

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA REAVALIAÇÃO DA SÚMULA N. 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

Valdiney de Sales Santana<sup>2</sup>

## SUMÁRIO

Introdução. 1. Fundamentos do controle de constitucionalidade 2. A evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro após a edição da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal 2.1. Constituição de 1946 2.2. Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 1/69 2.3. Constituição de 1988 3. Uma reavaliação da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição Federal de 1988 3.1. A inexistência de legitimação ativa dos Tribunais de Contas para o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal 3.2. As competências do Tribunal de Contas na Constituição de 1988 e o controle de constitucionalidade 4. O controle de constitucionalidade no Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Conclusão. Referências.

## RESUMO

A pesquisa visa avaliar se a orientação vazada no enunciado de Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, que permite ao Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo poder público, encontra-se congruente com a Constituição Federal de 1988. Desde a edição da Súmula n. 347, sob a égide da Constituição de 1946, o controle de constitucionalidade passou por uma expressiva evolução. O controle difuso, previsto inicialmente na Constituição de 1891, cedeu espaço ao moderno controle concentrado de constitucionalidade, que encontra seu ápice na Constituição de 1988. Apesar de congregarem conjuntamente na atual Carta, destaque maior é conferido ao do modelo concentrado exercido perante o Supremo Tribunal Federal. Diante deste contexto, foi realizado o cotejo dos fundamentos da Súmula n. 347 com a atual sistemática de controle de constitucionalidade prevista na Constituição de 1988, permitindo visualizar uma possível superação dos fundamentos que serviram de base à sua edição. Todavia, a ausência de legitimação ativa para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Feral na Constituição de 1988 reforça o argumento de que, não obstante inexistir previsão expressa para o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, essa competência estaria implícita no texto constitucional. O tema, após decisão liminar exarada no Mandado de Segurança n. 25888 MC/DF, passou a ser debatido entre os

---

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, da Especialização em Controle Externo e Governança Pública, do Instituto Brasiliense de Direito Público.

<sup>2</sup> Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Goiás - TCEGO. Graduado em Direito pela Escola Superior Associada de Goiânia – ESUP. Advogado. E-mail: vsalessantana@gmail.com.

doutrinadores e, inclusive, dentro do próprio Tribunal de Contas, a exemplo do que ocorrera no Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Tribunal de Contas. Competência. Súmula n. 347. Reavaliação.

## INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas, órgão de estatura constitucional, autônomo administrativa e financeiramente em relação aos Poderes constituídos do Estado, tem por atribuição o exercício, em auxílio ao Poder Legislativo, do controle externo da Administração Pública, cujo elenco de atribuições encontra-se disciplinado no art. 71 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em capítulo conferido ao Poder Legislativo.

Dentre as competências reservadas às Cortes de Contas, destaca-se no cenário atual, a de apreciar, no exercício de suas atribuições, a constitucionalidade de leis e atos do poder público, com a possibilidade de negar-lhes aplicação quando incompatíveis com os princípios e normas constitucionais.

Entretanto, tal atribuição não se encontra expressamente prevista na Constituição Federal de 1988. Tem seu fundamento de validade na Súmula n. 347<sup>3</sup> do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 13-12-1963, sob a égide da Constituição de 1946.

Em vista deste panorama jurídico-normativo, surgiu no Supremo Tribunal Federal uma linha jurisprudencial propondo a revisão do Enunciado de Súmula n. 347, no sentido de se reavaliar a sua subsistência, levando-se em conta a atual sistemática de controle de constitucionalidade introduzida pela Constituição Federal de 1988, que valorizou, sobremaneira, o controle abstrato de normas, sobretudo pela ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como pela criação de novas ações de controle abstrato, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 347. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

Defensor da tese supra, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes suspendeu, em decisão liminar exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 25888 MC/DF, os efeitos de decisão do Tribunal de Contas da União – TCU, consubstanciada nos Acórdãos n. 1.498/2004 e 1.767/2005, que determinou à empresa Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS a observância do estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.666/93 no que se refere às modalidades de licitação e seus respectivos limites, por considerar inconstitucionais o art. 67 da Lei n. 9.478/97<sup>4</sup> e o Decreto n. 2.745/98<sup>5</sup>, que tratam do procedimento licitatório simplificado aplicável à PETROBRAS.

Em suas razões de decidir o Ministro Gilmar Ferreira Mendes asseverou que

até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

<sup>5</sup> BRASIL. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 25 ago. 1998. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1/1998-decretos> >. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25888 MC / DF – Distrito Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Impetrado: Tribunal de Contas da União.

Destarte, a conformação da competência atribuída às Cortes de Contas ao modelo constitucional atual, notadamente, a de exercer o controle de constitucionalidade dos atos submetidos à sua apreciação, e julgamento no âmbito de sua jurisdição, interessa tanto aos atores políticos que promovem atos materiais em execução às leis aprovadas pelo Poder Legislativo, quanto à sociedade, detentora da coisa pública e beneficiária direta ou indiretamente da ação estatal submetida ao controle dos Tribunais de Contas, a demonstrar a relevância política e social da pesquisa proposta.

A revisitação da competência atribuída às Cortes de Contas na Súmula n. 347 pelo Supremo Tribunal Federal abre ensejo ao debate doutrinário da matéria, bem como dentro das próprias Cortes de Contas, a exemplo do que ocorrera recentemente no Tribunal de Contas do Estado de Goiás, quando da apreciação dos autos do processo de nº 201200047003232, que trata do Incidente de Inconstitucionalidade referentes às Leis estaduais n. 11.280, de 4 de julho de 1990, e n. 17.513, de 27 dezembro de 2011<sup>7</sup>, razões que motivaram a escolha do tema em questão.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, avaliar se a orientação vazada no Enunciado de Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal encontra-se congruente com a Constituição Federal de 1988, valendo-se dos escritos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria, cujo desenvolvimento predominantemente bibliográfico poderá fornecer subsídios fáticos e jurídicos capazes de analisar o tema proposto, dado o seu caráter teórico-argumentativo.

Para tanto, serão analisados os fundamentos do controle de constitucionalidade; a evolução do controle de constitucionalidade de constitucionalidade no direito brasileiro desde a edição da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, sob a vigência da Constituição de 1946 até a Constituição de 1988; os fundamentos utilizados para edição da Súmula n. 347; as competências do Tribunal de Contas na Constituição de 1988, bem as discussões ocorridas no Tribunal de Contas do Estado de Goiás em torno do tema.

---

Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJ 29/03/2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisões Monocráticas. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>7</sup> GOIÁS. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Processo n. 201200047003232, que trata do Incidente de Inconstitucionalidade referentes às Leis estaduais n. 11.280, de 4 de julho de 1990, e n. 17.513, de 27 dezembro de 2011. Disponível em: < <https://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=276784> >. Acesso em 18 jan. 2017.

Possivelmente, pode-se afirmar como hipótese à problemática apresentada que as Cortes de Contas detêm competência para o exame da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, ainda que um novo panorama de controle de constitucionalidade tenha sido instaurado pela Carta Republicana de 1988. O fundamento para o exercício deste controle encontrar-se-ia inserido implicitamente nas competências ordinárias do Tribunal de Contas fixadas no texto constitucional.

Todavia, esse entendimento não é unânime entre os doutrinadores. Há quem defenda o inverso, no sentido de que se encontra superada a Súmula n. 347, conforme será demonstrado neste estudo.

