

O FUTURO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

ALMEIDA, Thaíse Gonçalves¹

Graduada em Direito – Universidade Alves Faria / Goiânia
Pós-graduanda em Direito Público – Instituto Goiano de Direito / Goiânia

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar que a competência dos tribunais de contas para afastar a aplicação de uma lei a um caso sob o seu exame, por julgá-la inconstitucional, tem sido campo fértil para discussões jurídicas. Existem divergências, retratadas em decisões monocráticas, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, acerca da insubsistência ou não da sua Súmula nº 347, editada na vigência da Constituição Federal de 1946, em sessão plenária realizada em 13 de dezembro de 1963, em razão do monopólio da jurisdição constitucional instituído pela Constituição Federal de 1988. No contexto jurisprudencial da Corte Suprema, há quem defenda a possibilidade desse controle, ao argumento de que existe diferença entre declarar uma lei inconstitucional e afastar a sua aplicação. Para os adeptos dessa corrente, a competência conferida às cortes de contas não infringiria o texto constitucional, porquanto o controle referenciado se daria de modo incidental, portanto, diante de um caso concreto. Por outro lado, ecoam vozes contrárias ao exercício dessa atribuição, sob a justificativa de que apenas o Poder Judiciário é quem pode dizer se determinada lei é ou não compatível com a Constituição. Conquanto a questão careça de pacificação, demonstrar-se-á que a interpretação que intenta retirar essa competência dos órgãos de controle redundaria em inafastável retrocesso.

Palavras-chave: Tribunal de Contas; Controle de Constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that there's been a lot of discussion about the competence of the Courts of Accounts to rule out the application of a law to a case under your scrutiny, declaring it unconstitutional. There are disagreements – found in monocratic decisions of ministers of Brazilian Supreme Court – about a possible unsubsistence of the “Súmula nº 347”, edited in December 13th of 1963, during the validity of the Brazilian's Federal Constitution of 1946. In the jurisprudential context of Supreme Court, there are those who defend the possibility of control, justifying that there is a difference between declaring a law unconstitutional and ruling out its application. For those who defends it, the competence attributed to the Courts of Accounts would not infringe the constitutional text, as the control

¹ Graduada em Direito – Universidade Alves Faria (Unialfa) / Goiânia - GO, Pós-Graduanda em Direito Público - Instituto Goiano de Direito (IGD) / Goiânia - GO, auditora de controle externo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCMGO), advogada – adv.thaisealmeida@gmail.com

would occur incidentally, facing a concrete situation. On the other hand, there are opposite positions to the exercise of this attribution, as they understand that only the Judiciary can determine the compatibility of the law with the Constitution. Under this context, it will be demonstrated that the exclusion of this competence from the Courts of Accounts would lead to an inescapable regression.

Keywords: *Courts of Account; Constitutional review; Supreme Court.*

1. INTRODUÇÃO

A competência conferida aos tribunais de contas para afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei, no exercício do controle das contas públicas, passa por questionamentos no Supremo Tribunal Federal. Um assunto que parecia pacificado, hoje é objeto de intensos debates.

A validade da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963, que reconhecia e legitimava o controle de constitucionalidade difuso exercido pelos tribunais de contas mostra-se ameaçada.

Conquanto isolados, surgem entendimentos, no âmbito da Suprema Corte, que pendem pelo reconhecimento da insubsistência do referido enunciado sumular, sob o fundamento de que ele não estaria conforme a Constituição Federal de 1988. Com base nesse posicionamento, registram-se algumas decisões liminares concedidas no bojo de processos que objetivam afastar essa competência dos órgãos de controle externo.

Por outro lado, há os que defendem que o seu conteúdo é compatível com a atual ordem constitucional, de modo que os órgãos não jurisdicionais, aí incluídos os tribunais de contas, podem, sim, deixar de aplicar lei que entendem inconstitucionais.

Diante da relevância do tema que afeta diretamente o interesse público, o presente estudo pretende investigar a celeuma a partir dos posicionamentos controvertidos, máxime no campo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. DO TRIBUNAL DE CONTAS NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu artigo 70, *caput*, determina que as fiscalizações contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, serão exercidas, mediante controle externo, pelo

Congresso Nacional. Essa competência se estende ao Poder Legislativo de cada ente político, por força do princípio da simetria constitucional (CHADID, 2019. p. 134).

