



Francesca Raglione Mariutti

**TRIBUNAIS DE CONTAS OU TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS?
Uma análise da Súmula nº 347/STF**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
Professor Rodolfo da
Costa Arruda Silva.**

**SÃO PAULO
2021**

RESUMO

A partir do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, que ensejou a edição da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), e com base na análise dos acórdãos posteriores do STF, proferidos entre 1963 e 2021, que tratam sobre a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Público pelos Tribunais de Contas, analisou-se como o STF realiza o controle jurisdicional desses órgãos, de maneira a definir se, na visão do STF, estes órgãos podem, ou não, realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos e em quais hipóteses poderiam não aplicar determinada lei por considerá-la inconstitucional. Conclui-se que, além da jurisprudência do STF ser extremamente volátil, não havendo decisão definitiva sobre o tema, o STF tende a expandir suas próprias competências nestes casos. Esta tendência é possível de ser constatada tanto na declaração de inconstitucionalidade de matéria, e não de norma, como na amplitude dos efeitos de suas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade brasileiro. Tribunais de Contas. Súmula 347. Supremo Tribunal Federal. Não aplicação de leis inconstitucionais. Inconstitucionalidade de matéria.

Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.
E examinai, sobretudo, o que parece habitual.
Suplicamos expressamente:
não aceiteis o que é de hábito como coisa natural.
Pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada,
de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada,
nada deve parecer natural.
Nada deve parecer impossível de mudar.

Bertold Brecht

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, aos meus pais Ana Luiza e Francisco, que sempre me motivaram e me incentivaram a olhar o mundo de um modo crítico. Sem eles, a minha paixão pelo direito público não teria florescido e esta pesquisa nunca teria sido feita.

Agradecimento especial também deve ser feito ao meu orientador Rodolfo da Costa Arruda Silva, sem o qual eu não teria conseguido desenvolver uma pesquisa de qualidade. Obrigada por ter sido tão paciente, companheiro e minucioso. Seu apoio e facilitação foram essenciais para mim.

Não poderia faltar também o agradecimento aos professores Roberto Baptista Dias da Silva e Jacintho Arruda Câmara, que me guiaram durante os anos de graduação, me acolheram como monitora de seus cursos de Direito Constitucional e Administrativo, e me encorajaram a sempre questionar.

Foram eles os responsáveis por me introduzir a Escola de Formação Pública, que com certeza foi um divisor de águas e que me forneceu instrumentos indispensáveis para não só a realização deste trabalho, como também de muitos que ainda virão. Assim, eu agradeço todos os meus colegas da 24ª turma, e em especial Mariana Villela, Yasser Gabriel, Jolivê Rocha e Bárbara Pombo.

Não menos importantes são todos os meus amigos, inclusive aqueles que conheci na EFp, que eu agradeço por terem, de um jeito ou de outro, me dado forças e torcido por mim neste ano no mínimo incomum de quinto ano de graduação, em especial Mariana Püschel, Maria Beatriz Bolini, Maria Eduarda Campos, Carlos Roberto Miranda, Victoria Volpini, Bianca Guimarães, João Pedro Rodrigues Oliveira, Lívia Tonet, Stefani Miranda, Giovanna Mauad, Juliana Mucinic, Paula Fialho, Aina Cabral, Carolina Siro, Andressa Scorza, Luiza Baia, Isadora Cândido, Raquel Arantes, Lucas Custódio e Carlos Eduardo Vallim.

Agradeço, por fim, a quem também dedico este trabalho, meu melhor amigo e companheiro, que está sempre ao meu lado, Rafael Priolli.

LISTA DE ACÓRDÃOS ANALISADOS

RMS 8.372/CE: Caso "Delegado de Polícia" e decisão paradigma.

RMS 18.655/CE: Caso "TCE-Ceará – Equiparação de proventos".

MS 20.333/DF: Caso "TCU x Sargento – "auxílio-invalidez".

RE 106.923: Caso "TCE-ES – Gratificação-assiduidade".

ADI 1.685: Caso "TCE-Goiás – Emenda Constitucional nº 19 do Estado de Goiás".

MS 26.739/MG: Caso "Sinjus x CNJ – Férias".

PET 4.656/PB: Caso "Sinjep x CNJ – Cargos de comissão".

MS 29.002/DF: Caso "CNJ – "Auxílio-voto" do TJSP".

MS 28.924 AgR: Caso "CNJ – Inconstitucionalidade RES nº 01/92".

MS 35.410/DF: Caso "Sindireceita x TCU".

MS 35.490/DF: Caso "Unafisco nacional x TCU".

MS 35.494/DF: Caso "Sindifisco nacional x TCU".

MS 35.498/DF: Caso "Sinait x TCU".

MS 35.500/DF: Caso "Anfip x TCU".

MS 35.812/DF: Caso "Sinait x Acórdãos do TCU".

MS 35.824/DF: Caso "Sindifisco nacional x TCU (Revisão Administrativa)".

MS 35.836/DF: Caso "Sinpait x TCU"

LISTA DE ABREVIações

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

AgR – Agravo Regimental

ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil

art. – artigo

arts. – artigos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

MC – Medida Cautelar

MC-Ref. – Referendo em Medida Cautelar

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

PET – Petição

RE – Recurso Extraordinário

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

Rp – Representação

SINAIT – Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho

SINDIFISCO NACIONAL – Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil

SINDIRECEITA - Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil

SINJEP – Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba

SINJUS/MG – Sindicato dos Servidores da Justiça de 2ª Instância de Minas Gerais

SINPAIT – Sindicato Paulista dos Auditores Fiscais do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

TCE-CE – Tribunal de Contas do Estado do Ceará

TCE-ES – Tribunal de Contas do Espírito Santo

TCE-GO – Tribunal de Contas do Estado de Goiás

TCM – Tribunal de Contas do Município

TCU – Tribunal de Contas da União

TJBA – Tribunal de Justiça da Bahia

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

UNAFISCO NACIONAL – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Resultados da Combinação I

Tabela 2 – Resultados da Combinação II

Tabela 3 – Resultados da Combinação III

Tabela 4 – Motivos do descarte de acórdãos

Tabela 5 – Acórdãos que compuseram o universo de acórdãos analisados qualitativamente

Tabela 6 – Resumo da jurisprudência do STF acerca do tema

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. METODOLOGIA DE PESQUISA.....	12
II. IDEIAS E CONCEITOS PRELIMINARES SOBRE O TEMA.....	19
1. Breves notas sobre o controle de constitucionalidade brasileiro	19
2. As competências constitucionais dos Tribunais de Contas.....	22
III. O INÍCIO DO PROBLEMA: CRIAÇÃO DA SÚMULA nº 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	25
IV. A JURISPRUDÊNCIA DO STF APÓS A EDIÇÃO DA SÚMULA nº 347 ...	28
1. A judicialização da Súmula nº 347: primeiros casos	28
2. Controle de Constitucionalidade pelo CNJ: casos decididos em comparação às competências dos Tribunais de Contas.....	32
3. A natureza jurídica dos Tribunais de Contas: uma nova leitura da Súmula nº 347?	41
4. A permanência da Súmula 347	45
5. Resumo da jurisprudência do STF acerca do tema	48
V. CONCLUSÕES E O DESTINO DA SÚMULA nº 347	49
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, entendida sob o ângulo organizacional como *“o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo”*¹, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, está submetida à fiscalização de seus atos.

Esta fiscalização decorre do entendimento de que a atuação do Estado é limitada pelo Direito e está intrinsecamente ligada à garantia de liberdade e de proteção dos indivíduos contra o arbítrio do poder. Em outras palavras, os atos da Administração Pública são válidos apenas quando observarem a lei.

Em um Estado Democrático de Direito, todas as leis devem ter como fundamento de validade a Constituição Federal. Disso decorre o dever geral de obediência a essas normas, na medida em que foram editadas com base na Constituição Federal, a qual exerce supremacia em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

De igual modo, os atos administrativos devem guardar fundamento de validade na lei, e esta última, na Constituição Federal, que lhe é superior. Portanto, o ordenamento jurídico, entendido como o conjunto de normas jurídicas, deve ser compatível com a Constituição Federal, certo de que a incompatibilidade deverá ser rechaçada e, por consequência, as normas deverão ser invalidadas, através do mecanismo constitucional denominado “controle de constitucionalidade”.

O controle de constitucionalidade — que constitui elemento importante desta pesquisa e que será tratado em tópico específico — é competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, conforme se depreende da

¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

leitura do art. 97² da Constituição Federal, bem como dos seus artigos 102, inciso I, alínea "a", inciso III, alínea "c"³ e 125, parágrafos 1º e 2º.⁴

Isso significa que a apreciação e o julgamento da validade jurídica de determinada norma em relação à Constituição Federal ou às Constituições Estaduais são realizados pelo Poder Judiciário, os quais poderão eventualmente resultar na declaração de inconstitucionalidade, caso verificada a incompatibilidade.

Como se demonstrará adiante, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro atual conjuga dois critérios de controle, o difuso, atribuído a todos os órgãos judicantes – do Poder Judiciário, e o concentrado, cuja competência se restringe aos órgãos de cúpula deste Poder. Assim, órgãos e entidades de outros Poderes não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Não obstante a inequívoca distribuição de competências adotada pela Constituição Federal, tem-se questão controversa quanto a este tema: diz respeito à possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar lei ou ato a partir de juízo próprio quanto à inconstitucionalidade, e, especialmente, quanto a não aplicação de leis ou atos a partir de decisões de Tribunais de Contas relativas à (in)constitucionalidade dessas normas.

A controvérsia referente aos Tribunais de Contas, especificamente, se dá em razão da edição da Súmula nº 347, pelo STF, no ano de 1963, cujo teor é o seguinte: *"o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público"*.

² "O CAPÍTULO III, DO PODER JUDICIÁRIO, 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".

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

⁴ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Em razão disso, os Tribunais de Contas de todo o país, mas principalmente o Tribunal de Contas da União – TCU, têm realizado controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, fundamentando sua competência na Súmula supracitada.

Diante do cenário apresentado, é importante que se compreenda qual o posicionamento do STF quanto à adequada interpretação da Súmula nº 347 e em relação ao controle de constitucionalidade de leis e atos pelos Tribunais de Contas. É nesse sentido que a presente pesquisa pretende responder à seguinte pergunta: *para o STF, os Tribunais de Contas podem realizar o controle de constitucionalidade de leis e de atos administrativos?*

A importância desta investigação e, conseqüentemente, da pesquisa, reside primordialmente na posição de destaque que os Tribunais de Contas têm chamado para si nos últimos anos. Inclusive, existem autores⁵ que entendem que esse protagonismo se dá, muitas vezes, pela prática reiterada da interpretação ampliativa das suas próprias competências.

A preocupação que motiva este trabalho se dá exatamente porque as decisões dos Tribunais de Contas impactam a Administração Pública como um todo. É que os Tribunais de Contas avaliam e fiscalizam, de maneira ampla, um conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública, como licitações, contratos, processos de desestatização, regulação, sanções, políticas públicas, serviços e bens públicos, concessões, permissões e parcerias público-privadas, bem como de terceiros a ela vinculados e, indiretamente, de todos os administrados.