## 1. FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A supremacia e a rigidez constitucional são condições fundamentais à existência do controle de constitucionalidade em qualquer ordenamento jurídico. Dirley da Cunha Júnior chega a enfatizar que esses atributos “constituem pressupostos indeclináveis do controle de constitucionalidade, de modo que inexistirá este inexistindo aqueles”.<sup>8</sup>

Nessa linha, o reconhecimento da superioridade da Constituição em relação às demais normas jurídicas é que legitimam os mecanismos de defesa do organismo constitucional.

O procedimento especial e mais rigoroso exigido para a modificação da Constituição do que para as demais normas do ordenamento jurídico, configura a rigidez do texto constitucional. Sobressai, daí, que as normas infraconstitucionais não possuem aptidão para modificar a Constituição, devendo, então, com ela ser compatível sob pena de invalidade frente à norma suprema, por força mesmo do princípio da supremacia.

Apontam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento que

o conceito de rigidez constitucional foi proposto por James Bryce<sup>9</sup>, para quem a característica específica dessas constituições “reside no fato de que estas constituições possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado, e podem ser alteradas através de método diferente daquele através

---

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 42.

<sup>9</sup> BRYCE, James, (1838-1922). Jurista e diplomata britânico nascido em Belfast, Irlanda do Norte, que entrou para a história como defensor intransigente do liberalismo, e por suas críticas a intervenção do Reino Unido na África do Sul. Foi formado em direito (1862) no Trinity College, Oxford, onde também se doutorou (1870). Até 1893 lecionou direito civil na mesma instituição, onde fundou com Lord Acton a revista *English Historical Review* (1885).

dos quais as outras leis podem ser editadas ou revogadas”.<sup>10</sup>

Leciona Luís Roberto Barroso no tocante à rigidez constitucional que

para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.<sup>11</sup>

Assevera-se que a rigidez não tem por finalidade impedir a alteração do texto constitucional, tornando-o imutável. O seu objetivo, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento “é tornar mais estáveis os princípios fundamentais e a estrutura básica do Estado, permitindo a sua alteração apenas quando apoiada por uma expressiva maioria da sociedade, e não por qualquer maioria eventual”.<sup>12</sup>

Preleciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que “a Constituição brasileira de 1988 é do tipo rígida [...]”.<sup>13</sup> Isso porque para a Constituição ser emendada exige-se que a proposta seja apresentada por, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, e deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme prescrevem os arts. 60, I e II e § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessarte, a rigidez é atributo que está intimamente relacionado ao princípio da supremacia da Constituição, podendo-se afirmar que a supremacia constitucional é imposta pela rigidez que se atribuí a seu texto.

Ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que

a supremacia fixa o *status* hierárquico máximo da Constituição no conjunto

<sup>10</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 56.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1 e 2.

<sup>12</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 57.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

de normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário.<sup>14</sup>

Sobressai daí a concepção, prevalente entre nós, de que o ordenamento jurídico está hierarquicamente organizado e em cujo topo se encontra a norma fundamental, que dá vida e sentido a todo o sistema.

A respeito disso, Luís Roberto Barroso assinala que a “*supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas”.<sup>15</sup>

A existência desse escalonamento normativo para Alexandre de Moraes é “pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo”.<sup>16</sup>

Relativamente, ainda, aos fundamentos do controle de constitucionalidade Pedro Lenza destaca que a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade é igualmente requisito essencial e fundamental para o controle.<sup>17</sup>

A Constituição mesmo é que estabelecerá quais serão os órgãos encarregados da defesa do organismo constitucional, mediante o controle de constitucionalidade. Tal atribuição poderá estar expressa ou implicitamente prevista na Constituição, conforme ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior.<sup>18</sup>

Ratifica, ainda, o supracitado autor que

esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Poder Judiciário como situar-se fora dela. O importante é que tenha competência para exercer

---

<sup>14</sup> Id. Ibid., p. 62.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1,2.

<sup>16</sup> MORAES, op. cit., p. 721.

<sup>17</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

<sup>18</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 42.

o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.<sup>19</sup>

No Direito brasileiro todos os juízes e Tribunais são competentes para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Todavia, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a competência máxima, na condição de guardião da Constituição, de invalidar, com efeitos extensíveis a todos, lei ou ato normativo federal ou estadual contrários à Constituição, conforme dicção do art. 102, inciso I, alínea “a” e § 2º da Constituição Republicana de 1988.

Nesse particular, está-se a falar da jurisdição constitucional, que pode ser compreendida como a aplicação direta ou indireta da Constituição pelos órgãos do Poder Judiciário.

Acerca do conceito de Jurisdição Constitucional, Luís Roberto Barroso ensina que

*jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.<sup>20</sup>

Nada obstante o Brasil ter adotado, em regra, o controle judicial de constitucionalidade, a aplicação e defesa da constituição não está restrita aos órgãos que compõe o Poder Judiciário. Há, também, no direito brasileiro, a despeito de certas peculiaridades, controle de constitucionalidade pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Conforme anotação realizada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento

o controle de constitucionalidade deve ser efetuado por todos os poderes do Estado, não apenas pelo Poder Judiciário. O controle realizado pela Administração Pública e pelo Legislativo é denominado *controle político*, em oposição ao controle judicial, realizado pelo Judiciário no contexto da prestação jurisdicional.<sup>21</sup>

Em sua contribuição sobre o tema, Luís Roberto Barroso destaca que

no Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra

<sup>19</sup> Ibid., p. 43.

<sup>20</sup> BARROSO, op. cit., p. 3.

<sup>21</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 30.

final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma —, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo — e. g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade — como no do Poder Legislativo — e. g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.<sup>22</sup>

A par disso, cogita-se, também, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo negar aplicação à lei considerada inconstitucional, porém esse assunto será tratado em ponto específico e em paralelo com a competência atribuída aos Tribunais de Contas de apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.

## **2. A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A EDIÇÃO DA SÚMULA N. 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A evolução do controle de constitucionalidade brasileiro a partir da edição da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal é essencial para compreensão do contexto jurídico-normativo em que foi conferida às Cortes de Contas a competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

A partir da visualização desse cenário poder-se-á realizar as indagações pertinentes à subsistência ou não dessa competência ante a evolução do controle de constitucionalidade promanada pela Constituição Federal de 1988.

### **2.1. Constituição de 1946**

Aprovada em 13 de dezembro de 1963, sob a égide da Constituição de 1946, a Súmula n. 347 teve como precedente decisão exarada em Recurso de Mandado de Segurança n. 8.372 – CEARÁ<sup>23</sup>, em que se discutia a negativa de registro pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará de aposentadoria de Delegado de Polícia Substituto.

O Relator, então Ministro Pedro Chaves, ao negar provimento ao recurso, mantendo na espécie a decisão do Tribunal de Justiça que confirmou o entendimento do Tribunal de Contas, considerou escapar à competência específica das Cortes de Contas a declaração de

---

<sup>22</sup> BARROSO, op. cit., p. 43.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federa. RMS 8372 / CE - CEARÁ. Recurso em Mandado de Segurança. Recorrente: José Maria Catunda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Pedro Chaves. DJ 26/04/1962. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2017

inconstitucionalidade da lei. Todavia asseverou o Relator que 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.

Vigorava nesse contexto o controle difuso de constitucionalidade das leis, inaugurado no Brasil com a Constituição Republicana de 1891, sobre forte influência do constitucionalismo norte-americano. Apontam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que a influência desse direito “sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 [...]”.<sup>24</sup>

O modelo difuso de controle de constitucionalidade ficou conhecido após decisão exarada pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, quando pelo voto do Presidente daquela Corte, *John Marshall*, se estabeleceu a legitimidade da não aplicação de lei pelo Judiciário quando reputada por inconstitucional.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso,

*Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa.<sup>25</sup>

Em linhas gerais, o controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal em sua atividade precípua de dizer o direito no caso concreto. É incidental, pois o objetivo da causa não é a declaração de inconstitucionalidade em si, mas sim uma pretensão resistida, um bem da vida submetido à proteção judicial. Assim, para a resolução da questão posta perante o Poder Judiciário deverá o juiz ou Tribunal, antes de entregar a prestação jurisdicional devida, se debruçar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma apresentada de forma incidental.