Conquanto confira a titularidade do controle externo ao Poder Legislativo, o Poder Constituinte originário determinou que o seu exercício se dará com o auxílio dos tribunais de contas, ao que discriminou a atuação e a competência de cada um, conforme se extrai do artigo 71 da CRFB².

Verifica-se, nesse contexto, a existência de atuações coordenadas e distintas entre o Poder Legislativo de cada ente federativo e os respectivos tribunais de contas, como explica Benjamin Zymler:

O controle externo exercido pelo Poder Legislativo desdobra-se em duas vertentes: o controle político, realizado pelas Casas Legislativas, e o controle técnico, que abrange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (ZYMLER, 2012, p. 160).

² Artigo 71 da CRFB - 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 controles político e técnico, no entanto, não são dissociados, mas possuem momentos e focos de atuação diferentes, de forma que o primeiro não pode prescindir do segundo, sendo-lhe estreitamente vinculado (CHADID, 2019, p. 135).

2.1 Da natureza jurídica do Tribunal de Contas

Embora cognominado de Tribunal, o Tribunal de Contas não pertence ao Poder Judiciário. Vincula-se, para efeitos orçamentários e de responsabilidade fiscal ao Poder Legislativo, nos termos do artigo 1º, § 3º, I, “a” da Lei Complementar 101/2000 (LRF), contudo, possui total independência em relação a ele, inclusive realizando fiscalizações e julgando as contas de seus gestores (LIMA, 2015, p. 102).

Duas são as vertentes que buscam estabelecer a natureza jurídica do Tribunal de Contas: a que defende ser ele órgão do Poder Legislativo, sob o argumento de que, na CRFB, está posicionado no capítulo do Poder Legislativo, na LRF, os seus gastos com pessoal são incluídos nos limites do Poder Legislativo e, nas Leis Orçamentárias Anuais, as dotações a ele destinadas estão incluídas no orçamento do Poder Legislativo; a outra o compreende como órgão autônomo e independente, visto que fiscaliza todos os Poderes, não tem subordinação a nenhum deles, suas decisões não podem ser reformadas (apenas anuladas) e possuem iniciativa legislativa e autonomia administrativa (LIMA, 2015, p. 103).

Em que pesem os posicionamentos contrários, prevalece o de que o Tribunal de Contas é órgão autônomo, independente, constitucionalmente delineado, desvinculado de qualquer relação de subordinação com os Poderes, não fazendo parte, tampouco pertencendo ao Poder Legislativo, como bem dissertou Carlos Ayres Brito:

O Tribunal de Contas possui regime jurídico constitucional, o recorte de sua silhueta nasce das pranchetas da Constituição. Assim, não seriam estas casas órgãos do Poder Legislativo e quem diz isso é a própria Constituição, quando, no artigo 44, prescreve que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O Poder Legislativo é formado exclusivamente por suas casas legislativas e o Tribunal de Contas, definitivamente, não se inclui entre elas (apud CHADID, 2019, p. 166).

Nesse sentido, pode-se concluir que o Tribunal de Contas, no Brasil, não se subordina a nenhum outro órgão ou poder, “sendo, portanto, inadequada e imprópria a utilização da expressão ‘órgão auxiliar do Poder Legislativo’, que não consta em parte nenhuma na Constituição” (LIMA, 2015, p. 106).

2.2 Da natureza das decisões do Tribunal de Contas

Jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei perante uma situação controvertida (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 106). É o poder de dizer o direito por quem detém tal poder (FERNANDES, 2016, p. 122).

Existem duas visões antagônicas a respeito do tema: uma que reconhece e delimita a jurisdição dos Tribunais de Contas, outra que lhe nega a existência (FERNANDES, 2016, p. 120).

À última corrente filia-se José dos Santos de Carvalho Filho, para quem as deliberações dos tribunais de contas têm caráter eminentemente administrativo. Posiciona-se o citado autor:

O termo julgar no texto constitucional não tem o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício de sua função jurisdicional. O sentido do termo é o de apreciar, examinar, analisar as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativo, a despeito de algumas opiniões em contrário. Por isso, esse exame se sujeita, como qualquer ato administrativo, a controle do Poder Judiciário no caso de contaminado de vício de legalidade, e não tem a definitividade que qualifica os atos jurisdicionais. Autorizada doutrina, aliás, já anotava: “As decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciárias, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1079).