Isso significa dizer que os Tribunais de Contas estão incumbidos de realizar o controle externo da Administração Pública, e de uma parcela significativa dos atos que envolvem a ingerência de recursos públicos, desde que nos limites estabelecidos pela Constituição Federal e na legislação infraconstitucional aplicável.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Assim, não saber se os Tribunais de Contas podem ou não realizar controle de constitucionalidade gera indesejável insegurança jurídica para a atuação do Poder Público e dos próprios administrados.

Por outro lado, sob a ótica dos impactos na atuação de cada um dos Poderes constituídos, avalia-se a interferência inconstitucional a que estaria submetido o Executivo, na medida em que seus atos fossem subordinados ao exame de constitucionalidade por Tribunais de Contas, sem que se saiba o posicionamento do STF quanto à eventual chancela para essa atuação, especialmente com relação à extensão da Súmula nº 347.

O Legislativo, por exemplo, veria suas leis que, em regra, possuem presunção de constitucionalidade, serem invalidadas por órgão incompetente, sem compreender o posicionamento do STF e se teria havido chancela decorrente da edição da Súmula nº 347. Ao mesmo tempo, os órgãos judicantes do Poder Judiciário teriam suas competências usurpadas e igualmente desconhecariam a adequada interpretação a ser conferida à Súmula nº 347 e às competências atribuídas aos Tribunais de Contas.

É que uma postura ativista dos Tribunais de Contas, ao extrapolar as suas próprias competências, deve ser vista como um risco para todos os administrados, para as atividades da Administração e de todas as instituições públicas, e por fim, para o próprio Estado Democrático de Direito, exatamente por violar a Constituição Federal, em especial a tripartição de poderes.

A importância e justificativa para a presente pesquisa se deve à atuação ampliada dos Tribunais de Contas, especialmente quanto à matéria de controle de constitucionalidade e custos à tripartição de poderes.

I. METODOLOGIA DE PESQUISA

Com base no julgamento do RMS nº 8.372/CE, que ensejou a edição da Súmula nº 347, foram analisadas as decisões posteriores do STF sobre o controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Contas. O objetivo foi descobrir como se deu a jurisprudência do STF acerca desta questão, de modo a entender os fundamentos utilizados pelos ministros e em

quais hipóteses os Tribunais de Contas poderiam não aplicar determinada lei por considerá-la inconstitucional.

Assim, nasce a inquietação que é objeto do presente trabalho e fio condutor de todo o processo de pesquisa: *“Para o STF, os Tribunais de Contas podem realizar o Controle de Constitucionalidade de leis e de atos administrativos?”*.

Para responder à pergunta de pesquisa, a metodologia empregada foi a empírica, com base na busca jurisprudencial do site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

Adotou-se três recortes metodológicos nesta pesquisa: (i) temporal, com seleção de decisões proferidas a partir de 1963, ano de edição da Súmula nº 347 do STF, até o dia 25/06/2021⁶; (ii) processual, com seleção apenas de decisões colegiadas, das Turmas ou do Plenário; e (iii) temático, com seleção de acórdãos que tratem de controle de constitucionalidade por Tribunais de Contas.

A pesquisa no site do STF ocorreu no dia 25/06/2021, e por isso é o marco final deste trabalho. Foram pesquisadas três combinações: (“controle de constitucionalidade” E “tribunal de contas”), (“SUMSTF 347” ou “SUM 347 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”~2 ou “SÚMULA 347”), e (“declaração de inconstitucionalidade” E “competência” E “tribunal de contas”). A cada seleção, foi feita análise preliminar dos acórdãos para verificar o enquadramento ou não aos recortes metodológicos adotados na pesquisa.

(i) Combinação I

A pesquisa pelas palavras-chave “controle de constitucionalidade” E “tribunal de contas”, realizada na Pesquisa em todos os campos, com as opções de sinônimos, plural e busca exata entre aspas, resultou num total de 22 Acórdãos.

Tabela 1 – Resultados da Combinação I

22 resultado(s) para: "controle de constitucionalidade" E "tribunal de contas"

⁶ Data de fechamento do projeto de pesquisa.

Processo	Seleção
MS 35812	O
MS 35410	O
MS 35824	O
ADI 6529 MC	X
ADI 2238	X
ADI 6329 TP	X
ADI 6364 MC	X
ADI 3977	X
MS 28924 AgR	O
ADI 282	X
ADI 4174	X
MS 36190 AgR	X
ADI 5215	X
MS 29002	O
ADO 25	X
ADI 5442 MC	X
ADI 5449 MC-Ref	X
ADI 5316 MC	X
ADI 119	X
MS 25116	X
ADI 2361 MC	X
ADI 1873	X

Legenda:

O	Selecionados
X	Não selecionados

Fonte: elaboração própria.

Após a análise preliminar foram selecionados 5 (cinco) acórdãos, os quais compuseram o universo de acórdãos analisados nesta pesquisa. Estes

foram selecionados por tratarem do exercício das competências constitucionais dos Tribunais de Contas, especialmente quanto ao controle de constitucionalidade. O Acórdão do MS 28.924 AgR, ainda que trate da competência do Conselho Nacional de Justiça, menciona especificamente o entendimento do STF quanto à possibilidade de o TCU exercer o controle difuso de constitucionalidade, e por isso foi selecionado.

Além destes, também são analisados outros 5 (cinco) acórdãos, que, embora não sejam resultado de pesquisa orientada pela combinação de palavras-chave acima expostas, foram identificados nos acórdãos pertinentes ao tema como "acórdãos no mesmo sentido", o que justificou a inclusão destes no escopo de acórdãos analisados. São: MS 35836, MS 35490, MS 35494, MS 35498 e MS 35500.

(ii) Combinação II

A pesquisa pelas palavras-chave "SUMSTF 347" ou "SUM 347 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"~2 ou "SÚMULA 347", realizada na Pesquisa em todos os campos, com as opções de sinônimos, plural e busca exata entre aspas, resultou num total de 6 Acórdãos.

Tabela 2 – Resultados da Combinação II

6 resultado(s) para: "SUMSTF 347" ou "SUM 347 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"~2 ou "SÚMULA 347"	
Processo	Seleção
PET 4656	O
ADI 1685	O
RE 106923	X
MS 20333	O
MS 20310	X
RMS 18655	O

Legenda:

O	Selecionados
----------	--------------

X	Não selecionados
----------	------------------

Fonte: elaboração própria.

Após a análise preliminar foram selecionados 4 (quatro) acórdãos, os quais compuseram o universo de acórdãos analisados nesta pesquisa. Estes foram selecionados por tratarem da competência constitucional dos Tribunais de Contas, em especial quanto ao controle de constitucionalidade. O Acórdão da PET 4.656, ainda que trate sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça, menciona especificamente o entendimento do STF quanto a possibilidade de o TCU exercer o controle difuso de constitucionalidade, e por isso foi selecionado.

(iii) Combinação III

Por fim, a pesquisa das palavras-chave “declaração de inconstitucionalidade” E “competência” E “tribunal de contas” resultou em 24 Acórdãos, dos quais apenas 1 foi selecionado: MS 26.739.

Tabela 3 – Resultados da Combinação III

24 resultado(s) para: "declaração de inconstitucionalidade" E "competência" E "tribunal de contas"	
Processo	Seleção
ADI 2238	X
ADI 5175	X
MS 28924 AgR	X*
ADI 282	X
ADI 3191	X
ADI 3628	X
ADI 5763	X
RE 704292	X
MS 26739	O
MS 30788	X
ADI 1923	X
RE 638115	X

ADI 4203	X
ADI 374	X
ADI 3599	X
ADI 2884	X
ADI 1140	X
RE 223037	X
ADI 1934 MC	X
Rp 1313	X
Rp 1021	X
RE 69835	X
Rp 751	X
Rp 106	X

Legenda:

O	Selecionados
X	Não selecionados
X*	Repetido

Fonte: elaboração própria.

Após a análise preliminar foi selecionado 1 (um) acórdão, que, por fim, compôs o universo de acórdãos analisados nesta pesquisa. Este foi selecionado, ainda que trate concretamente de caso que envolve o Conselho Nacional de Justiça, porque o julgamento de mérito foi construído com base na Súmula nº 347 do STF, bem como na possibilidade de tribunais de contas realizarem controle de constitucionalidade.

(iv) Refinamento da amostra: motivos para o descarte das decisões

Concluído o processo de coleta e análise preliminar das decisões selecionadas, obteve-se um conjunto de 57 acórdãos. Com isso, a etapa seguinte foi a execução de análise com maior detalhamento para verificação

da pertinência dos acórdãos para os objetivos pretendidos por esta pesquisa, a partir do refinamento da amostra.

Tabela 4 – Motivos do descarte de acórdãos

Motivos do descarte	Quantidade
Controle de constitucionalidade realizado pelo STF sobre lei(s) federal(ais) ou dos Regimentos Internos do STF e do TCU. O Tribunal de Contas é citado, mas o referido processo não diz respeito à atuação de Tribunais de Contas em controle de constitucionalidade.	9
Controle de constitucionalidade realizado pelo STF sobre lei(s) estadual(ais) ou do Regimento Interno/LO do Tribunal de Contas do Estado. O Tribunal de Contas é citado, mas o referido processo não diz respeito à atuação de Tribunais de Contas em controle de constitucionalidade.	8
Controle de constitucionalidade realizado pelo STF sobre Emendas Constitucionais federais e estaduais ou Constituições Estaduais. O Tribunal de Contas é citado, mas o referido processo não diz respeito à atuação de Tribunais de Contas em controle de constitucionalidade.	16
Controle de constitucionalidade realizado pelo STF sobre omissão. O Tribunal de Contas é citado, mas o referido processo não diz respeito à atuação de Tribunais de Contas em controle de constitucionalidade.	1
Trata do direito ao contraditório e ampla defesa no âmbito dos Tribunais de Contas.	3
Trata da incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001.	1
Extinção do processo pela verificação de decadência.	1
Não conhecimento da ação.	1
Repetido.	2

Fonte: elaboração própria.

Ao fim do refinamento de amostra, restou apenas 15 acórdãos, os quais estavam completamente aderentes aos recortes metodológicos adotados e que, por isso, foram objeto de análise qualitativa.

Tabela 5 – Acórdãos que compuseram o universo de acórdãos analisados qualitativamente

Processo	Data de julgamento
MS 35812	13/04/2021
MS 35410	13/04/2021
MS 35824	13/04/2021
MS 35836	13/04/2021

MS 35490	13/04/2021
MS 35494	13/04/2021
MS 35498	13/04/2021
MS 35500	13/04/2021
MS 28924 AgR	29/11/2019
MS 29002	07/08/2018
PET 4656	19/12/2016
MS 26739	01/03/2016
ADI 1685	23/10/1997
MS 20333	23/09/1982
RMS 18655	23/09/1968

Fonte: elaboração própria.