Ao lado da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para julgar, em

---

<sup>24</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1059.

<sup>25</sup> BARROSO, op. cit., p. 5.

Recurso Extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Juízes ou Tribunais: a) quando a decisão for contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; previu, ainda, o texto constitucional de 1946, a cláusula de reserva de plenário – art. 200, ao estabelecer que somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

Conforme lecionam de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>26</sup> a Constituição de 1946 também previu a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, comando contido em seu art. 64, hipótese, essa, prevista, inicialmente, na Constituição de 1934.<sup>27</sup>

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946 foi introduzido o controle abstrato de normas no direito brasileiro. A Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, deu nova redação a alínea “k” do inciso I do art. 101, estabelecendo como competência originária do Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento de representação de inconstitucionalidade formulada pelo Procurador-Geral da República.

Agora, desvinculado do caso concreto, atribuíam-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para, abstratamente, fiscalizar a constitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual. Diz-se, ainda, controle concentrado de normas, pois a legitimação para essa via de controle, foi atribuída a um único órgão.

Acerca do controle abstrato de normas, preleciona Alexandre de Moraes que

por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem

<sup>26</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1064.

<sup>27</sup> Essa atribuição foi mantida na Constituição de 1988 (art. 52, X), porém, conforme defende Gilmar Ferreira Mendes, teria sofrido mutação constitucional, e se tornado desnecessária, funcionando tão somente como um “comunicado” da decisão do STF. Assim “se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se comunicação àquela casa legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*”. (LENZA, op. cit., p. 281)

ser baseadas em normas inconstitucionais.<sup>28</sup>

Nesse modelo o objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade. A preocupação não é mais a garantia de um direito subjetivo da parte, como ocorre no modelo difuso. A preservação da ordem jurídica por meio da obstacularização dos efeitos da lei é, portanto, a essência do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Além disso, o art. 19 da Emenda Constitucional nº 16/65, acresceu ao art. 124 da Constituição de 1946 o inciso XIII, autorizando a implementação de processo de controle abstrato de normas estaduais e municipais em face das constituições dos Estados, no respectivo Tribunal de Justiça.

## **2.2. Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 1/69**

A Constituição de 1967 não inovou em matéria de controle de constitucionalidade, mantendo inalterado, tanto o controle difuso quanto o controle abstrato de constitucionalidade, com as inovações introduzidas na Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional nº 16/65.

Assim, manteve-se a cláusula de reserva de plenário (art. 111); o controle abstrato de normas mediante representação do Procurador – Geral da República (art. 114, I, “1”); o controle difuso no Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário (art. 14, III); a suspensão pelo Senado Federal de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 45, IV).

Todavia, como prelecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

a Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n. 16/65, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunal de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n. 1/69 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no Município (art. 15, § 3º, d).<sup>29</sup>

Houve, ainda, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 7/77, a introdução da representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, cuja legitimação ativa foi atribuída ao Procurador-Geral da República.

<sup>28</sup> MORAES, op. cit., p. 748.

<sup>29</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1068.

O controle, até então, eminentemente difuso, abria ensejo a controvérsias jurisprudenciais, haja vista a necessidade de rediscussão da inconstitucionalidade em cada lide composta perante o Poder Judiciário. Para se evitar a proliferação de demandas, aprovou por bem ao constituinte derivado fixar ao lado da ação da representação de inconstitucionalidade, a representação interpretativa, de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e), cujos efeitos seriam vinculantes ao Poder Judiciário.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário da Justiça de 27 de outubro de 1980,<sup>30</sup> ao regulamentar o procedimento de interpretação das leis, mediante representação do Procurador-Geral da República, definiu que a interpretação fixada na decisão do Supremo teria força vinculante para todos os efeitos.

Nada obstante, referido instituto não foi incorporado pela Constituição de 1988, conforme se verá adiante.

### 2.3. Constituição de 1988

A Constituição de 1988 promoveu substancial modificação no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, experimentado desde a Constituição Republicana de 1891 e reestruturado pela Constituição de 1946.

O controle difuso de constitucionalidade a cargo dos juízes e Tribunais foi mantido. Todavia, foi ao controle abstrato exercido de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal que a Constituição cidadão atribuiu maior destaque.

Isso porque, explica Henrique Pandim Barbosa Machado,

em toda a história constitucional do Brasil pode-se perceber que o controle advindo do *judicial review* norte-americano sempre foi o mais valorizado pelas Constituições, seja porque durante longo período foi o único existente no ordenamento pátrio, seja porque o controle concentrado, quando criado, possuía grandes restrições, principalmente no tocante à legitimidade para propositura.<sup>31</sup>

A evolução do controle de constitucionalidade brasileiro foi tamanha após a Carta

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_1980.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf) >. Acesso em: 16 jan. 2017.

<sup>31</sup> MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. PUC Goiás, 2012. p. 39.

Magna de 1988, que chegou a ser considerado “um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada”.<sup>32</sup>

A mais notável alteração apresentada na Constituição de 1988, no âmbito do controle abstrato de normas, foi a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O monopólio do Procurador-Geral da República, existente desde a Emenda Constitucional nº 16/65, cedeu lugar a uma extensa relação de legitimados à deflagração do controle concentrado, prevista no art. 103, 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.<sup>33</sup>

A legitimidade do Chefe do Ministério Público Federal para deflagração do processo de controle concentrado restou mantida. Agora, com a possibilidade de outros, além do Procurador-Geral da República, provocar o controle, restou obrigatória a sua oitiva em todas as ações de inconstitucionalidade (art. 103, § 1º).

Essa mudança foi tão substancial, que doutrinadores afirmam a superação ou o esvaziamento do modelo difuso incidental de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que

com a introdução desse sistema de controle de normas, com ampla legitimação, e particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.<sup>34</sup>

De modo semelhante, porém, defendendo a utilidade do modelo difuso em vigor,

---

<sup>32</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204.

<sup>33</sup> O Supremo Tribunal Federal preconiza que a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, precisam demonstrar pertinência temática da pretensão formulada – declaração de inconstitucionalidade da lei – com às suas finalidades institucionais. Conf. ADI 202/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2-4-1993 e ADI 902, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22-4-1994.

<sup>34</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1076.

UADI LAMMÊGO BULOS acrescenta que

ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou *reduzindo*, mas não eliminando, o controle difuso. Quer dizer, a competência da jurisdição constitucional ordinária foi, de certa forma, *atenuada*, mas não extinta. Resultado: a inconstitucionalidade das leis e atos normativos passou a ser examinada, na maioria das situações de relevo, pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado). Já os juízes – titulares da jurisdição constitucional ordinária – ficaram, praticamente, limitados, tendo em vista que a Carta de 1988 *esvaziou* o controle difuso de constitucionalidade.<sup>35</sup>

Finaliza, entretanto, o referido autor, afirmando que “isso não nos autoriza a menosprezar o controle difuso no Brasil. Ele está ao dispor para quem desejar obter a decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto”.<sup>36</sup>

Outra importante inovação do constituinte de 1988 foi a introdução de mecanismos de controle da omissão legislativa. Previu o texto constitucional em seu art. 103, § 2º, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão, em ação direta de inconstitucionalidade, instaurada pelos mesmos legitimados do art. 103. Com esse mesmo fim, porém no âmbito do controle difuso e destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, criou-se o mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Foi, ainda, restaurado o controle abstrato de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, suprimido do ordenamento brasileiro pela Constituição de 1967. A instituição pelos Estados da representação de inconstitucionalidade deverá observar o comando inscrito no art. 125, § 2º, da Constituição Republicana de 1988 que vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

A representação interpretativa criada pela Emenda Constitucional nº 7/77, sob a vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, não foi introduzida no novo texto constitucional de 1988. Ação similar foi instituída pelo legislador constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, destinada a dirimir controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Trata-se da ação direta de constitucionalidade – ADC, em cuja decisão produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (art. 102, § 2º).