Em sentido diverso é o entendimento de Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, segundo o qual:

Outros, como nós, não conseguem dissociar o termo técnico-jurídico "julgar" com o de "jurisdição", pois esta é, obrigatoriamente, espécie daquele, que é gênero! Quem julga diz o direito, exerce jurisdição.

Aqui cabe uma breve reflexão, sem querer, contudo, imiscuir em questões acadêmicas ou na posição de alguns doutrinadores que, em prejuízo do Direito, desconhecem e não aceitam a jurisdição das Casas de Contas, para saber se quem julga tem jurisdição. E mais, ao julgar as contas dos gestores públicos, esta decisão, quanto ao mérito, é intocável ou susceptível de apreciação pelo Judiciário.

Observa-se que, relativamente ao *meritum causae*, ninguém, nem mesmo o Judiciário, tem competência para determinar que a Corte de Contas, prolatora do decisum, emita outro em substituição ao anterior.

Então, não há como sustentar que o Tribunal de Contas, constitucionalmente criado para controlar os gastos da República, são falecidos de jurisdição, justamente porque eles julgam e o fazem com definitividade. E assim tem que ser, pois, do contrário, seria um absurdo constituir uma instituição, atribuir-lhe competência e, uma vez exercitada, permitir que outro, não técnico e nem constitucionalmente preparado para o mister a ele incumbido, *exempli gratia*, o Judiciário, possa vir e desconstituir o seu julgado (CASTRO, 2005, p. 1).

Ronaldo Chadid (2019, p. 172) enfatiza o equívoco da corrente que defende o monopólio absoluto do Poder Judiciário, já que o texto constitucional prevê casos cuja competência para julgamento foi atribuída a órgão distinto, a exemplo do julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República, que compete exclusivamente ao Congresso Nacional; julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e os ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza, conexos com aquele, que compete privativamente ao Senado Federal, entre outros.

Para além dessa discussão, importante é não perder de vista que o Tribunal de Contas possui competência apreciar e julgar as contas dos seus jurisdicionados, sendo certo que a sua deliberação poderá ser revista pelo Poder Judiciário apenas quanto ao aspecto da legalidade, sendo vedado a esse Poder imiscuir-se em questões de natureza técnica do mérito do julgamento (FERNANDES, 2016, p. 129.).

3. DIGRESSÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade consubstancia-se na verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos com a Constituição (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 573).

São pressupostos do controle de constitucionalidade a supremacia e rigidez da Constituição e o órgão incumbido do seu controle (PINHEIRO, 2009, p. 47).

Quando se fala em rigidez constitucional significa que o procedimento para a alteração da Constituição é distinto, mais severo, dificultoso, do que o procedimento de alteração das normas infraconstitucionais. Trata-se, portanto, a Constituição de norma que se encontra no ápice da escala hierárquica de normas (pirâmide de Kelsen), caracterizada pela sua supremacia em relação aos demais atos do ordenamento jurídico (PINHEIRO, 2009, p. 47).

Relativamente ao órgão incumbido desse controle, a competência será fixada a depender do sistema adotado no país, no caso do Brasil, a jurisdição constitucional é titularizada pelo Poder Judiciário, seja de forma concentrada, hipótese em que competirá ao Supremo Tribunal Federal ou aos tribunais de justiça locais; ou difusa, alcançando todos os órgãos do Poder Judiciário (PINHEIRO, 2009, p. 48).

A partir de diferentes concepções filosóficas, e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade é dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado (MENDES, 2017, p. 1116).

3.1 Do controle de constitucionalidade concentrado, abstrato ou por via de ação

Paulo Bonavides (2008, p. 307) ensina que o sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por intermédio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Cuida-se de um controle direto, em que se impugna perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e consequentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

Esse controle, também conhecido como sistema austríaco, se dá por meio de cinco ações constitucionais, a saber: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), prevista no artigo 102, I, “a”, da CRFB e Lei 9.868/1999; ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva), artigo 34, VII, e 36, III, da CRFB e Lei 12.562/2011; ação direta de inconstitucionalidade por omissão, artigo 103, § 2º, da CRFB e Lei 9.868/1999 (ADO); ação declaratória de constitucionalidade (ADC), artigo 102, I, “a”, da CRFB e Lei 9.868/1999; e ação de descumprimento de preceito fundamental, artigo 102, § 1º, da CRFB e Lei 9.882/1999.