II. IDEIAS E CONCEITOS PRELIMINARES SOBRE O TEMA

Antecede a análise dos acórdãos a apresentação dos aspectos elementares do controle de constitucionalidade e das competências constitucionais que foram atribuídas aos Tribunais de Contas. O presente capítulo pretende apresentar, objetivamente, os elementos básicos desses dois aspectos e que constituem as premissas teóricas para a compreensão do presente trabalho.

1. Breves notas sobre o controle de constitucionalidade brasileiro

O controle de constitucionalidade é um mecanismo que visa defender a supremacia da Constituição Federal e o ordenamento jurídico como um todo. A existência de um “guardião” ou defensor da Constituição Federal é pressuposto fático da sua própria eficácia e força vinculante.

No entanto, ainda que a Constituição Federal tenha que ser obedecida por todos os cidadãos e poderes do Estado, uma de suas maiores funções, senão a maior, é dar fundamento para a criação de normas, e, portanto, ser obedecida precipuamente pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que o controle de constitucionalidade também pode ser

compreendido como um dos controles aos quais os atos do Poderes da República estão subordinados.

Esse pressuposto parte de uma análise das funções típicas e atípicas dos "Poderes do Estado"⁷. A partir disso, é necessário que prevaleça o entendimento de que o órgão que realiza o controle de constitucionalidade não seja o mesmo que edita normas gerais. No Brasil, como se disse, o "Poder" titular do controle de constitucionalidade é o Judiciário. São apenas os órgãos judicantes deste Poder os competentes para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, e com base nisso, anulá-los. Essa declaração, no entanto, pode ocorrer de formas distintas.

Sob a ótica da teoria do Direito Constitucional, existem três sistemas de controle de constitucionalidade: o político ou não judicial⁸, o judicial e o misto⁹. O Brasil adota o sistema judicial, por meio do qual o Poder Judiciário possui a palavra final quanto à interpretação da Constituição Federal e das Constituições Estaduais.

Dentro deste sistema judicial, existem dois critérios de controle. O primeiro é através do chamado controle concentrado de constitucionalidade. Derivado do modelo austríaco, como se depreende do próprio nome, é o controle realizado por apenas um órgão. No Brasil, o controle concentrado realizado em relação à Constituição Federal é de competência do STF. Já o controle concentrado em relação às Constituições Estaduais é realizado pelo Tribunal de Justiça de cada Estado.

No critério de controle concentrado não há um litígio. O que ocorre é a propositura de uma ação que visa proteger abstratamente o ordenamento jurídico e, é claro, a supremacia da Constituição. Tanto é que esse critério

⁷ A expressão "Poderes do Estado" não é a mais correta, uma vez que o Poder do Estado é uno e indivisível. No entanto, ela é amplamente utilizada e por isso foi citada.

⁸ Entende-se como controle político ou não judicial aquele realizado por órgão que tenha natureza política, não integrante do Poder Judiciário. Este é o modelo adotado pelos franceses.

⁹ O controle misto é caracterizado por apresentar concomitantemente traços do controle judicial e do controle político. Isso significa que o controle de constitucionalidade de determinadas normas é realizado por órgãos do Poder Judiciário e outras por órgão político, desvinculado dos Poderes.

também é chamado de “abstrato”, vez que este termo caracteriza bem a falta de incidência da norma no caso concreto.

Quanto à eficácia — e aqui chamo a atenção das leitoras e dos leitores, pois será um ponto de interesse do trabalho — esta se dá de maneira uniforme em toda a jurisdição do órgão competente para declarar a inconstitucionalidade, seja o STF ou um dos Tribunais de Justiça. Isso significa que a declaração de inconstitucionalidade, no critério concentrado/abstrato, se dá com eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos e com efeito vinculante para a Administração Pública e para os demais órgãos do Poder Judiciário.

É o mesmo que dizer: declarada a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, este(a) é considerado(a) nulo(a) e, portanto, deixa de existir e de produzir efeitos no ordenamento jurídico.

Como se disse, este critério de controle só pode ser realizado pelo STF ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Nesse sentido, para o STF, o julgamento de compatibilidade deverá ser feito entre a Constituição Federal e leis ou atos normativos federais, estaduais ou distritais e municipais¹⁰, editados antes¹¹ ou depois da própria Constituição Federal. Já para os Tribunais de Justiça, o julgamento de compatibilidade deverá ser feito entre a Constituição Estadual e leis ou atos normativos estaduais ou distritais e municipais.

O outro critério de controle, chamado de difuso e derivado do modelo estadunidense, é praticamente oposto ao concentrado. Assim, nesse caso, a inconstitucionalidade é questão incidente de um litígio e, portanto, é apresentada por uma das partes em juízo. Isso significa que, diferente do critério concentrado, a declaração de inconstitucionalidade pode ser realizada por qualquer juiz de direito, e não apenas pelo STF ou pelos Tribunais de Justiça.

¹⁰ As leis e os atos normativos municipais são objeto apenas de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que integra o sistema de controle concentrado de constitucionalidade. As demais ações de controle concentrado não suportam o direito municipal como objeto.

¹¹ Assim como ocorrem com o direito municipal, as leis e os atos normativos editados antes da Constituição Federal só podem ser objeto de ADPF, e não das demais ações de controle concentrado.

No entanto, esta declaração tem eficácia limitada quando comparada à eficácia da decisão proferida no julgamento de constitucionalidade pelo critério concentrado. Em outras palavras, a lei ou o ato normativo só deixa de produzir efeitos sobre aquelas partes, em relação àquela demanda e, portanto, continua plenamente válida no ordenamento jurídico — salvo se o Senado Federal suspender a excoutoriedade nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal —, diferente do controle abstrato. É o que chamam de eficácia *interpartes*.

Por fim, quanto ao início da nulidade, no critério concentrado, ou do afastamento da norma, perante o critério de controle difuso, estes têm, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*). No entanto, ambas modalidades de controle admitem modulação de efeitos¹².

2. As competências constitucionais dos Tribunais de Contas

O tema do Controle da Administração Pública permanece atual nos debates acadêmicos, principalmente quando analisado o protagonismo de órgãos de controle. Assim, esta pesquisa se insere no contexto de aprimoramento do controle e da atuação de órgãos administrativos no país, especificamente dos Tribunais de Contas.

Ainda que a Administração Pública esteja subordinada a diversos tipos de controles, como o próprio controle interno ou mesmo o controle social¹³, duas espécies são primordiais para o desenvolvimento do presente trabalho: o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e o controle jurisdicional.

O controle externo, como bem diz o nome, é exercido por ente ou órgão externo à estrutura da Administração Pública. É o caso dos Tribunais de

¹² A modulação de efeitos pode ser entendida como a relativização da regra de eficácia de uma decisão proferida, com o intuito de garantir a segurança jurídica e/ou de proteger o interesse social. É o que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/1999: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

¹³ Para uma explicação detalhada de cada tipo de controle, ler: MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 4ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Contas, órgãos administrativos auxiliares do Poder Legislativo no controle externo.

De acordo com os artigos 70¹⁴ e 71¹⁵ da Constituição Federal, compete aos Tribunais de Contas o exercício da fiscalização e controle de todo o sistema contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das contas públicas brasileiras.

¹⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Os Tribunais de Contas são órgãos administrativos que auxiliam o Poder Legislativo de seu respectivo ente federativo¹⁶ na realização do controle externo da Administração Pública direta e indireta. Embora figurem como órgãos auxiliares, é importante frisar que os Tribunais de Contas, de acordo com os arts. 71 e 75¹⁷ da Constituição Federal, possuem autonomia administrativa, financeira, operacional e decisional, com competência atribuída expressamente para julgar contas, aplicar sanções administrativas aos responsáveis pela gestão ilegal ou irregular de recursos públicos e exigir a reparação financeira consequente destes atos.

A doutrina¹⁸ e o próprio STF¹⁹ entendem que a relação de auxílio não é equivalente a uma relação de subordinação. Pelo contrário, que para alcançar os fins da atividade do controle externo, é necessário que os Tribunais de Contas possuam competências autônomas.

Entretanto, talvez pela interpretação extensiva desta autonomia, os Tribunais de Contas acabam por incidir, muitas vezes, em excessos e extrapolações de suas competências constitucionais²⁰, o que pode gerar clima de medo e de insegurança para toda a Administração Pública, que tem como resultado, por exemplo, o efeito conhecido por apagão das canetas²¹.

¹⁶ Para propiciar uma organização de controle mais célere, essas instituições são divididas a nível federal, estadual e distrital, e ainda, municipais, e por fim, municipal, quando, apenas neste último caso, o Tribunal de Contas do Município for anterior à data de promulgação da CF-88.

¹⁷ Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 387. Como exemplo, a autora pontua: "*Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, §3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes*".

¹⁹ Nesse sentido, as decisões proferidas nos julgamentos da ADI nº 2420/ES, da ADI nº 3715/TO-MS e da ADI nº 2403/RJ.

²⁰ Nesse sentido, os autores André Rosilho e Eduardo Jordão em "STF e a 'extrapolação qualificada' de competências no controle de contas". Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/05/19.05.2021-STF-e-a-extrapolacao-qualificada-de.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

²¹ Esta expressão é utilizada para designar a paralisia decisória causada pelo medo dos gestores públicos em serem responsabilizados por tomadas de decisão. Neste sentido, ler: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Direito administrativo do medo, apagão das canetas e improbidade administrativa. Belo Horizonte, Fórum, v. 19, n. 224, p. 15-22, out., 2019.

É o que parece acontecer quando os Tribunais de Contas realizam interpretação equivocada da Súmula nº 347 do STF, que assim dispõe "o *Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*" e interpretam a Constituição Federal de maneira controversa, sem que o Poder Judiciário já tenha se pronunciado sobre o tema em questão.

Nesse sentido, Conrado Tristão explica:

"(...) a leitura da Súmula 347 à luz do precedente que a inspirou indica que "apreciar a constitucionalidade" só pode significar "não aplicar" lei ou ato do poder público considerado inconstitucional, e não "declarar a inconstitucionalidade" dessa lei ou ato²²".

Ou seja, existe a possibilidade dos Tribunais de Contas estarem realizando interpretação equivocada da Súmula nº 347, exatamente porque esta foi editada, pelo STF, com base em entendimento proferido em um único julgamento, especificamente o RMS nº 8.372. Esse ponto, assim como o eventual reconhecimento desta interpretação extensiva pelo STF, será abordado adiante.

III. O INÍCIO DO PROBLEMA: CRIAÇÃO DA SÚMULA nº 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já se adiantou, a Súmula nº 347 do STF foi editada no ano de 1963, através de moção aprovada de forma unânime pelo Plenário. A moção foi apresentada pelo Ministro Victor Nunes Leal, com o seguinte teor:

"Propomos seja aprovada, pelo Plenário, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, organizada pela Comissão de Jurisprudência, que se incumbirá de providenciar a sua publicação oficial, nos termos do Regimento, durante o recesso do Tribunal".

²² TRISTÃO, Conrado Valentini. Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: *uma análise a partir dos julgamentos de mandados de segurança*. Tese de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na FGV São Paulo. São Paulo: 2020.