---

<sup>35</sup> BULOS, op. cit., p. 204.

<sup>36</sup> Id. Ibid.

Novas ações específicas no âmbito do controle concentrado foram introduzidas pela Constituição de 1988. Além da já mencionada ação direta de inconstitucionalidade por omissão, previu o constituinte, originalmente no parágrafo único do art. 102, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, destinada a proteção de preceitos fundamentais.

Relativamente ao tema, Paulo Roberto de Figueiredo Dantas ensina que os preceitos fundamentais podem ser definidos como

princípios e regras da Constituição indispensáveis à caracterização e existência do Estado, notadamente os relativos aos seus princípios fundamentais, a sua estrutura, forma de Estado e de governo, regime político, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e fixação de suas competências, cláusulas pétreas, além dos direitos e garantias fundamentais.<sup>37</sup>

Cabe registrar, ainda, que foi mantida a ação direta interventiva, tendo como legitimado o Procurador-Geral da República, destinada a assegurar à observância pelos Estado e o Distrito Federal dos princípios constitucionais relativos à forma republicana, sistema representativo e regime democrático, aos direitos da pessoa humana, à autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta, bem como diante de recusa à execução de lei federal (art. 36, III).

Demonstrada, portanto, a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, passa-se ao exame da pertinência do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas em face da nova ordem constitucional instaurada em 1988.

### **3. UMA REAVALIAÇÃO DA SÚMULA N. 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como apontado alhures o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 347 em 13 de dezembro de 1963, sob a égide da Constituição de 1946. Vigorava nesse contexto o controle difuso de constitucionalidade, de competência de qualquer juiz ou Tribunal.

Sob esse prisma, para reconhecer ao Tribunal de Contas a competência em destaque, o Supremo Tribunal Federal teve que distinguir, à época, entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois reconhecia a Corte

---

<sup>37</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 241.

Suprema que a declaração de inconstitucionalidade é de competência exclusiva do Poder Judiciário, escapando, portanto, às atribuições do Tribunal de Contas.

Consignou-se, ainda, à época, que a negativa de aplicação de lei inconstitucional é dever de todos os poderes do Estado.

Sob esses fundamentos parece não prevalecer, à primeira vista, a Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, diante da evolução do controle de constitucionalidade demonstrado em tópico anterior, conforme razões lançadas a seguir.

Em primeiro lugar, tem-se, hodiernamente, que, negar aplicação à lei considerada inconstitucional é o mesmo que declarar a sua inconstitucionalidade. Isso porque o efeito prático das duas manifestações será o mesmo, qual seja, o afastamento da incidência da norma no caso concreto.

Explica Flávio Germano de Sena Teixeira ser irrelevante a distinção sobre a natureza da manifestação do Tribunal de Contas, “se declaração de inconstitucionalidade ou negação de incidência por considerar inconstitucional dispositivo de lei”.<sup>38</sup> Para o referido autor “o efeito será o mesmo, seguindo-se uma ou outra orientação: a norma deixará de ser aplicada ao ato apreciado.”<sup>39</sup>

O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de serem semelhantes a declaração de inconstitucionalidade e o afastamento de incidência da norma, mesmo que sem a declaração expressa de sua inconstitucionalidade, para efeito de controle da observância da cláusula de reserva de plenário pelos Tribunais.

Esse entendimento está consagrado na Súmula Vinculante n. 10, dispondo que viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade estaria implícita na decisão que decidiu por afastar a incidência da norma no caso concreto. Consoante fundamentação apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário nº 482090 “ao deixar

---

<sup>38</sup> TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 243.

<sup>39</sup> Id. Ibid.

de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que o acórdão recorrido declarou implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial'.<sup>40</sup>

Em segundo lugar, a tese de que a negativa de aplicação de lei inconstitucional é dever de todos os poderes do Estado, possibilitando, inclusive, que o Chefe do Poder Executivo determine que seus órgãos subordinados deixem de aplicar administrativamente leis e atos normativos que considerem inconstitucionais<sup>41</sup> parece estar em conflito com o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Reclama esse princípio que as normas subconstitucionais sejam presumidas em conformidade com a Constituição. Trata-se, entretanto, de uma presunção relativa (*juris tantum*) que pode ser afastada mediante procedimento específico de controle previsto na própria Constituição.

Nesse sentido, até que seja declarada a sua inconstitucionalidade pelo órgão competente a lei deverá ser considerada constitucional, válida e apta a produzir todos os seus efeitos.

Não se trata, efetivamente, de uma blindagem concedida às normas editadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, no âmbito de suas competências, mas de uma roupagem necessária à preservação do estado de Direito e da separação e harmonia entre os poderes.

Conforme ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, da aplicação do princípio da presunção da constitucionalidade das leis derivam algumas consequências relevantes:

a) a distribuição do ônus argumentativo àquele que impugna a constitucionalidade de uma norma. É preciso que haja fortes argumentos para que se invalide um ato normativo: a dúvida milita em favor do legislador – *in dubio pro legislatore*;

b) a obrigação de que o intérprete busque, sempre que possível, exegese do ato normativo que o compatibilize com a Constituição. A presunção, nesse sentido, liga-se diretamente *ao princípio da interpretação conforme à Constituição*, analisado no item anterior;

---

<sup>40</sup> Conf. RE 482090 / SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 13-3-2009

<sup>41</sup> Conf. ADI-MC 221 / DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 22-10-1993.

c) a imposição aos juízes de que só reconheçam, em casos concretos, a inconstitucionalidade de um ato normativo, quando isso for indispensável para o julgamento da lide. Se a questão puder ser resolvida por outro fundamento, esse deve ser preferido.<sup>42</sup>

Diante da excepcionalidade da declaração de inconstitucionalidade, para que seja afastada a aplicação de lei, provocando, portanto, o seu descumprimento, é imprescindível que o órgão que afaste a sua incidência, extraia sua competência, expressa ou implicitamente, diretamente da Constituição. E mais, deve obedecer a um procedimento específico prescrito pela própria norma constitucional, tanto no controle difuso quanto no controle concentrado.

Apesar de não ser objeto específico desta pesquisa, porém de indubitável importância à compreensão da prerrogativa atribuída às Cortes de Contas, conclui-se que em relação à faculdade conferida ao Chefe do Poder Executivo de negar aplicação à lei considerada por ele inconstitucional não mais se conforma aos preceitos da Constituição de 1988, por duas razões.

A uma, porque a sua competência não deriva expressamente da Constituição, conflitando, assim, a negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional com o princípio da presunção de constitucionalidade. A duas, porque com a evolução do controle de constitucionalidade engendrado pelo constituinte de 1988, o Presidente e os governadores passaram à condição de legitimados ativos no controle abstrato de normas, contando, ainda, a depender da gravidade da lesão, com a possibilidade de se obter medida cautelar para suspender os efeitos da lei questionada.