Podem propor essas ações apenas os legitimados elencados no artigo 103 da CRFB, a saber: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O órgão responsável por julgar as aludidas ações é o Supremo Tribunal Federal (STF), em âmbito federal, cujo parâmetro seja a CRFB, e, no âmbito dos Estados, do Tribunal de Justiça local, caso o parâmetro seja a Constituição Estadual.

3.2 Do controle de constitucionalidade difuso, concreto ou por via de exceção

O controle difuso de constitucionalidade, ou também conhecido como controle americano, é aquele que pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal. Assim, qualquer juiz ou tribunal poderá examinar a constitucionalidade de lei ou ato normativo quando haja um caso concreto e que a inconstitucionalidade seja matéria incidental (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 623).

Esse controle assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional (MENDES, 2017, p. 1117).

No modelo referenciado, a pronúncia do Poder Judiciário não se reporta ao mérito da causa, sendo a sentença proferida, no caso concreto, destinada a resolver questão prévia de inconstitucionalidade, não o litígio principal (BULOS, 2011, p. 200).

Dentro do contexto do controle de constitucionalidade por via de exceção é que se insere o importante papel exercido pelo Tribunal de Contas no controle das contas públicas e em defesa do erário, conforme se apresentará doravante.

4. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

A partir das premissas conceituais acima delineadas, passa-se à análise da controvérsia que vem sendo objeto de acalorados debates no meio jurídico: a possibilidade de o Tribunal de Contas da União -e, por simetria, os tribunais de contas estaduais e municipais-, afastar a aplicação de leis, por entendê-las inconstitucionais.

Em princípio, esclarece-se que não compete aos tribunais de contas a declaração de inconstitucionalidade de lei, porquanto essa competência é restrita aos órgãos do Poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, no controle das contas públicas, é a inaplicabilidade da lei que afronta a CRFB, pois deve se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e a não aplicação de leis inconstitucionais, visto que esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado (FERNANDES, 2016, p. 317).

Nesse sentido, pontua Roberto Rosas:

A CF/1988, art. 71 prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da legalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, etc.; e a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões. Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo, são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bittencourt não foge deste ponto quando afirma caber essa declaração a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF (O Controle..., p. 34), encontrando a adesão de Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição, vol. III, p. 263).

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos Tribunais enumerados no art. 92 [...]. Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação, porque 'há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado (RMS 8.372, rel. Min. Pedro Chaves, j. 11.12.1961).

O controle de legalidade dos atos e contratos submetidos à apreciação dos tribunais de contas não se perfaz apenas pelo exame de conformidade de tais atos com a lei em sentido estrito, mas também com todo o direito, no sentido de juridicidade (ROCHA, 1994, p.69).

Considerando que os atos do Poder Público devem se pautar pela lei, com muito mais razão não poderão destoar de preceitos constitucionais. Os tribunais de contas, dessa forma, por meio do controle externo de legalidade, podem recusar a aplicação à lei por entendê-la inconstitucional, sem prejuízo de posterior apreciação pelo Poder Judiciário.

A propósito, essa competência há muito foi reconhecida pela jurisprudência do STF, conforme se verifica da sua Súmula 347, editada em 13/12/1963, segundo a qual “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Há, no entanto, pretensões de invalidar o referido enunciado sumular, sob o argumento de que teria sido editada em 1963, na vigência da Constituição Federal de 1946, tendo como base o artigo 77 (FERNANDES, 2016, p. 314).

É isso que se depreende da liminar deferida no bojo do Mandado de Segurança 29.123 – MC / DF, em que o Ministro Gilmar Mendes considerou que, diante da ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade operada na CRFB, seria questionável a sobrevida da súmula em referência, cujas considerações se transcrevem abaixo:

Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (MS 29.123-MC/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8-9-2010)

Nesse sentido, registra-se, ainda, a decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, nos autos do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, em que se esposou do entendimento de que a Súmula 347 seria insubsistente diante da nova ordem constitucional, leia-se:

(...)

É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretensu argumento de

que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o teor do referido enunciado: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, *mutatis mutandis*, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes): O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”).

(...)