A Ata da Sessão de 13.12.1963²³, apenas sinaliza que os votos submetidos pelos demais Ministros foram positivos, embora o teor destes sejam desconhecidos. À época, o Presidente do STF, Min. Ribeiro da Costa, teceu louvores ao trabalho da Subcomissão de Jurisprudência, a qual teria elaborado uma súmula que *“prestará relevantes serviços às letras jurídicas do país, sendo do maior interesse para os Tribunais do País, advogados, juízes e cultura da Ciência do Direito”*.

Ainda que a moção apresentada pelo Min. Victor Nunes Leal proponha que a Súmula a ser criada indicaria uma jurisprudência dominante do STF, esta só representa o resultado do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372/CE. Isso significa que a interpretação mais fiel da Súmula nº 347 há de ser feita em compatibilidade à análise do Acórdão do Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372/CE.

O Mandado de Segurança que precedeu o RMS nº 8.372/CE, julgado em 11.12.1961, foi impetrado inicialmente, no Tribunal de Justiça, contra ato do Tribunal de Contas do Estado do Ceará ao negar o registro de aposentadoria de um Delegado de Polícia substituto, com base na perda de eficácia da Lei Estadual nº 4.316/1958, que previa ao autor o direito de aposentadoria.

No julgamento do Recurso, o desprovimento se deu exatamente porque o próprio STF já havia declarado a constitucionalidade da Lei Estadual nº 4.468/1959, que, por sua vez, anulou a Lei Estadual nº 4.316/1958.

No entanto, o voto do Min. Relator Pedro Chaves, que foi acompanhado pelos demais Ministros, ressalta ponto cuja importância é fundamental para o entendimento do presente tema – se há diferença entre a declaração de inconstitucionalidade e a não aplicação de leis inconstitucionais por órgãos administrativos. O que o relator subscreve é o seguinte:

“Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade, essa declaração escapa à competência específica dos

²³ A ata da sessão foi adquirida através de pedido de informação ao Supremo Tribunal Federal e pode ser acessada pelo seguinte link: https://drive.google.com/file/d/1qMDRAgoj0BqTVm3rmInfsDzClq_S0SXz/view?usp=sharing.

Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois este é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado” (BRASIL, 1961).

A questão chave que aparece diante da leitura deste trecho é se a não aplicação da lei pelo Tribunal de Contas parte de uma interpretação própria, ou seja, feita diretamente pelo Tribunal de Contas em relação à Constituição, ou se esta não aplicação se refere à obrigação geral de não aplicação de leis que já foram objeto de análise e declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Na verdade, para que a real compreensão do Acórdão seja decifrada, é necessário ressaltar que não era previsto no ordenamento jurídico brasileiro, à época do julgamento, hipótese de critério de controle concentrado de constitucionalidade. Isso significa que toda a análise que o STF fazia incidia apenas entre as partes do litígio. E para que a lei deixasse de produzir efeitos *erga omnes* era necessária a intervenção do Senado Federal — da mesma maneira como ocorre atualmente com o controle difuso de constitucionalidade —, como se depreende da leitura do art. 64 da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946):

“Art. 64 - Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Portanto, entende-se da leitura do Acórdão do RMS nº 8.372/CE e principalmente do trecho destacado do voto do Min. Relator que (i) não foi conferido aos Tribunais de Contas a possibilidade de realizar controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos; e que (ii) o STF parece ter conferido eficácia *erga omnes* direta às suas decisões proferidas em sede de controle difuso (o que parece explícito do trecho “*não aplicação de leis inconstitucionais, pois este é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado*”).

Dessa forma, conclui-se que, com base no julgamento do RMS nº 8.372/CE, a interpretação mais fiel da Súmula nº 347 deve ser entendida

como a autorização aos Tribunais de Contas de não aplicar lei ou ato que já tenha sido objeto de controle difuso de constitucionalidade pelo STF.

Ou seja, que a criação da Súmula nº 347 não deve ser entendida como a “concessão” de poderes judiciais, pelo STF, aos Tribunais de Contas, mas como uma interpretação ampliativa, realizada pelo STF, dos efeitos das suas próprias decisões em um momento histórico em que não havia controle concentrado de constitucionalidade.

IV. A JURISPRUDÊNCIA DO STF APÓS A EDIÇÃO DA SÚMULA nº 347

1. A judicialização da Súmula nº 347: primeiros casos

O primeiro caso no STF envolvendo a Súmula nº 347 foi o Recurso em Mandado de Segurança nº 18.655, julgado em 23.09.1968, pela Primeira Turma do STF. O Mandado de Segurança, impetrado originalmente no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por um auditor aposentado do Tribunal de Contas cearense, tinha como objeto decisão do próprio TCE-CE que lhe havia negado equiparação de proventos aos vencimentos dos Ministros do TCE-CE, conforme a Lei Estadual nº 8.674/1966.

A decisão impugnada considerou a inconstitucionalidade da Lei nº 8.674/1966, ante a Constituição do Estado e a irreplicabilidade, ao caso, de artigo da Constituição Federal a servidores ainda não aposentados à época de sua vigência. O TJCE denegou a segurança, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei referida.

Na análise do caso pelo STF, também se reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 8.674/1966, e o voto do Min. Relator Oswaldo Trigueiro ressaltou, ainda que sem demonstrar seus fundamentos, que o Tribunal de Contas do Estado não cometeu qualquer ilegalidade ou incidiu em abuso de poder, no que foi acompanhado de maneira unânime pela Turma.

Nesse sentido, é importante ressaltar que não houve qualquer controvérsia quanto à interpretação ou aplicação da Súmula. Pelo contrário, diferente do caso paradigma — isto é, o RMS nº 8.372/CE —, foi admitido o

controle de constitucionalidade difuso realizado pelo TCE-CE, já que não havia sequer entendimento do STF acerca dessa lei.

O segundo caso é ainda mais curioso. Trata-se do Mandado de Segurança nº 20.333, julgado em 23.09.1982, pelo Plenário do STF. O autor, terceiro sargento da Marinha, impetrou o MS contra o Presidente do Tribunal de Contas da União em razão de sua omissão em não apreciar a inconstitucionalidade da aplicação do Decreto-Lei nº 957/1969, que havia desconstituído o direito adquirido do autor ao pagamento da antiga diária de asilado, haja vista a competência supostamente conferida pela Súmula nº 347.

O Tribunal de Contas da União – TCU, em resposta, alegou que “*a apreciação do ato concessivo de benefício que não integra o cálculo de proventos, como é o caso da antiga diária de asilado, objeto da pretensão em exame*” não se sujeita à competência do Tribunal de Contas. Assim, como a Súmula nº 347 só diz respeito à apreciação de constitucionalidade na hipótese de exercício de suas atribuições, seria ilícito fazê-lo neste caso.

O STF indeferiu o pedido nos moldes dos argumentos do TCU, e assim, não aplicou a Súmula ao caso. No entanto, é interessante que (i) não tenha sido manifestada, pelos Ministros, qualquer crítica à interpretação conferida pelo TCU à Súmula nº 347 e que (ii) o teor da Súmula nº 347 tenha sido utilizado pelo autor como argumento principal para a impetração do Mandado de Segurança, o que sugere que o entendimento proferido no RMS nº 18.655 foi adotado novamente.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.685, proposta pelo Governador do Estado de Goiás (TCE-GO), tinha como objeto a suspensão da eficácia da Resolução nº 4.453/1997, expedida pelo Tribunal de Contas do Estado, sob o fundamento de incompatibilidade com os arts. 71 e 75 da Constituição Federal.

A Resolução do TCE-GO havia sido editada por conta da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1997 do Estado, que visou fundir o Tribunal de Contas do Município (TCM) ao Tribunal de Contas do Estado. O principal

objetivo da Resolução era estabelecer as providências necessárias quanto à integração do pessoal do TCM ao TCE-GO.

Uma das disposições dessa Resolução negava a aplicação dos artigos 3º e 4º da Emenda Constitucional 19, com o seguinte teor:

"Art. 3º Os componentes do Tribunal de Contas dos Municípios passam a integrar, com os respectivos cargos, direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos, o tribunal de contas do Estado.

Parágrafo único – Os cargos de que se trata este artigo passam a denominar-se Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado e extinguir-se-ão automaticamente na medida em que forem vagando.

Art. 4º Temporária e excepcionalmente, o Tribunal de Contas do Estado funcionará com o seu número de Conselheiros alterado até que se cumpra, integralmente, o disposto no parágrafo único, parte final, do art. 3º".

A não aplicação dos artigos 3º e 4º, pelo TCE-GO, foi fundamentada no exame de incompatibilidade entre a Emenda Constitucional Estadual nº 19 e a Constituição Federal, conforme se demonstrou em Parecer lavrado por uma Comissão do TCE-GO:

"Aumento transitório do número de Conselheiros do Tribunal de Contas para onze: inconstitucionalidade. Competência do Tribunal de Contas do Estado para negar aplicação a norma inconstitucional, mesmo do Poder Constituinte Derivado. Poder e dever do Tribunal para proclamar e declarar essa inconstitucionalidade, mesmo de ofício".

Para afirmar o que se seguiu, o Tribunal de Contas de Goiás se fundamentou na Súmula nº 347 do STF. A inconstitucionalidade, defendida pelo TCE-GO, recaía sobre a quantidade de Conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado, vez que a Constituição Federal de 1988 7 Conselheiro, e não 11, como resultaria da fusão dos Tribunais de Contas supracitados.

O Governo do Estado de Goiás fundamentou-se na alegação de constitucionalidade da Emenda Constitucional Estadual nº 19, uma vez que compatível com o art. 25 da Constituição Federal, que assegura aos Estados-Membros o direito de organização e gerência autônoma. Ademais, na petição inicial, o Governador sustentou que a fusão dos Tribunais de Contas se dava

exatamente por conta do comando do art. 169 da Constituição Federal, que estabelece a impossibilidade de a despesa com pessoal de um órgão exceder ao que a Lei Complementar determinar, o que ocorria no caso do TCM.

De todo modo, a principal argumentação do Governo do Estado de Goiás é a inconstitucionalidade da Resolução do TCE-GO, exatamente pelo órgão ter deixado de aplicar norma que ele próprio reputou inconstitucional. Nesse sentido, ressalta-se esta passagem:

"A resolução supra é inconstitucional por violar os art. 71 e 75 da Constituição, que no seu rol exaustivo de competências, não defere aos Tribunais de Contas (Tribunais Administrativos) uma nova modalidade de controle de constitucionalidade (declarar a inconstitucionalidade de ofício), a par do sistema judicial existente (...). O Tribunal de Contas do Estado de Goiás não foi e nem é tribunal judicial. A corte de contas estadual não foi e nem é Corte Constitucional para decidir se a Emenda Constitucional nº 19 é ou não compatível com a Constituição Federal".

No julgamento submetido ao Plenário no dia 23.10.1997, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada prejudicada por conta da revogação superveniente da Resolução do TCE-GO que estava sendo atacada – perda superveniente do objeto. Não obstante o desfecho da ação, importante analisar os elementos do Voto do Min. Relator Maurício Corrêa, juntado ao Acórdão.