Com relação aos Tribunais de Contas, restaria, também, infirmada a sua competência, se considerado somente as premissas que serviram de base à edição da Súmula n. 347. Isso porque, se é de competência exclusiva do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade, não poderiam os Tribunais de Contas apreciar a constitucionalidade de leis e negar-lhes aplicação, pois o efeito dessa negativa seria idêntica à própria declaração, consoante orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 10.

Outro ponto relevante, deriva da inexistência de atribuição expressa do exercício do controle de constitucionalidade às Cortes de Contas. Assim, não tendo sido erigido diretamente pelo texto constitucional à condição de interprete das leis ou guardião da Constituição, a negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional pelos Tribunais de Contas, conflitaria com o mencionado princípio da presunção de constitucionalidade.

---

<sup>42</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 460.

Nesse sentido, Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza defendem que

[...] não cabe ao Tribunal de Contas da União, face à conjuntura do texto constitucional atual, às leis que tratam do controle de constitucionalidade, **ao teor da Súmula Vinculante nº 10**, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição presente no art. 5º, inc. XXXV, bem como ao **princípio de presunção de constitucionalidade das leis**, afastar normas tidas por inconstitucionais, somente os órgãos que possuam competência constitucional expressa para dizer se a lei ou o ato normativo questionado se compatibiliza ou não com a Constituição podem afastar normas tidas por inconstitucionais.<sup>43</sup> [sem grifo no original]

Todavia, a análise restrita das razões que fundamentaram a edição da Súmula n. 347 não são suficientes para que se conclua, desde já, pela insubsistência do controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Contas frente à Constituição de 1988. Outras premissas, necessariamente, deverão ser avaliadas para se chegar a uma possível conclusão, nesse ou noutro sentido.

### **3.1. A inexistência de legitimação ativa dos Tribunais de Contas para o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal**

Inegável a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, notadamente no âmbito do controle abstrato de normas, exercido de forma concentrada, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto nos Tribunais de Justiça dos Estados, a depender do parâmetro de controle, se a Constituição Federal ou, as Constituições Estaduais, respectivamente.

O ponto marcante dessa evolução foi a ampla legitimação conferida pela Constituição de 1988 para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme apontado no item 3.2. Alguns doutrinadores, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes Paulo Gustavo Gonet Branco, chegam a afirmar que

a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.<sup>44</sup>

Não obstante a notável assertiva apresentada pelos mencionados autores, a evolução

<sup>43</sup> PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 210.

<sup>44</sup> MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1076.

do controle abstrato de normas no direito brasileiro pode não ter, por si só, o condão de invalidar a subsistência da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, haja vista que a legitimação ativa para o controle abstrato de normas perante a Corte Suprema não foi atribuída ao Tribunal de Contas.

Assim, ao menos no âmbito federal, em que o rol do art. 103 da Constituição de 1988 é exaustivo<sup>45</sup>, não pode o Tribunal de Contas provocar a ação direta em face de lei que considere, no exercício de suas competências, inconstitucional e, portanto, lesiva ao interesse e patrimônio público.

Logo, controvérsias constitucionais que ofendam diretamente às finanças públicas poderiam se perpetuar no tempo, sem o devido controle pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o princípio da inércia da jurisdição.

Poder-se-ia argumentar, entretanto, a existência de legitimados outros que poderiam provocar o controle concentrado, visando o afastamento de norma lesiva ao patrimônio ou ao interesse público. Mas se se considerasse que esses mesmos legitimados do art. 103, pudessem não ter interesse no enfrentamento da inconstitucionalidade de norma que fundamentou algum ato ou contrato submetido à apreciação do Tribunal de Contas, seja porque a norma tenha sido iniciada ou elaborada pelos próprios legitimados, ou atendam a seus interesses; seja por falta de pertinência com a área de atuação ou de conhecimentos técnicos específicos das matérias de competência das Corte de Contas, ou ainda, por razões outras que somente a maturidade política e ética de uma nação poderia explicar.

Nesse particular, Rosane Heineck Schmitt evidencia que

[...] os TCs não possuem legitimação ativa para a ADIn, de modo que negar subsistência à Súmula, é negar a competência constitucional ampliada conferida aos TCs pela CF/88 e significa submetê-los a uma *capitis diminutio* que jamais se lhe impôs, porquanto ficarão dependentes da exclusiva discricionariedade dos atuais legitimados no art. 103/CF para a propositura da ação de controle concentrado, o que sequer até o advento da CF/88 foi aceito, porquanto, como se disse, o STF sempre acolheu a Súmula nº 347, que permanece em vigor, [...].<sup>46</sup>

O exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas poderia além

---

<sup>45</sup> Conf. ADPF 75 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 2-6-2006.

<sup>46</sup> SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 131.

de prevenir lesão ao erário e defender as normas e princípios constitucionais, provocar a iniciativa dos legitimados a defenderem suas interpretações, caso não concordassem com a decisão do Tribunal, perante os órgãos jurisdicionais, tanto na via difusa quanto na via concentrada.

Ao defender a utilidade do exercício desse controle, Marianna Montebello Willeman assevera que

[...] os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle externo da gestão financeira administrativa, pautam sua atuação em três vetores expressamente contemplados pelo texto constitucional: legalidade, legitimidade e economicidade. Não parece razoável admitir que uma Corte de Contas, ao examinar determinado ato e constatar sua inconstitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei sobre o qual se funda, esteja impedida de aferir a compatibilidade constitucional do ato sob sua apreciação e adotar, no âmbito de suas competências, as medidas cabíveis para fazer valer a norma constitucional.<sup>47</sup>

A título de ilustração, apresenta-se a seguinte situação hipotética: O governador de determinado Estado da Federação encaminha projeto de lei à respectiva Assembleia Legislativa prevendo a efetivação de todos os servidores comissionados que estejam na administração a mais de 15 anos. A Assembleia Legislativa com ampla maioria da base governista aprova o projeto e este vem a ser sancionado pelo Governador.

Em função dessa Lei, foram encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado para registro, os atos de aposentadoria dos servidores abrangidos pela norma, no regime próprio de previdência estadual. O Tribunal verifica que os atos de aposentadoria ofendem à Constituição, uma vez que o cargo público efetivo somente é acessível mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

Indaga-se, o que deve fazer o Tribunal de Contas? Registrar o ato por força do princípio da presunção de constitucionalidade? Sobrestar o processo até que algum dia a norma seja declarada inconstitucional, enquanto os proventos de aposentadoria são suportados pela previdência estadual? Ou, negar aplicação à lei que é flagrantemente inconstitucional, determinando a anulação dos atos e conseqüente suspensão dos pagamentos?

Questões como essa demandariam uma atuação concreta do Tribunal no sentido de

---

<sup>47</sup> WILLEMAN, Marianna Montebello. Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81289>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

fazer cessar a lesão ao patrimônio público, bem como a ofensa às normas e princípios constitucionais. Entretanto, sem legitimação ativa, restaria frustrada a atuação constitucional do Tribunal de Contas.

### **3.2. As competências do Tribunal de Contas na Constituição de 1988 e o controle de constitucionalidade.**

As competências do Tribunal de Contas evoluíram significativamente com a Constituição de 1988. Registra-se avanço significativo no controle da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da ação estatal, por meio das auditorias operacionais, prevista no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal.

Para auxiliar o Congresso Nacional na 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, o constituinte de 1988 outorgou ao Tribunal de Contas da União um extenso rol de competências (art. 71), aplicáveis, no que couberem, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, por força do art. 75, *caput*.