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do CNJ 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. (...) (MS 35410 MC, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/12/2017, publicado em processo eletrônico DJe-018, divulgado em 31/01/2018, publicado em 01/02/2018)

Nada obstante, observa-se que os posicionamentos que negam a referida competência aos tribunais de contas são exarados em sede de decisões monocráticas que não retratam o entendimento conclusivo e definitivo do STF sobre o tema, senão em mero juízo de cognição sumária e precária.

A decisão do Ministro Marco Aurélio de Melo, em apreciação de liminar, no MS nº 31.439 MC/DF, confirma o sobredito e demonstra a divergência da matéria no seio da Suprema Corte, veja-se:

A questão alusiva à possibilidade de este último [no caso o Tribunal de Contas da União – TCU] deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete nº 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional. (MS 31439 MC, Relator (a): Min. Marco Aurélio, julgado em 19/07/2012, publicado em processo eletrônico DJe-154, divulgado em 06/08/2012, publicado em 07/08/2012)

À evidência, tem razão o Ministro Marco Aurélio ao reconhecer que não houve juízo mais aprofundado sobre a Súmula nº 347 capaz de justificar a sua não aplicação, sobretudo em razão de não ter sido o referido verbete revogado formalmente.

Não por outro motivo, o STF, ao julgar o Mandado de Segurança nº 26.739, oriundo do Distrito Federal, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, deliberou sobre a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça afastar a aplicação de determinado ato normativo considerado inconstitucional, quando existir jurisprudência pacífica do STF que ateste a referida inconstitucionalidade. O acórdão foi assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DA FIXAÇÃO DE FÉRIAS EM 60 DIAS PARA SERVIDORES DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL MINEIRA. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO CONSELHO PARA CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DE TRIBUNAL LOCAL. ATO DE CARÁTER GERAL. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. FÉRIAS DE SESSENTA DIAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. Compete ao Conselho Nacional de Justiça “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário” (§ 4º), “zelando pela observância do art. 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário” (inciso II, § 4º, art. 103-B). 2. No caso, a deliberação do CNJ se pautou essencialmente na ilegalidade do ato do Tribunal local (por dissonância entre os 60 dias de férias e o Estatuto dos Servidores do Estado de Minas Gerais). Quanto à fundamentação adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas. 3. Sendo o ato administrativo controlado de caráter normativo geral, resta afastada a necessidade de notificação, pelo CNJ, dos servidores interessados no processo. 4. A conclusão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, das férias coletivas nos tribunais, se aplica aos servidores do TJMG, cujo direito às férias de 60 dias se estabeleceu em normativos fundamentados nas férias forenses coletivas. 5. Ordem denegada. (MS 26739, Relator (a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 01/03/2016, acórdão eletrônico DJe-122 divulgado em 13-06-2016 publicado em 14-06-2016)

No mesmo sentido, restou decidido, na Petição 4.656/PB, que o Conselho Nacional de Justiça pode reconhecer a inconstitucionalidade de leis ao analisar situações específicas, conforme ementa reproduzida a seguir.

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental

na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014. 2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. 3. 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 dos Conselho. 4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário. 5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente. (Pet 4656, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, acórdão eletrônico DJe-278 divulgado em 01-12-2017 publicado em 04-12-2017)

No seu voto, a relatora Ministra Cármen Lúcia consignou que deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional é diferente de declará-la inconstitucional, o que só pode ser feito pelo Poder Judiciário.

Assim, os órgãos de controle administrativo, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça, do Tribunal de Contas da União e dos correlatos, têm sim o “poder implicitamente atribuído” de adotar a prática autorizada na Súmula 347 do STF.

Se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à CRFB, deve afastar a sua aplicação na espécie em foco, “afinal, quem dá os fins, dá os meios”, concluiu a Ministra.

No âmbito do STF, observa-se que a questão permanece em aberto, revestindo-se a matéria de inegável complexidade.

Entretanto, diante da não revogação formal da Súmula 347 do STF, sem embargo das decisões monocráticas que, ressalta-se, não possuem poder vinculante, pode-se afirmar que os tribunais de contas conservam sua competência para deixar de aplicar, em casos submetidos à sua apreciação, de forma incidental, lei que considerar inconstitucional.

Entender de maneira diversa implicaria em negar a competência constitucional atribuída às cortes de contas, para exercerem seu relevante mister no controle de legalidade da atuação do Poder Público. Não se pode cogitar, entretanto, que o controle externo reste adstrito à observância da legalidade estrita, sob pena de caracterizar flagrante retrocesso.