É que o Min. Relator entendeu que, ao negar cumprimento aos artigos 3º e 4º da Emenda Constitucional nº 19/97, sob a alegação de inconstitucionalidade, o TCE-GO emitiu ato de efeito eminentemente concreto, extraído de comportamento administrativo e sem qualquer densidade normativa. Assim, pelo entendimento do Min. Relator, a Resolução nem poderia ser impugnada perante o STF por meio de controle concentrado de constitucionalidade.

No entanto, o Min. Relator vai além. Argumenta que o "certo" era o Tribunal de Contas do Estado ter representado a um dos agentes autorizados pelo artigo 103 da Constituição Federal, com legitimidade ativa para a postulação de eventual decretação de inconstitucionalidade. Afirma ainda que

o TCE-GO preferiu o caminho da recusa ao cumprimento das normas embutidas na Emenda Constitucional, seguindo a orientação plasmada na Súmula nº 347 do STF.

Isso significa, por fim, que ainda que a Ação tenha sido julgada prejudicada por conta da perda superveniente do objeto, o Min. Relator Maurício Côrrea entendeu que (i) a recusa ao cumprimento de normas sob o fundamento de inconstitucionalidade é legítima; (ii) a orientação da Súmula nº 347 é o da possibilidade de recusa à aplicação de normas; (iii) o STF não poderia apreciar a constitucionalidade da Resolução, por considerá-la concreta; mas que (iv) o caminho mais correto seria a representação do TCE-GO a um agente autorizado pelo art. 103 para atacar a Emenda Constitucional nº 19 no STF.

2. Controle de Constitucionalidade pelo CNJ: casos decididos em comparação às competências dos Tribunais de Contas

Dentre os casos selecionados no rol de análise qualitativa desta pesquisa, alguns não possuem os Tribunais de Contas em seu polo ativo ou passivo. Na realidade, todos estes demais casos que não foram judicializados por Tribunais de Contas ou contra atos de Tribunais de Contas, são referentes à judicialização de atos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A seleção dos Acórdãos envolvendo o Conselho Nacional de Justiça se deu por duas justificativas. A primeira é a utilização das competências de Tribunais de Contas ou a utilização da Súmula nº 347 como parâmetro para (i) fortalecer o argumento de que o Conselho Nacional de Justiça pode realizar controle de constitucionalidade; ou (ii) embasar a realização de controle de constitucionalidade pelo CNJ.

Por outro lado, a segunda justificativa se dá exatamente por alguns casos mencionarem os Tribunais de Contas, principalmente o Tribunal de Contas da União, como órgão com competências similares ao Conselho Nacional de Justiça, o que resulta na validação dupla de decisões do STF: o que vale para um, deve valer para o outro.

O primeiro caso trata de Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Justiça de 2ª Instância de Minas Gerais (SINJUS/MG) contra o Pedido de Providências nº 885/2006 do CNJ, que declarou a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 102 da Resolução nº 12/1962, que fixa férias coletivas de 60 dias para os servidores da 2ª Instância do TJMG.

O referido Mandado de Segurança, de nº 26.739, julgado no dia 01.03.2016 pela Primeira Turma, foi denegado com base em jurisprudência pacífica do STF, de que a concessão de férias coletivas é inconstitucional.

Interessa-nos a forma como os Ministros fundamentaram seus votos quanto à atuação do CNJ. Chama a atenção (i) o argumento de que a inconstitucionalidade alegada junto com ilegalidade é tida apenas como “fundamentação adicional”; e (ii) o argumento de que a inconstitucionalidade pode ser declarada pelo CNJ se a matéria já tiver sido pacificada no STF.

Para o objeto central desta pesquisa, vale ressaltar principalmente a argumentação trazida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento. Diz o Ministro que a questão do Poder Executivo deixar de aplicar lei por considerá-la inconstitucional vem baseado em um histórico constitucional, de quando a Constituição não atribuía capacidade postulatória ao Poder Executivo para representar inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. E que esse poder – deixar de aplicar leis inconstitucionais – seria permitido pelo próprio STF antes da Constituição Federal de 1988.

De todo modo, o Ministro argumenta que quanto aos órgãos autônomos (cita o Conselho de Contribuintes, as novas agências reguladoras, o Banco Central, o CNJ, o CNMP e o Tribunal de Contas) este ponto não foi resolvido com a Constituição Federal de 1988:

"Bom, então, nesse contexto, é de se refletir sobre o tema. Eu pergunto: devemos simplesmente dizer que esses órgãos autônomos não têm competência para fazer esse controle? Mas chegaríamos, veja, a uma situação aporética, estranha, porque, por exemplo, neste caso específico poderíamos dizer: "ah, é verdade, o Conselho não dispõe de competência para fazer esse juízo censório em relação à recepção, ao juízo de legitimidade ou ilegitimidade dessa norma do Estado de

Minas Gerais". Mas é verdade também que essa norma é incompatível com a Constituição porque o Supremo já assim o disse e por isso nós indeferiríamos o mandado de segurança".

E complementa o Min. Gilmar Mendes especificamente sobre o Tribunal de Contas da União:

"(...) estou propondo, inclusive, essa solução no caso do Tribunal de Contas da União -, mas penso que poderíamos fazer uma outra abordagem, Presidente, para dizer o seguinte - e Vossa Excelência, de alguma forma, já o fez sem enfatizá-lo: é que, tendo uma jurisprudência clara... Por exemplo, imaginemos que um tribunal de contas faça uma glosa em relação à admissão de servidores, dizendo "não pode o município, ou não pode o estado, ou não pode mesmo a União e suas empresas públicas admitir servidores sem concurso público". Nós vamos dizer que o Tribunal de Contas não pode dizer que essa norma é inconstitucional? Mas há enxurradas de precedentes a propósito do tema! Vamos exigir que esse tema seja judicializado? Então diria, com base naquilo que Vossa Excelência trouxe, que a decisão do CNJ, na verdade, espelha o entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em casos que tais, por exemplo, órgãos com essa autonomia estão apenas aplicando uma jurisprudência, um entendimento já pacífico".

Assim, com base no Voto do Min. Relator Dias Toffoli e do Min. Gilmar Mendes, iniciou-se uma linha de entendimento no STF de que estes órgãos autônomos não estariam autorizados a declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, a não ser quando o tema já estivesse pacificado no STF.

Neste sentido, frisa-se importante passagem do Acórdão, acrescida aos debates pelo Min. Gilmar Mendes:

"Eu até confesso que, num primeiro momento, quando lidei com o tema do Tribunal de Contas da União, a minha tendência era ser peremptório no sentido de que falecia ao Tribunal de Contas da União a competência para declarar a ilegitimidade do ato, propondo então a revogação na superação da nossa Súmula. No caso do Tribunal de Contas da União - e, portanto, dos tribunais de contas -, na verdade temos uma súmula do Tribunal, do Supremo, que autoriza a não aplicar a lei que

considera inconstitucional. A mim, parece-me que talvez agora possamos já fazer uma interpretação, um adendo, para dizer toda vez que estiver simplesmente aplicando, desenvolvendo a jurisprudência já pacífica sobre uma dada temática constitucional”.

Quando o Min. Gilmar Mendes cita “a nossa Súmula”, ele está fazendo referência à Súmula nº 347. O Ministro sugere que o STF aplique interpretação conforme o mérito e entendimento desse caso específico. Ou seja, de que a Súmula nº 347 deve permanecer em vigor e que deve ser aplicada normalmente quando os Tribunais de Contas declararem inconstitucionais leis ou atos normativos cujas matérias já sejam entendidas pelo STF como inconstitucionais.

O caso seguinte, da Petição nº 4.656, foi julgado no dia 19.12.2016 pelo Plenário. A ação foi proposta pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba (SINJEP) contra decisão do CNJ proferida nos autos do procedimento de controle administrativo nº 2009.10.00.0018762, que determinou a exoneração de todos os ocupantes de cargos em comissão a que se refere o art. 5º da Lei estadual paraibana nº 8.223/2007.

A decisão administrativa em referência foi fundamentada pela inconstitucionalidade da lei, que violaria o art. 37, II e V, da Constituição Federal. Parte da fundamentação se dá com a citação do julgamento da ADI nº 3.233, que declarou a inconstitucionalidade total e parcial de leis que haviam criado 192 cargos comissionados de Agente Judiciário de Vigilância, sob fundamento de incompatibilidade com o art. 37, V, da Constituição Federal, visto que o cargo criado não seria de direção, chefia ou assessoramento.

No mérito, o STF, por unanimidade, e, nos termos do voto da Min. Relatora Carmen Lúcia, considerou válida a atuação do CNJ e julgou improcedente o pedido da ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 8.223/2007 do Estado da Paraíba.

O voto da Min. Relatora Carmen Lúcia, que participou do julgamento do Mandado de Segurança nº 26.739, serviu de referência ao Acórdão da PET

nº 4.656 e ampliou o entendimento do julgamento do Mandado de Segurança no Plenário do STF.

Entendeu a Ministra, seguida por todos os seus colegas, que o CNJ atua dentro do limite de suas prerrogativas, nos moldes do art. 103-B, §4º, II, da Constituição Federal, quando deixa de aplicar lei inconstitucional, mesmo sem o pronunciamento anterior do STF.

A premissa utilizada pela Min. Carmen Lúcia é através da citação do jurista Hely Lopes Meirelles, quanto à possibilidade de o Presidente da República deixar de aplicar leis que entenda como inconstitucionais. A partir desse pressuposto, a Ministra então aplica aos órgãos administrativos autônomos — entre os quais ela cita o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público — esse poder implícito como integrante do seu controle administrativo, para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Neste sentido, ressalta-se trecho da ementa:

"Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho".

Portanto, o STF autorizou o CNJ a realizar controle de constitucionalidade incidental/difuso através de decisão plenária do Conselho, com efeito *interpartes*. Contudo, abriu-se margem para que a não aplicação de determina lei ou de determinado ato administrativo se desse também para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência. Nesse sentido, o voto da Min. Carmen Lúcia:

"Nesses termos, concluída pelo Conselho Nacional de Justiça a apreciação da inconstitucionalidade de lei aproveitada como fundamento de ato submetido ao seu exame, poderá esse órgão constitucional de controle do Poder Judiciário valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos constitucionalmente à

sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal no qual se baseia por contrariar a Constituição da República.

(...)

O exercício dessa competência implícita do Conselho Nacional de Justiça revela-se na análise de caso concreto por seu Plenário, ficando os efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente constatada limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional”.

Destaca-se que a Min. Relatora não considera ter havido um controle de constitucionalidade propriamente dito, já que não houve anulação ou revogação da lei discutida, com exclusão da sua eficácia. Considerou-se, nos termos da Ministra, a nulidade de atos administrativos pela inaplicabilidade de lei com vício de inconstitucionalidade:

“Importante realçar não significar essa atuação do Conselho Nacional de Justiça reconhecer-lhe competência para declarar inconstitucionalidade de norma jurídica, menos ainda atribuir efeito erga omnes à inconstitucionalidade assentada no julgamento do processo administrativo, por não resultar em anulação ou revogação da lei, cuja vigência persiste”.