Compete, portanto, ao Tribunal de Contas da União:

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.

Entre as competências supracitadas, que traduzem o exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas, não está inserida, de forma expressa, a de exercer o controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, razão pela qual, poderia se afirmar que não pretendeu o constituinte originário de 1988 conferir determinado mister às Cortes de Contas.

Entretanto, sustentam alguns doutrinadores que a despeito de não estar expressamente previsto no texto constitucional, o controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas estaria implicitamente inserido na norma suprema, tanto no controle de legalidade quanto no controle de legitimidade dos atos estatais.

No tocante ao controle de constitucionalidade/legitimidade defende Lucas Rocha Furtado que

no momento em que se reconhece aos órgãos de controle externo o dever de verificar não apenas a legalidade, mas a plena conformidade do ato ou da atividade administrativa ao ordenamento jurídico, implicitamente é conferida ao Tribunal de Contas a competência para impugnar ato que, não obstante se conforme à lei, viole a Constituição Federal. Este poder denomina-se

controle de constitucionalidade e está inserido no âmbito do controle de legitimidade dos Tribunais de Contas expressamente mencionado pelo texto constitucional.<sup>48</sup>

O controle de legalidade ficaria, portanto, restrito à verificação da conformidade dos atos com a lei, enquanto o controle de legitimidade alcançaria todo o ordenamento jurídico, inclusive as normas e princípios constitucionais.

Nesse sentido arremata o referido autor, aduzindo que

ao mencionar as duas expressões — controle de legalidade e controle de legitimidade — o texto constitucional busca tão somente deixar evidente que a fiscalização a ser empreendida pelos órgãos de controle interno e externo não se resume ao mero exame formal da adequação dos atos e atividades administrativas do Estado à lei. Esse controle (de legitimidade) deve alcançar todos os demais preceitos e princípios constitucionais (moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, continuidade do serviço etc.).<sup>49</sup>

Com relação ao controle de constitucionalidade/legalidade, leciona Valdecir Fernandes Pascoal que

quando examinamos as regras relacionadas ao controle efetuado pelos Tribunais de Contas, especialmente os artigos 70 a 72, constatamos que a própria Lei Maior conferiu ao Tribunal de Contas a possibilidade de analisar a aplicação de recursos públicos à luz do princípio da legalidade. Princípio da legalidade está posto nos referidos dispositivos constitucionais, como sinônimo de ordenamento jurídico. Assim, tendo-se em conta que todas as normas que compõe o ordenamento jurídico (leis, decretos, resoluções, portarias etc.) devem estar de acordo com a Lei Maior, com a Constituição Federal, ou seja, considerando o princípio da supremacia do texto constitucional, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, poderá apreciar, *in concreto*, a constitucionalidade de determinada lei ou ato do Poder Público, deixando de aplicá-los por manifesta afronta à Constituição Federal ou Estadual.<sup>50</sup>

Há quem defenda, ainda, que a competência para o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas decorre de sua atividade jurisdicional conjugada ao controle de legalidade.

Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes advoga que

[...] se o Tribunal julga determinado ato, frente a determinada lei e, atuando

<sup>48</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 880.

<sup>49</sup> Id. *Ibid.*, p. 879.

<sup>50</sup> PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 145.

em maior amplitude, verifica que esta lei encontra-se em atrito com aquela de maior hierarquia – Constituição Federal – e partindo do pressuposto lógico de que não pode eximir-se do julgamento, deverá dizer do conflito de normas e de suas consequências sobre o caso concreto, tratando-se tal dicção de um juízo de constitucionalidade.<sup>51</sup>

Perfilhamos da tese supracitada no sentido de que o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, previsto na Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, é extraído implicitamente do núcleo normativo do art. 70, *caput*, e art. 71 da Constituição Federal de 1988.

É que conferindo a Constituição competência expressa ao Tribunal de Contas para apreciar ou julgar da legalidade do ato da Administração Pública, há de se reconhecer, ainda que implicitamente, o seu poder/dever de realizar o exame de compatibilidade da ação estatal com a ordem constitucional e, sobre ela, emitir juízo de adequação vertical, sob pena de se esvaziar a própria atividade de controle inserida no texto constitucional.

Nessa linha, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu competências implícitas a órgãos de extração Constitucional, a exemplo do próprio Tribunal de Contas. Quando da apreciação do Mandado de Segurança n. 24.510-7/DF,<sup>52</sup> o Supremo Tribunal Federal, valendo-se da teoria dos poderes implícitos,<sup>53</sup> reconheceu a legitimidade do Tribunal de Contas da União para a expedição de medidas cautelares destinadas a prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões, ainda que essa competência não estivesse expressamente prevista no rol de competências fixadas no art. 71 da Constituição de 1988.

#### **4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS**

O Tribunal de Contas do Estado de Goiás ao apreciar o processo n. 201200047000207,

---

<sup>51</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 314-315.

<sup>52</sup> Doutrina construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Conf. MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 19-11-2003, P, DJ de 19-3-2004.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.510 / DF – Distrito Federal. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJ 19/03/2004. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 25 mar. 2017.

contendo Representação formulada pelo Ministério Público de Contas, questionando a legalidade/constitucionalidade de pensão especial concedida pela Lei Estadual n. 17.513 de 27.12.2011, com fundamento na Lei Estadual nº 11.280 de 04.07.1990, que regulamenta a concessão de pensão especial no âmbito estadual, decidiu instaurar, por Despacho do Relator, Incidente de Inconstitucionalidade em face das mencionadas Leis.

O Incidente de Inconstitucionalidade foi apreciado pelo Plenário do órgão nos autos do Processo n. 201200047003232,<sup>54</sup> que decidiu, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Celmar Rech, declarar a inconstitucionalidade, com efeitos *inter partes*, do §2º do artigo 1º da Lei Estadual n. 11.280/90, por ferir os princípios da isonomia e da impessoalidade; e, do artigo 1º da Lei Estadual n. 17.513/2011, em razão da ausência de comprovação do preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da pensão especial, nos termos do artigo 1º, da Lei Estadual n. 11.280/90.

Em função da declaração de inconstitucionalidade, decidiu o Tribunal, por meio do Acórdão n. 4979/2014, pela procedência da representação do Ministério Público de Contas e pela cessação dos pagamentos da pensão especial concedida pela Lei Estadual n. 17.513/2011.

O Relator da matéria, Conselheiro Celmar Rech, conduziu seu voto defendendo a competência da Corte de Contas para o exercício do controle de constitucionalidade, conforme autorizado na Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal. Dada a profundidade da abordagem realizada pelo Conselheiro, necessário, portanto, transcrever parte da fundamentação de seu voto.

[...]

A competência da Corte de Contas para exercício do controle de constitucionalidade decorre não da expressa autorização constitucional, mas, sobretudo, de sua função institucional, qual seja, o exercício do controle externo.

O artigo 71 da Carta Magna confere ao Tribunal de Contas da União e aos seus correspondentes nas demais esferas (artigo 75), o poder de julgar as contas dos administradores (inciso II), apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal a qualquer título (inciso III) e, sobretudo, aplicar sanções previstas em lei nos casos de ilegalidade de

---

<sup>54</sup> GOIÁS. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Processo n. 201200047003232, que trata do Incidente de Inconstitucionalidade referentes às Leis estaduais n. 11.280, de 4 de julho de 1990, e n. 17.513, de 27 dezembro de 2011. Disponível em: < <https://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=276784> >. Acesso em 18 jan. 2017.

despesa ou irregularidade de contas (inciso VIII), além de outras atribuições, o que se faz de acordo com a legislação vigente, ou seja, em consonância com a própria Constituição da República, as leis, os decretos, as resoluções e as portarias, federais, estaduais, distritais e municipais, de acordo com as peculiaridades de cada caso sujeito à apreciação pela Corte de Contas.