Oliveira (2019) entende que o princípio da legalidade deve ser reinterpretado a partir do fenômeno da constitucionalização. Em sua acertada visão:

(...) com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade e o advento do Pós-positivismo, a atuação administrativa deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei, mas também pelo respeito aos princípios constitucionais, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais.

(...)

Desta forma, a legalidade não é único parâmetro da ação estatal que deve se conformar às demais normas consagradas no ordenamento jurídico. A legalidade encontra-se inserida no denominado princípio da juridicidade que exige a submissão da atuação administrativa à lei e ao Direito (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999) (OLIVEIRA, 2019, p. 39).

A propósito, o STF, partindo da concepção de legalidade no sentido de juridicidade, admitiu ação rescisória (AI 460.439-AgR, Pleno, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 09.03.07) fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, quando o acórdão rescindendo violar expressamente dispositivo constitucional, ao fundamento de que a violação às normas constitucionais deve ser encarada como espécie de violação de lei qualificada (ARAGÃO, 2004, p. 51-64).

Ressalta-se que não se intenta defender a possibilidade de o Tribunal de Contas declarar, em abstrato, inconstitucionalidade de lei, o que compete apenas ao Poder Judiciário detentor da jurisdição constitucional, mas apenas afastar a sua aplicação na hipótese de ela se revelar desconforme com a Constituição.

A questão se torna ainda mais sensível quando se volta os olhos à realidade dos municípios no Brasil. Sabe-se que esses entes políticos, não raras vezes, não detêm a técnica necessária e terminam por criar normas eivadas de vícios de inconstitucionalidade.

Esses vícios são constatados pelo Tribunal de Contas competente quando da análise dos processos submetidos à sua apreciação, seja ato ou contrato, afastando a sua aplicabilidade, no afã de conformar o ato aos ditames constitucionais e, com isso, evitar dano ao Erário.

O controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais de contas, portanto, se revela mais célere e eficaz em comparação com os processos do controle concentrado exercido pelo Poder Judiciário, em razão do momento em que são realizados e da possibilidade de evitar, tempestivamente, que o ato inconstitucional gere aumento de despesa em prejuízo ao ente.

Além disso, evita-se, o aprofundamento da crise vivenciada no Poder Judiciário em razão da alta litigiosidade das demandas em um país em que tudo se resolve por meio de processos judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Tribunal de Contas, em auxílio ao Poder Legislativo, exerce importante papel no controle externo das contas públicas. Trata-se de órgão de inegável relevância no regime republicano, que não se submete ao filtro dos Poderes constituídos.

Estudou-se, neste trabalho, a atual posição da matéria relativa à possibilidade de os tribunais de contas exercerem controle difuso de constitucionalidade de leis, no âmbito da Suprema Corte brasileira, em razão dos questionamentos surgidos acerca da subsistência ou não da Súmula 347 diante do atual cenário constitucional.

Em sede de decisões monocráticas, há ministros que sinalizam pela negativa da validade da referida súmula e outros que a confirmam, no entanto, não se chegou a um consenso definitivo sobre a celeuma.

Não obstante carecer de pacificação, considerando que o enunciado sumular em referência não foi formalmente revogado, conclui-se que os tribunais de contas conservam sua competência, não para declarar leis inconstitucionais, mas sim para deixar de aplicá-las, em caráter incidental, frente a um caso sob seu exame, evitando, assim, prejuízos ao Erário.

Nessa esteira, a competência reconhecida pela Súmula 347 afigura-se como instrumento eficaz para impedir a perpetração de ilegalidades, em sua acepção de juridicidade, na condução da gestão pública e, com isso, evitar prejuízo às finanças públicas.

Destarte, os tribunais de contas, dada a sua especialidade técnica no que respeita as contas públicas, podem contribuir no processo de guarda dos preceitos constitucionais, zelando pela boa aplicação dos recursos públicos ao evitar que, com base em lei flagrantemente inconstitucional, se realize despesas em descompasso com a Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 51-64, abr./jun. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. **Lei de Responsabilidade Fiscal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. Os Tribunais de Contas e sua jurisdição. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 5, n. 52, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=29553>>. Acesso em: 13 out. 2019.

CHADID, Ronaldo. **A Função Social do Tribunal de Contas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas.** 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

PINHEIRO, Bruno. **Controle de Constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.