Tanto é que a Min. Carmen Lúcia acaba por citar o Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372/CE (único precedente que ensejou a Súmula nº 347), no qual ela entende ter sido feita a diferenciação entre a declaração de inconstitucionalidade e a não aplicação de leis inconstitucionais.

Por fim, entenderam os Ministros, de maneira unânime, que o CNJ possui competência para afastar a aplicabilidade de determinada norma, com fundamento em sua inconstitucionalidade, especialmente quando a matéria já se encontra pacificada no STF. Sobre este último ponto, o trecho do voto do Min. Edson Fachin aponta:

“Além disso, parece-me que o voto de Vossa Excelência bem delimita a atribuição e o exercício que fez dessa atribuição o Conselho Nacional de Justiça. Trata-se, na verdade, de aplicar o que este Tribunal já declarou inconstitucional, portanto, aplicar uma nulidade

constitucional que este Tribunal já reconheceu em diversos precedentes”.

No mesmo sentido, tem-se o trecho do voto do Min. Luiz Fux:

“A manifestação prévia desta Suprema Corte a respeito da inconstitucionalidade da matéria posta a exame pelo Conselho Nacional de Justiça não constitui requisito indispensável para possibilitar o afastamento da norma, mas poderá servir de ônus argumentativo sólido para potencializar a fundamentação analítica do necessário afastamento da incidência da norma no caso concreto”.

Além do que já foi abordado sobre a atuação dos Tribunais de Contas, outras duas passagens devem ser ressaltadas. A primeira do voto do Min. Marco Aurélio²⁴, que justifica a sua decisão no presente caso com base em precedente no qual esteve envolvido ato do Tribunal de Contas União. E também no voto do Min. Gilmar Mendes, em que cita a Súmula nº 347²⁵, que diz respeito apenas aos Tribunais de Contas, para acompanhar a relatora.

Cerca de dois anos após o julgamento da PET nº 4.656 pelo Plenário do STF, a Segunda Turma do Tribunal deu um passo atrás no entendimento proferido – de que o CNJ poderia deixar de aplicar lei que repute

²⁴ A Lei Maior é a Constituição Federal. De há muito, o Supremo assentou que órgão algum da Administração Pública está compelido a observar lei conflitante com a Carta da República. Reporto-me a precedente da lavra do ministro Victor Nunes Leal, no qual envolvido ato do Tribunal de Contas da União. Partindo dessa premissa, o Conselho Nacional de Justiça, órgão estritamente administrativo, atuou à luz do disposto no artigo 37 da Constituição Federal e procedeu a glosa, não em processo objetivo, alusivo a controle de constitucionalidade de certa lei, mas de nomeações realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Atuou em sintonia com o Diploma Maior. Isso leva a julgar improcedente não a ação, que entendo ser o ato de vir ao protocolo do Tribunal, mas o pedido formalizado na inicial.

²⁵ Trecho do Acórdão da PET nº 4.656, páginas 78 e 79: “A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (PRESIDENTE E RELATORA) - No Tribunal de Contas, nós chegamos a tratar desse assunto. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Onde temos a Súmula 347 que, há muito tempo, autoriza o Tribunal de Contas a proceder a esse controle. E também há discussões sobre se essa competência hoje seria justificável. Nos debates que tivemos na Turma, a partir de um caso da relatoria do ministro Dias Toffoli, chegou-se a encetar - acho que Vossa Excelência estava presente até na discussão e já foi mencionado - que embora não fosse uma competência originária para afastar, em casos atípicos, a inconstitucionalidade, mas seria indiscutível naqueles em que, de fato, já houvera pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ou sobre a questão - como ocorreu aqui, de alguma foram, porque houve uma ADI - , ou sobre o tema, por exemplo, os casos dos tribunais de contas, quando se pronunciam sobre a necessidade de concurso público para determinadas funções. Então, pelo menos, fez-se esse distinguishing sem adentrar a possibilidade genérica desses órgãos fazerem controle de constitucionalidade, ou negar a aplicação da lei, mas, pelo menos, naqueles casos em que o entendimento é pacífico, já chancelado ou validado pelo Supremo Tribunal Federal e é o que ocorreu, nesse caso, no CNJ. De modo que me parece que essa explicitação é necessária. E nós temos um caso - acho que da minha relatoria, que é um mandado de segurança, que até esteve em pauta, 25.888 - que envolve aquele célebre decreto da Petrobras”.

inconstitucional – e voltou a aplicar apenas a tese de matérias já pacificadas no próprio STF, como ocorreu no julgamento do MS nº 26.739.

Assim, é importante ressaltar que o julgamento do Mandado de Segurança nº 29.002, além de ser um ponto chave na evolução do entendimento do controle realizado pelo STF sobre o CNJ, também se mostra significativo para o presente trabalho, vez que se utilizou de precedentes monocráticos envolvendo o Tribunal de Contas da União, especificamente, para mudar o posicionamento anteriormente adotado. Destaca-se o julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.924, também realizado pela Segunda Turma no dia 29.11.2019, no mesmo sentido.

Chama a atenção o fato de os dois casos terem limitado o CNJ conjuntamente com a divergência do entendimento referente à (in)constitucionalidade alegada. Isso significa que, tanto no MS nº 29.002, que discutia a devolução do “auxílio-voto”, como no Agravo Regimental em MS nº 28.924, que discutia a compatibilidade da Resolução nº 01/1992 do TJBA com a Constituição Federal, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu contra as decisões do CNJ, enquanto no MS nº 26.739 e na PET nº 4.656 ocorreu o contrário.

É que a mudança jurisprudencial é perceptível, ainda que seja aceita a tese de matéria já julgada inconstitucional pelo STF. No voto do Min. Relator do MS nº 29.002, por exemplo, a alteração do entendimento sobre a matéria fica clara:

"Antes de mais nada, consoante já tive a oportunidade de pontuar, saliento não competir ao Conselho Nacional de Justiça, mesmo em pretense controle da legalidade dos atos do Poder Judiciário, emitir qualquer juízo acerca da constitucionalidade de norma em face de dispositivo ou princípio constitucional. Em julgamento plenário, este Supremo Tribunal Federal já afirmou que o controle de constitucionalidade de ato normativo ou lei não pode ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, pois a Constituição da República confere essa competência, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal.

(...)

Admite-se exceção a essa regra apenas na hipótese de jurisprudência já pacificada nesta Suprema Corte acerca do tema, conforme já tive oportunidade de consignar”.

Nos dois casos supracitados — MS nº 29.002 e MS nº 28.924 AgR —, que foram julgados pela Segunda Turma, o resultado foi o mesmo. Enquanto a maioria da Turma decidiu contra o CNJ, entendendo que a apreciação de (in)constitucionalidade não poderia se dar por um órgão que tem como natureza jurídica a administrativa, o Min. Edson Fachin foi voto vencido, entendendo que (i) não houve qualquer usurpação de competência pelo CNJ, e que (ii) o controle de constitucionalidade é coisa distinta de deixar de aplicar lei considerada inconstitucional, competência última que órgãos administrativos detém.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Min. Edson Fachin abre dissidência dos demais votos juntados partindo de premissas aplicáveis aos próprios Tribunais de Contas, como ele mesmo cita no voto do MS nº 29.002:

“Essa conclusão é importante para que se reconheça na atuação do Conselho Nacional de Justiça uma semelhança com as atribuições do próprio Tribunal de Contas. É por essa razão que o e. Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADI aqui já referida, entendeu que o Conselho Nacional de Justiça ostenta natureza de órgão de controle interno do Poder Judiciário. Por isso, é preciso reconhecer similitude entre os procedimentos de controle administrativo adotados pelo Conselho Nacional de Justiça e os processos de prestação de contas no âmbito do Tribunal de Contas da União: tal como a prestação de contas se dá diretamente entre um órgão da Administração e o próprio Tribunal, o procedimento de controle administrativo pode também ter a função de examinar a legalidade de ato administrativo do Tribunal”.

No entanto, o Min. Relator Celso de Mello, no MS nº 28.924 AgR, cita o Tribunal de Contas da União de maneira distinta. Na realidade, como já foi anteriormente citado, precedentes monocráticos envolvendo o TCU se mostram razões importantes para a mudança de jurisprudência adotada pela Turma quanto à possibilidade de o CNJ realizar controle de constitucionalidade. Nesse sentido:

“Não constitui demasia assinalar, por pertinente, que esta Corte Suprema tem igualmente adotado essa mesma diretriz jurisprudencial em relação ao E. Tribunal de Contas da União (TCU), enfatizando que não se inclui na esfera de competência dessa Corte de Contas a possibilidade de exercer o controle difuso de constitucionalidade, sob pena de usurpação da função jurisdicional (MS 27.743-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – MS 29.123-MC/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – MS 35.490-MC/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, v.g.)” (grifos e itálicos originais).

Com a votação não unânime dessas duas ações, conclui-se que duas correntes teóricas foram formadas na Segunda Turma do STF, entre os anos de 2018 e 2019. A primeira, focada na natureza jurídica administrativa do CNJ, bem como do Tribunal de Contas da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, apoiada pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Carmen Lúcia. E a segunda, de maneira isolada, o Min. Edson Fachin, mantendo uma postura vinculada ao julgamento da PET nº 4.656, no sentido de que ainda que a natureza jurídica destes órgãos seja administrativa, a não aplicação de normas inconstitucionais é legítima.

3. A natureza jurídica dos Tribunais de Contas: uma nova leitura da Súmula nº 347?

No dia 13.04.2021, foram julgados 8 (oito) Mandados de Segurança pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que tinham como objeto principal a discussão do controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal de Contas da União. Trata-se dos Mandados de Segurança nºs 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.812, 35.824 e 35.836, todos sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes, que tratavam da gratificação denominada de “Bônus de Eficiência”.

Os Mandados de Segurança nº 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500 e 35.836, todos impetrados por associações de classe, tinham como objeto impugnado o Acórdão do Tribunal de Contas da União proferido nos autos do TC 021.009/2017-1, instaurado de ofício pelo TCU.

O Acórdão em referência afastou a aplicação a todos os casos do TCU, dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, que tratam do Bônus de Eficiência, sob o argumento de incompatibilidade com o art. 40, *caput* e §§ 1º e 3º, e com princípios da Constituição Federal.

A argumentação do TCU se deu no sentido de poder/dever de afastar a aplicação de lei inconstitucional, com base na Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, o que resultou na suspensão do pagamento de parcela do referido "Bônus de Eficiência" a todos os aposentados e pensionistas.

Em sede de liminar, o Min. Relator Alexandre de Moraes suspendeu os efeitos do Acórdão do Tribunal de Contas entre as partes requerentes dos Mandados de Segurança coletivos e ainda determinou que o órgão se abstivesse de afastar a aplicação da Lei nº 13.464/2017.

Na prática, o Tribunal de Contas da União não deixou de afastar a Lei nº 13.464/2017, o que resultou na impetração dos Mandados de Segurança nº 35.812 e 35.824. O primeiro MS foi impetrado contra 9 (nove) Acórdãos do Tribunal de Contas da União (2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018), e o segundo MS contra os Acórdãos proferidos no processo TC 035.280/2017-4 do TCU, que também afastaram a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, suspendendo o pagamento do Bônus de Eficiência, sob o argumento de inconstitucionalidade.