Destaca-se que da mesma forma que não consta entre as competências dos Tribunais de Contas a de apreciar a constitucionalidade de leis, para os juízes e tribunais também não há expressa previsão constitucional para apreciar a constitucionalidade de leis, pela via difusa, já que essa é uma atribuição instrumental para o exercício da jurisdição e não uma competência finalística.

Dessa forma, a competência para apreciar a constitucionalidade não requer discriminação específica para o Tribunal de Contas, pois se trata de competência acessória ao exercício do controle externo.

Assim, se a Corte se deparar com uma norma inconstitucional que, supostamente, autorizaria algum órgão de sua jurisdição ao cometimento de ilícito, não teria outra solução que não fosse afastar a aplicação da norma, de forma que não viesse a afetar ainda mais o patrimônio e a moralidade pública.

Acerca do entendimento da Unidade Técnica desta Casa, penso que a legitimidade conferida ao Tribunal de Contas em propor Ação Direta de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face da Constituição do Estado, nos termos do seu artigo 60, não retira sua atribuição de exercer a adequação vertical incidental diante de um caso concreto.

Nesse contexto, de acordo com a Constituição Federal de 1988, são adotados atualmente no Brasil dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O controle concentrado é de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”) e o exame é feito de forma direta, por meio de ação própria proposta com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI) ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC). Já o controle difuso, também chamado “incidental”, é exercido no curso de processo do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os tribunais ordinários e especiais. Assim, a questão constitucional, no controle difuso, é meramente questão prejudicial da causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar preliminarmente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Segundo Luís Roberto Barroso, quando leciona a respeito do controle difuso de constitucionalidade:

“Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.” (O Controle de Constitucionalidade no

Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. BARROSO, p. 75)

Podemos verificar, no Direito Brasileiro, uma tendência de se valorizar o controle de constitucionalidade concentrado, mas não por isso há de prosperar uma redução da prerrogativa dos Tribunais de Contas de apreciar a constitucionalidade no caso concreto, pois seria retirar um instrumento essencial para o exercício da sua função institucional.

Verifica-se que objetivo precípua do controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas não é o ataque direto e frontal à lei ou ao ato normativo, visto que exerce somente o controle incidental de constitucionalidade, mas sim a proteção ao erário que poderia vir a ser afetado por despesas respaldadas em leis ou atos normativos inconstitucionais.

Assim, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparar-se com uma possível incompatibilidade entre o ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.

Ademais, a competência para esta Corte exercer controle de constitucionalidade também encontra fundamento nos artigos 1º, inciso XXVIII, primeira parte e 133 a 135, todos da Lei Orgânica desta Corte, bem como nos artigos 359 a 361 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

[...]

Portanto, não há dúvida que o Tribunal de Contas do Estado possui competência para, por meio do controle difuso de constitucionalidade, deliberar, em matérias de sua competência, acerca de conflitos de leis e atos normativos com a Constituição Federal, apontados nos casos concretos que lhe são submetidos.

Entretanto, não foi unânime a sua aprovação. Votou contrária à declaração de inconstitucionalidade a Conselheira Carla Cíntia Santillo, defendendo que o Tribunal deveria aguardar a confirmação ou não da Súmula n. 347 pelo Supremo Tribunal Federal, ou ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado, em face da legitimação conferida pelo art. 60 da Constituição do Estado de Goiás. Abaixo o voto divergente da Conselheira Carla Cíntia Santillo, nos seguintes termos:

De acordo com o Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, as leis e os atos normativos em geral são reputados constitucionais, somente perdendo sua validade e eficácia mediante a declaração judicial em contrário obtida no controle concentrado de constitucionalidade ou por força de Resolução do Senado Federal, na hipótese de a inconstitucionalidade ter sido reconhecida incidentalmente por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Importante salientar que um ato normativo apenas poderá ser declarado inconstitucional se sua desconformidade com a Constituição for patente e se constatar que não há nenhuma forma de interpretá-lo de maneira a torná-lo compatível com a Lei Maior.

Segundo o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, “o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável”.

Esse princípio, portanto, cria uma limitação para o Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, prestigiando a independência e harmonia dos Poderes, pois confere maior efetividade aos atos normativos produzidos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os órgãos não jurisdicionais, como as Cortes de Contas, também devem prestigiar a independência e harmonia entre os poderes.

Peço Vênia para divergir do voto do digníssimo Conselheiro Relator em face dos argumentos que se seguem:

O art. 26, inciso XII da Constituição Estadual preconizava que entre as competências atribuídas ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás encontrava-se a de negar aplicação de lei ou ato normativo considerado ilegal ou inconstitucional que tivesse reflexo no erário.

[...]

Ocorre que o referido dispositivo constitucional foi revogado pela Emenda Constitucional nº 46, de 09-09-2010, deixando, desde então, de gerar efeitos. Com isso, o art. 1º, inciso XXVIII, da Lei Orgânica desta Corte, confirmado no art. 2º, inciso XVII, do Regimento Interno, perdeu o seu fundamento de validade e foi tacitamente derogado pela supracitada Emenda Constitucional nº 46.

Poder-se-ia afirmar que a Súmula nº 347 ainda não foi superada e continua vigendo e, desse modo, mesmo com o dispositivo da Lei Orgânica derogado por ter perdido seu fundamento de validade, o Tribunal de Contas poderia negar aplicação de lei considerada inconstitucional com supedâneo na referida súmula. Mas, proceder dessa forma é temerário, uma vez que a relativização ou superação da Súmula nº 347 encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Contas da União, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade e negar a aplicação de ato normativo considerado inconstitucional, teve os efeitos de suas decisões suspensos por Medidas Liminares em diversos mandados de segurança. Esse tipo de controle está longe de ser um tema pacífico e encontra-se sub judice no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O preclaro constitucionalista e Ministro do Pretório Excelso Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra Curso de direito constitucional (2009, p. 284), enuncia

o seguinte entendimento doutrinário acerca do tema:

**“É interessante notar que, entre nós, uma jurisprudência antiga abre ensejo a que o Tribunal de Contas deixe de aplicar uma lei a um caso sob o seu exame por estimá-la inconstitucional. Decerto que se trata de entendimento que está por ser reavaliado à luz da mais recente compreensão do papel do Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade”.**

Verifica-se, que a tese estampada na Súmula nº 347 do Pretório Excelso tem sido alvo de constantes ataques, no sentido de sua relativização ou mesmo de sua superação absoluta. Aliás, o *leading case* dessa nova sistemática de interpretação foi exarado em decisão liminar monocrática, da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no Mandado de Segurança n. 25.888 / DF, na qual asseverou:

[...]

Entende o eminente Ministro Gilmar Mendes, constitucionalista de escol, que a referida súmula foi aprovada em um contexto constitucional completamente diverso do atual. Na época de sua aprovação, 13 de dezembro de 1963, não existia o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade que surgiu no Brasil apenas em 1965 e, em decorrência disso, admitia-se como legítima a negativa de aplicação de leis consideradas inconstitucional por órgão não jurisdicional.

Atualmente, observa-se a existência de um *leading case* dessa nova sistemática de interpretação, onde o Pretório Excelso decidirá se a Súmula nº 347 de sua lavra será relativizada ou mesmo totalmente superada.

