e a lei que o embasava) e a Lei 10.577/2002. Contudo, a revisão é necessária em face, principalmente, da potencialidade de uso da faculdade aberta pela Súmula, não só no âmbito federal, mas por todos os tribunais contas estaduais, dos municípios e municipais.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, por meio de pesquisa documental, bibliográfica e da realização de levantamento na jurisprudência do TCU, debruçou-se sobre os contornos e limites do exame de constitucionalidade incidental por esse órgão, tendo por base a Súmula 347 do STF.

Inicialmente, discorreu-se sobre a função ocupada pela Corte de Contas na divisão de funções do Estado, situando-a na função controladora, que atua eminentemente sobre a função administrativa dos três Poderes. Essa atuação envolve a proteção dos direitos fundamentais pela via do controle dos recursos federais, realizado através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade, economicidade. No desempenhar dessa atribuição, o TCU adota como critérios tanto as leis como a Constituição.

Após, foram analisadas as principais decisões do STF referentes à Súmula 347, demonstrando-se a fragilidade dos argumentos pela supressão do verbete. O único argumento relevante, nesse sentido, é a ausência, por parte do TCU, de competência jurisdicional em sentido estrito, razão pela qual defendemos a reformulação da Súmula. Quanto aos argumentos pela manutenção, destaca-se a consolidação, em sede doutrinária e jurisprudencial, da teoria da sociedade aberta de intérpretes, de Häberle, em linha com uma visão mais pluralista da interpretação constitucional.

A nosso ver, uma terceira via merece adoção. A melhor solução seria reformular a Súmula para adequá-la à teoria dos diálogos institucionais, restringindo a margem de atuação do TCU no afastamento de leis. Nas discussões constitucionais, caberia ao Tribunal apenas fomentar o diálogo e a atenção a determinadas normas tidas por inconstitucionais, representando aos agentes competentes.

Nossa proposta de redação reformulada para a referida súmula é: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de atos infralegais do Poder Público, bem como deixar de aplicar leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou, de forma pacífica, em sede de controle difuso, exceção feita à apreciação em prol da defesa de responsável ou para proteger, de maneira excepcionalíssima, sua missão institucional”. Ainda, advogamos a inclusão do TCU no rol de legitimados do art. 103 da CF/88, de modo possibilitar ao órgão provocar o controle concentrado de constitucionalidade, por voto da maioria absoluta de seus membros.



Contudo, é relevante esclarecer que enquanto não revisado o verbete, é plenamente possível à Corte de Contas proceder ao controle incidental de Leis. Em que pese a excepcionalidade de uso da prerrogativa aberta pela Súmula no âmbito do TCU, por nós demonstrada em levantamento realizado, a revisão é necessária em face, principalmente, da potencialidade de uso da faculdade aberta pela Súmula, não só no âmbito federal, mas por todos os tribunais contábeis estaduais, dos municípios e municipais. Ademais, defendemos a positividade de rito específico, em linha com o estabelecido pelo CPC/15, respeitando-se a cláusula de reserva de plenário, à qual, a nosso ver, se acha submetido o TCU.

Por fim, ressaltamos que a atuação informativa do TCU no controle de constitucionalidade pode ser realizada até mesmo em sede de consulta, sem necessidade de um caso concreto, uma vez que não será a resposta ao consulente vinculativa, mas apenas sugestiva.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**, ed. 920, v. 101, p. 133-149, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório do Ministro da Fazenda do ano de 1890**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2<sup>a</sup> ed; Atlantida: Rio de Janeiro, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**, 71 Brooklyn Law Review, v. 71, i. 3, p. 1109-1180, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOGONI, Flávia. Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula nº 347 do STF. **Fórum Administrativo - Dir. Público - FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, p. 61-72, set. 2008.



BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. O regime constitucional dos tribunais de contas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2. p. 630-643.

CASTRO NUNES, José de. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CUNHA, Estevão dos Santos. **Controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união: jurisdição constitucional e perspectivas em face do posicionamento do supremo tribunal federal**. Monografia. Centro Universitário IESB, 2012.

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. Versão digital.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Controle de constitucionalidade no tribunal de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, n. 28, p. 35-76, 2002.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. **Revista do TCU**, a. 40, n. 111, p. 17-34, jan./abr., 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

HELLER, Gabriel. **Controle externo e separação de poderes na constituição de 1988: Fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do Tribunal de Contas**. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, 2019.

HELLER, Gabriel; CARVALHO E SOUSA, Guilherme. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 71-96, mai./ago. 2019.

JAPPUR, José. Jurisdição do tribunal de contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 129, p. 356-365, jul./set. 1977.

JOÃO, Ana Manuela Silva. **Weak-form judicial review**: o encontro entre os diálogos institucionais e o controle de constitucionalidade. Belo Horizonte: Casa do Direito; Letramento, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Os Tribunais de Contas diante dos direitos fundamentais. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte, ano 6, n. 63, mar. 2007. Versão digital.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

QUEIROZ, Rholden Botelho de; CORTEZ, Maysa Cortez. Controle de constitucionalidade dos tribunais de contas: reflexões sobre uma aplicação mitigada da súmula 347 do STF. **Rev. Controle**, Fortaleza, v. 17, n.2, p. 20-45, jul./dez. 2019.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. **Controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união**. Trabalho apresentado no curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo. Universidade de Brasília - UNB, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Traduzido por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.