Nos dois Mandados de Segurança as liminares foram concedidas, determinando ao Tribunal de Contas da União que reapreciasse os Acórdãos impugnados e que, assim, se abstivessem de afastar a aplicabilidade da Lei nº 13.464/2017.

Dessa forma, todos os Mandados de Segurança foram julgados no Plenário do Supremo Tribunal Federal de maneira conjunta, o que significou inclusive a uniformização dos entendimentos dos Ministros, o que será analisado a seguir.

De acordo com a leitura de todos os votos proferidos em sede de julgamento dos Mandados de Segurança referidos, é possível depreender cinco posicionamentos divergentes entre os Ministros, ainda que alguns deles

tenham concedido a segurança. Por exemplo, a maioria do Plenário, composta pelos Ministros Alexandre de Moraes, Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Luiz Fux, seguiu uma *ratio* baseada na natureza jurídica dos Tribunais de Contas, admitindo que, por não serem órgãos jurisdicionais, o controle de constitucionalidade, seja na modalidade difusa ou concentrada, não seria permitido.

O Min. Gilmar Mendes, no entanto, ainda que fundamente seu voto na impossibilidade de órgãos administrativos realizarem controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, argumenta que há obrigatoriedade de toda a Administração Pública observar a jurisprudência pacífica do STF, mesmo que firmada em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Também sob uma *ratio* baseada na natureza jurídica dos Tribunais de Contas se encontra o Min. Edson Fachin, que entende que o TCU assume tarefas quase-jurisdicionais²⁶. A partir dessa natureza jurídica mista, o Ministro entende que existem poderes implícitos, como o de afastar ato ou lei entendido(a) como inconstitucional no caso concreto, desde que realizado pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Esses poderes implícitos, na sua visão, possibilitariam o cumprimento das competências constitucionais destinadas aos Tribunais de Contas.

O Min. Marco Aurélio se pronunciou de maneira similar, ainda que não tenha defendido uma nova interpretação da natureza jurídica dos Tribunais de Contas. O Ministro considera que os Tribunais de Contas não são órgãos jurisdicionais, e assim não podem realizar controle de constitucionalidade em nenhum critério. No entanto, a competência de afastar leis e optar por aplicar a Constituição, na visão do Ministro, não se trata de controle difuso

²⁶ O Ministro cita passagem de Marçal Justen Filho para justificar seu posicionamento. “*Mais do que em qualquer outro caso, é cabível aludir, a propósito do Tribunal de Contas, a uma atuação quase jurisdicional. Essa fórmula se justifica pela forma processual dos atos e em vista da estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento. A fórmula quase jurisdicional é interessante não para induzir o leito a imaginar que a atuação do Tribunal de Contas é idêntica à do Judiciário, mas para destacar como se diferencia do restante das atividades administrativas e legislativas. Nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas*”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1132-1133.

propriamente dito. Nesse sentido, todo órgão administrativo poderia deixar de aplicar uma lei que repute ser inconstitucional.

Parcialmente consonante é o voto da Min. Rosa Weber. Na visão da Ministra, a Constituição Federal não permite que o Tribunal de Contas da União fiscalize a validade de lei em caráter abstrato, mas possibilita o órgão de afastar a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada no STF, pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

A tese mais arrojada é defendida pelo Min. Luís Roberto Barroso, que afirma que toda autoridade administrativa de nível superior pode realizar controle de constitucionalidade incidental. No caso em tela, o Ministro entendeu ter ocorrido controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que não seria permitido a órgãos administrativos.

Assim, os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Luiz Fux, acompanhados dos Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, com ressalvas, concederam as seguranças por entenderem que, no caso concreto, as decisões impugnadas do Tribunal de Contas da União transcendiam os efeitos *inter partes*, por acabarem determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar a lei para todos os demais casos – resultando em uma eficácia *erga omnes* e vinculante.

Já os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio entenderam que o Tribunal de Contas da União realizou mera verificação de compatibilidade da lei com a Constituição Federal, nos termos da Súmula nº 347, o que resultou na não aplicação da Lei nº 13.424/2017 no caso concreto. Nesse sentido, o Min. Edson Fachin defende que seja aplicado o mesmo entendimento expresso no julgamento da PET nº 4.656:

"E, de fato, não parece desbordar de sua competência que a Corte de Contas verifique a compatibilidade dos atos administrativos submetidos à sua análise, com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Aqui, entendo ser aplicável o mesmo entendimento já expresso por este Supremo Tribunal Federal no que concerne às competências do Conselho Nacional de

Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, em especial no julgamento da PET 4.656/PB (Relatora Ministra Carmen Lúcia, Plenário, julgamento em 19.12.2016), em que se distinguiu a não aplicação da lei reputada inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do órgão correccional para, uma vez concluída a apreciação da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador da lei inconstitucional”.

Para o Ministro, o reconhecimento de legitimidade da não aplicação de leis reputadas como inconstitucionais privilegia o princípio da Supremacia da Constituição, o que impediria a permanência de atos flagrantemente contrários ao texto constitucional. Nesse sentido, o Min. Edson Fachin defende a permanência da Súmula nº 347, diferentemente dos Ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, como se verá a seguir.

4. A permanência da Súmula 347

Como foi anteriormente citado, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.812, 35.824 e 35.836, alguns dos Ministros do STF expressaram suas opiniões quanto a permanência da Súmula nº 347 no ordenamento jurídico.

Enquanto o Min. Edson Fachin compreende que a redação da Súmula nº 347 deve permanecer intacta, com interpretação conforme a *ratio* da PET nº 4.656 – isto é, reconhecer aos Tribunais de Contas a possibilidade de, por maioria absoluta de seus membros, deixar de aplicar em caso concreto lei que considere flagrantemente inconstitucional –, os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes se posicionam de maneira antagônica.

Para o Min. Alexandre de Moraes, a invalidade da Súmula nº 347 está baseada na sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. O Min. Relator explica que sob a égide da Constituição Federal de 1988 é inconcebível a hipótese de que um órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional exerça controle de constitucionalidade.

Ademais, argumenta que o exercício da competência jurisdicional pelos Tribunais de Contas acarreta desrespeito à tripartição de poderes e ao

mecanismo de freios e contrapesos, atentando contra (i) o Poder Legislativo como um todo, e principalmente o Senado Federal; e (ii) o Poder Judiciário e principalmente o STF:

“Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e à competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade de o TCU declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (check and balances) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo”.

A afirmação se dá exatamente com base no que o Ministro define como “*transcendência dos efeitos*” do controle difuso exercido administrativamente pelos Tribunais de Contas, vez que não se trataria apenas de um afastamento de lei no caso concreto, mas de impedimento imposto pelo Tribunal de Contas para todos os órgãos da administração a ele vinculados.

Nesse sentido, o Min. Alexandre de Moraes entende ocorrer uma usurpação de competências tanto do STF, pela declaração de inconstitucionalidade se revelar, na prática, com eficácia vinculante e *erga omnes*, e do Senado Federal, que é o único competente para ampliar os efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade:

“Em verdade, nas hipóteses de afastamento incidental da aplicação de lei específica no âmbito da administração pública federal, o Tribunal de Contas da União, por via reflexa, estaria automaticamente aplicando a transcendência dos efeitos do controle difuso e desrespeitando frontalmente a competência para o exercício do controle concentrado reservada com exclusividade ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pelo texto constitucional, pois estaria obrigando, a partir de um caso concreto, toda a administração pública federal a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (efeitos vinculantes). A transformação do controle difuso em concentrado em virtude da

transmutação de seus efeitos, com patente usurpação da competência exclusiva do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, não é admitida em nosso ordenamento jurídico constitucional nem mesmo em âmbito jurisdicional, quanto mais em âmbito administrativo”.

O voto do Min. Gilmar Mendes se alinha ao do Min. Relator Alexandre de Moraes. No entanto, enquanto o Min. Alexandre de Moraes foca principalmente na inconstitucionalidade da transcendência de efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, o Min. Gilmar Mendes realiza uma interpretação mais ampla.

A grande preocupação do Min. Gilmar Mendes foi demonstrar que este debate – possibilidade de órgãos administrativos deixarem de cumprir decisões legislativas com base em inconstitucionalidade – era controverso até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Para o Ministro, desde a adoção do mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, o que deverá prevalecer é a presunção de constitucionalidade das normas.

Dessa forma, sob fundamento da não recepção da Súmula nº 347 pela Constituição Federal de 1988 e da própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o Min. Gilmar Mendes entende que existe a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula nº 347 do STF.

No entanto, em posição oposta à emanada pelo Min. Alexandre de Moraes, o Min. Gilmar Mendes afirma que órgãos administrativos têm o poder/dever de deixar de aplicar leis ou atos administrativos cuja interpretação já tenha se firmado pacífica pelo STF, seja em sede de controle concentrado ou difuso:

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

compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais entes federativos, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Tal interpretação deve ser igualmente entendida pelos órgãos da Administração Pública e também pelos tribunais de contas, como indicativa do sentido normativo-constitucional, mesmo no caso de se tratar de jurisprudência firmada sem eficácia erga omnes e efeito vinculante. Isso porque, na hipótese contrária, já há obrigatoriedade de observância da jurisprudência, na forma do §2º art. 102 da CF”.

Isso significa que o Min. Gilmar Mendes, ainda que defenda o argumento de que a Súmula nº 347 deve ser editada ou cancelada, compreende também que as decisões do STF, proferidas mesmo em sede de controle incidental, possuem eficácia vinculante aos órgãos administrativos. Percebe-se, no fim, que essa visão se alinha com a proferida no RMS nº 8.372, em 1961.

5. Resumo da jurisprudência do STF acerca do tema

Como ressaltou-se, a jurisprudência do STF sobre este tema se mostrou extremamente volátil durante os anos de pesquisa (1963 a 2021). Neste sentido, apresenta-se quadro resumo que sintetiza o posicionamento unânime ou dominante do STF sobre o tema, vejamos:

Tabela 6 – Resumo da jurisprudência do STF acerca do tema

Processo	Data de julgamento	Supremo Tribunal Federal	Posição unânime ou dominante do STF
RMS 18655	23/09/1968	Primeira Turma	Admitiu-se o controle de constitucionalidade difuso pelo tribunal de contas, através de afastamento da norma a partir de interpretação inovada (i.e., não proferida anteriormente pelo Judiciário).
MS 20333	23/09/1982	Plenário	Não aplicabilidade da Súmula nº 347 pela matéria estar fora das competências constitucionais do tribunal de contas, e não porque o controle de constitucionalidade ou o poder de não aplicar normas tidas como inconstitucionais estaria fora das competências dos tribunais de contas.
MS 26739	01/03/2016	Segunda Turma	Admitiu-se o controle de constitucionalidade difuso pelo tribunal de contas/CNJ, através de afastamento

			da norma, desde que o STF já tenha proferido entendimento no sentido da inconstitucionalidade (matéria pacificada no STF).
PET 4656	19/12/2016	Plenário	Admitiu-se o controle de constitucionalidade difuso pelo tribunal de contas/CNJ, através de afastamento da norma a partir de interpretação inovada (i.e., não proferida anteriormente pelo Judiciário).
MS 29002	07/08/2018	Segunda Turma	Admitiu-se o controle de constitucionalidade difuso pelo tribunal de contas/CNJ, através de afastamento da norma, desde que o STF já tenha proferido entendimento no sentido da inconstitucionalidade (matéria pacificada no STF).
MS 28924 AgR	29/11/2019		
MS 35500	13/04/2021	Plenário	Não se admitiu o controle concentrado de constitucionalidade pelo tribunal de contas, tido como o afastamento da norma em todos os casos do tribunal, bem como da ordem de afastamento, realizada pelo tribunal de contas, aos órgãos e tribunais a ele inferiores. Quanto ao controle difuso de constitucionalidade, não houve pronunciamento suficiente (de todos os ministros) quanto a questão, ainda que alguns tenham se posicionado contra e a favor.
MS 35498	13/04/2021		
MS 35494	13/04/2021		
MS 35490	13/04/2021		
MS 35836	13/04/2021		
MS 35824	13/04/2021		
MS 35410	13/04/2021		
MS 35812	13/04/2021		

V. CONCLUSÕES E O DESTINO DA SÚMULA nº 347

Concluída a análise dos acórdãos, aponta-se as principais conclusões resultantes desta pesquisa.

De maneira geral, conclui-se que a resposta à pergunta de pesquisa “*para o STF, os Tribunais de Contas podem realizar o controle de constitucionalidade de leis e de atos administrativos*” varia de acordo com o tempo.

Quanto à análise do RMS nº 8.372/CE, a conclusão preliminar que se aponta é referente ao próprio processo de criação de Súmulas do STF. Ainda que a criação da Súmula nº 347 tenha sido realizada junto com mais 369

Súmulas²⁷, e, portanto, integre a primeira leva de Súmulas do STF, ela foi editada com base em único precedente, o que revela, em si, uma deturpação do próprio mecanismo de edição de Súmulas, uma vez que estas são enunciados da jurisprudência dominante do Tribunal — que se forma a partir de reiteradas decisões sobre determinado tema no mesmo sentido.

Em resposta à pergunta de pesquisa, é possível afirmar que nos anos 60, o STF apenas autorizou os Tribunais de Contas a deixarem de aplicar normas que já haviam sido objeto de controle difuso de constitucionalidade pelo próprio STF.

Esta conclusão se dá especificamente em relação aos motivos da criação da Súmula nº 347, pelo STF. Defende-se que o entendimento sumular se deu não para alargar a competência dos Tribunais de Contas, mas sim do próprio STF, vez que não existia no ordenamento jurídico brasileiro hipótese de critério de controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com a Constituição Federal de 1946, vigente à época, a suspensão da execução de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo STF era competência do Senado Federal.

Assim, ao criar a Súmula nº 347, o STF não conferiu aos Tribunais de Contas a possibilidade de realizar controle de leis ou atos normativos, mas conferiu às suas próprias declarações de inconstitucionalidade, proferidas em sede de controle difuso, efeitos vinculantes aos Tribunais de Contas.

Dessa forma, quando se “invoca” a Súmula nº 347, é necessário que, além de fazer uma interpretação conforme o julgado que a originou, se atente ao contexto histórico de criação do enunciado sumular, que é completamente distinto do atual cenário de controle de constitucionalidade.

Outra conclusão que deve ser ressaltada e entendida como resultado desta pesquisa é a posterior ampliação da interpretação do RMS nº 8.372/CE e, portanto, da própria Súmula nº 347, no RMS nº 18.655, já que a Primeira Turma do STF não considerou a declaração de inconstitucionalidade controversa do TCE-CE como ato ilegal ou abusivo. Isso significa que o

²⁷ As Súmulas 01 a 370 foram todas aprovadas na Sessão Plenária de 13.12.1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 22.11.2021.

controle de constitucionalidade difuso realizado pelo TCE-CE foi chancelado pela Primeira Turma do STF, em 1968, transformando-se, portanto, em um precedente para a atuação dos demais Tribunais de Contas, tornando-os aptos a interpretar a Súmula nº 347 como permissão de realizar controle difuso de constitucionalidade.

Aspecto importante a ser considerado como resultado desta pesquisa é o uso da interpretação conferida pela Primeira Turma do STF à Súmula nº 347 – de que os Tribunais de Contas podem realizar controle difuso de constitucionalidade – por um administrado, neste caso, autor do Mandado de Segurança nº 20.333, e pelo Tribunal de Contas de Goiás, em resposta à ADI nº 1.685.

Conclusão complementar pode ser aferida através da análise da ADI nº 1.685, do MS nº 26.739 e da PET nº 4.656, que revelam a adoção de entendimento do STF pela diferenciação entre “controle de constitucionalidade” e a competência de “não aplicação de leis inconstitucionais”. Nesse sentido, entendeu-se que a Súmula nº 347 não autorizaria os Tribunais de Contas a realizarem controle difuso de constitucionalidade, mas apenas de não aplicar lei que considerem inconstitucional.

Vê-se, no entanto, que a jurisprudência do STF quanto a esta questão é bastante volátil, conforme já havia sido pontuado por Conrado Tristão²⁸. Enquanto no MS nº 26.739 o STF autorizou os órgãos autônomos a deixarem de aplicar normas cujas matérias já haviam sido objeto de controle do próprio STF; na PET nº 4.656, o STF autorizou a não aplicação de leis que o próprio órgão administrativo considere inconstitucional, o que, na prática, permite leitura no sentido de que estes órgãos realizem o controle de constitucionalidade, revelando inconsistência nas decisões do STF sobre esse tema.

²⁸ TRISTÃO, Conrado Valentini. Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: *uma análise a partir dos julgamentos de mandados de segurança*. Tese de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na FGV São Paulo. São Paulo: 2020, pg. 81.

Assim, e em conjunto com a análise do MS nº 29.002 e do MS nº 28.924 AgR, é possível afirmar que o STF vinculou a autorização da atuação dos Tribunais de Contas à sua própria atuação, já que prevaleceu o entendimento de que apenas seria válido o afastamento de norma, por órgãos administrativos, quando o STF já tivesse discutido a mesma matéria e decidido pela inconstitucionalidade.

Nesse sentido, ressalta-se mais um achado importante e que pode vir a ser fruto de pesquisas no futuro. É possível afirmar que nestes casos o STF expandiu o objeto de suas decisões para além das normas, abarcando também "matérias", no sentido de que toda e qualquer norma futura a ser criada pelo Legislativo, que vá contra a jurisprudência do STF, mesmo em sede de controle difuso, poderá não ser executada por órgãos administrativos.

Em síntese, quanto aos Mandados de Segurança recentemente julgados, é possível afirmar que o destino da Súmula nº 347 ainda é incerto. Mesmo que 5 (cinco) Ministros tenham se posicionado de maneira a considerar a Súmula incompatível com o ordenamento jurídico, o que sugeriria um número considerável em favor da revisão ou do cancelamento desta, (i) estes votos foram proferidos em sede de controle incidental de constitucionalidade; e (ii) houve uma consideração distinta entre os Ministros se, neste caso, o que houve foi a realização de controle difuso ou controle difuso com "transcendência de efeitos", o que significa ter eficácia de controle concentrado, ou ainda a mera não aplicação de lei inconstitucional.

Isso significa que, se os Ministros partem de premissas distintas, e é extremamente difícil traçar o posicionamento possível de cada Ministro em eventual proposta de revisão ou cancelamento da Súmula pelo Plenário.

De todo modo, a Súmula nº 347 permanece, pelo menos por ora, vigente, de maneira a continuar sendo utilizada pelos Tribunais de Contas no país. Como no julgamento dos Mandados de Segurança os Ministros não estavam alinhados quanto à dimensão das decisões do Tribunal de Contas da União, e nem chegaram a refutar o fato de o "afastamento" ou de o controle de constitucionalidade ter sido realizado de ofício (ex officio), é possível

afirmar que não houve uma decisão final referente à possibilidade ou não de os Tribunais de Contas continuarem a atuar dessa forma.

Ainda que as decisões proferidas pelo STF caminhem no sentido de que os Tribunais de Contas não podem realizar controle de constitucionalidade, não há uma decisão definitiva sobre o tema.

A grande dúvida que resta sobre este tema particular é o motivo pelo qual a Súmula nº 347 não foi cancelada. Por um lado, se é pela certeza de que não há maturidade do tema para que o STF possa decidi-lo definitivamente, porquanto há imprecisão quanto ao posicionamento do Tribunal ou até abrangência adotada por cada ministro(a), ou, por outro, se é pela incerteza dos ministros quanto à definição do tema numa eventual avaliação sobre a permanência ou não da Súmula, ou se esta deve ser realmente cancelada.

Apenas com o tempo e através de nova pesquisa é que será possível avaliar se o julgamento dos Mandados de Segurança no dia 13.04.2021, pelo STF, realmente impactou a postura dos Tribunais de Contas. No entanto, se for considerado o entendimento lavrado em alguns dos Acórdãos que foram objeto desta pesquisa, de que os Tribunais de Contas devem vincular-se ao que foi decidido pelo STF, mesmo em sede de controle incidental, então existe a possibilidade de a atuação destes órgãos já ser contida, ainda que não de maneira total.

Por fim, indica-se que há lacuna importante neste tema, qual seja, saber como o Tribunal de Contas da União e os demais Tribunais de Contas têm interpretado e aplicado a Súmula nº 347, o que deverá ser objeto de pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24.09.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.685**. Órgão julgador: Plenário. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Julgamento em 23.10.1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.924**. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29.11.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.333**. Órgão julgador: Plenário. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento em 23.09.1982.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.739**. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 01.03.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 29.002**. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 07.08.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.410**. Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.490**. Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.494**. Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.498**. Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.500.** Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.812.** Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.824.** Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35.836.** Órgão julgador: Alexandre de Moraes. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 13.04.2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 4.656.** Órgão julgador: Plenário. Relator: Min. Carmen Lúcia. Julgamento em 19.12.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372.** Órgão julgador: Plenário. Relator: Min. Pedro Chaves. Julgamento em 11.12.1961.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 18.655.** Órgão julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Julgamento em 23.09.1968.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 106.923.** Órgão julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em 26.04.1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia Jurídica – Passo a passo: Projeto, pesquisa, redação e formatação.** São Paulo: Editora Gen, 2015.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração pelo TCU**. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016.

ROSILHO, André Janjácomo. **Tribunal de Contas da União: Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André Janjácomo (Orgs.). **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. São Paulo: Almedina, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TRISTÃO, Conrado. **Controle de constitucionalidade por Tribunais de Contas?** Acesso em: 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-de-constitucionalidade-por-tribunais-de-contas-11032020>.

TRISTÃO, Conrado Valentini. **Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir dos julgamentos de mandados de segurança**. Tese de Mestrado em Direito e Desenvolvimento na FGV São Paulo. São Paulo: 2020.

VILLELA, Mariana. **Finalmente o adeus à Súmula 347 do STF?** Acesso em: 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/finalmente-o-adeus-a-sumula-347-do-stf-28042021?amp>.