Os pedidos de Medidas Liminares estão sendo deferidos em todos os pleitos para suspender os efeitos das decisões que estão sendo proferidas pelo Tribunal de Contas da União no controle incidental de constitucionalidade amparado na referida súmula em discussão.

Posto isso, entendo ser prudente que esta Corte de Contas aguarde o julgamento do Mandado de Segurança nº 25.888 / DF no Supremo Tribunal Federal (*leading case*), para verificar se a súmula será relativizada ou superada.

Enquanto o julgamento não ocorre, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás, com fulcro no art. 60 da Constituição Estadual, pode propor Ação Direta de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais contestados em face da Constituição do Estado. Esta Corte, por previsão constitucional vigente, está legitimada a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade nos termos inciso III, do art. 60 da Constituição do Estado:

**Art. 60. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição:**

**III - o Tribunal de Contas do Estado;**

Ao contrário do inciso XII, do art. 26 que foi tacitamente derogado, e da Súmula nº 347 que está *sub judice* no STF, o supracitado dispositivo encontra-se em plena vigência, livre de qualquer controvérsia judicial.

Face ao exposto, me posiciono no sentido de aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na apreciação da controvérsia sobre o cancelamento ou relativização da Súmula nº 347 que trata do controle difuso de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas. Outrossim, acolho o entendimento da Unidade Técnica e da Auditoria exarados nos autos da Representação nº 201200047000207, e manifesto meu voto neste Incidente de Inconstitucionalidade no sentido de que esta Corte de Contas quando se deparar com Leis ou Atos Normativos Inconstitucionais, até decisão final do STF, deve propor Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, provocando o início do Controle Abstrato de Constitucionalidade. [Grifos no original]

Em outra oportunidade, a Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, acolhendo o voto do Conselheiro Kennedy de Souza Trindade, deixou de apreciar a constitucionalidade da Lei n. 17.260/11, suscitada pelo Ministério Público de Contas, nos autos do processo n. 201200047000694,<sup>55</sup> sob o argumento de que enquanto não declarada a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário os efeitos da lei deve prevalecer, conforme parte da manifestação colacionada abaixo:

Preliminarmente, não conheço da inconstitucionalidade arguida por entender que a presunção de constitucionalidade das regras jurídicas aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo deve prevalecer, enquanto não julgadas inconstitucionais pelo Poder Competente, no caso o Judiciário que tem exclusividade em pronunciamentos dessa natureza.

Sobre esse assunto, é oportuno trazer a lume o entendimento da Juíza de Direito Camila Novaes Lopes:

Princípio da PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO – Trata-se, em verdade, de derivação do princípio da “Separação de Poderes”, cuja visão tradicional – formulada por JOHN LOCKE e explicitada por MONTESQUIEU - previa especialização funcional para cada um dos Poderes Constituídos: ao Executivo caberia a tarefa de execução das leis, através da edição de decretos e atos administrativos; ao Legislativo reservar-se-ia o papel de elaboração das normas; e ao Judiciário restaria a função de proferir o direito com grau de definitividade.

Verifica-se, então, que não é unânime no Tribunal de Contas do Estado de Goiás a compreensão de que a competência da Corte de Contas para o exercício do controle de

---

<sup>55</sup> GOIÁS. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Processo n. 201200047000694, que trata da análise para registro de Admissão de servidor efetivo nomeado pela Portaria nº 921, de 19/10/2011, por ter sido aprovado no concurso público para provimento do cargo de Analista de Controle Externo - Especialidade Orçamento e Finanças e de Exoneração pela Portaria nº 173, de 13/13/2012. Disponível em: < <https://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=269549> >. Acesso em: 15 mar. 2017.

constitucionalidade deriva diretamente da Constituição de 1988. De igual modo, não há unanimidade quanto ao reconhecimento de sua competência para o exercício do controle de constitucionalidade, prevista no art. 1º, XXVIII, da Lei n. 16.168/07 (Lei Orgânica) e no art. 2º, XVII, da Resolução n. 22/08 (Regimento Interno).

Constata-se, pelos julgados supracitados, que o equacionamento da questão dentro da Corte de Contas goiana irá depender do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em manter ou não a validade da Súmula n. 347 em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Frisa-se, nesse ponto, que a Constituição do Estado de Goiás andou bem em atribuir ao Tribunal de Contas do Estado legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça Estadual, conforme inserção realizada em seu art. 60, inciso III.

Assim, muito embora a Súmula n. 347 possa ser reavaliada pelo Supremo Tribunal Federal, culminando até mesmo com a sua revogação, no âmbito do Estado de Goiás, ao menos, o Tribunal de Contas do Estado terá mecanismos à sua disposição, quando se deparar, no exercício de suas atribuições, com leis ou atos normativos estaduais ofensivos à Constituição do Estado, que alberga, inclusive, disposições de repetição obrigatória do texto constitucional de 1988.

## **CONCLUSÃO**

A evolução do controle de constitucionalidade brasileiro observada desde a edição da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 13-12-1963, sob a égide da Constituição de 1946, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, indica que as razões que motivarão à atribuição de competência ao Tribunal de Contas para, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato do poder público, parecem conflitar com preceitos atuais relacionadas à matéria.

Isso se dá em função do reconhecimento pela Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal da inexistência de diferenciação prática entre a negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional e a declaração de inconstitucionalidade da norma, bem como em

relação ao que preconiza o princípio da presunção de constitucionalidade, que reclama a observância e a aplicação da lei até que seja declarada inconstitucional por órgão jurisdicional competente.

Assim, se se considerar que a declaração de inconstitucionalidade é de competência exclusiva do poder judiciário e que negar aplicação à lei por ofensa à constituição é o mesmo que declarar a sua inconstitucionalidade, restaria infirmada a orientação da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal de Contas estaria, nesse sentido, compelido a observar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis em seus julgamentos, até decisão definitiva do órgão competente para o controle de constitucionalidade.

Entretanto, apreciando outras premissas, também decorrentes da evolução do controle de constitucionalidade, constatamos que a Súmula n. 347 ainda aguarda relação de conformidade com a Constituição de 1988.

Isso porque, a despeito da evolução promanada da Constituição de 1988, com ampla legitimação conferida para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como pela criação de novas ações objetivas de controle, o Tribunal de Contas não foi erigido à condição de legitimado à instauração do controle objetivo de normas perante o Supremo Tribunal Federal, indicando a impossibilidade daquele órgão de provocar a resolução de incompatibilidades identificadas no exercício de suas atribuições.

Essa ausência de legitimação ativa reforça o argumento de que, não obstante inexistir previsão expressa para o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, essa competência estaria implícita no texto constitucional, relativamente ao controle expresso de legalidade previsto no *caput* do art. 70, bem como no art. 71 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O reconhecimento desta competência como sendo implícita ao núcleo normativo atinente ao Tribunal de Contas na Constituição Federal de 1988 é perfeitamente plausível, haja vista que na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 24.510-7/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Tribunal de Contas da União para a expedição de medidas cautelares destinadas a prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões, mesmo não estando expressamente prevista no rol do art. 71 da Constituição de 1988.

Aliado a isso, consideramos inconcebível no atual estágio do constitucionalismo brasileiro, em que se assentou firmemente a supremacia da Constituição em face das normas subconstitucionais, admitir que um órgão de relevo institucional no controle da Administração Pública tenha que se silenciar diante de atos fundados em normas inconstitucionais, ou até mesmo, se submeter ao alvedrio de instituições ou agentes públicos por ele controlados, para suscitar a inconstitucionalidade de norma objeto de análise pelo Tribunal de Contas.

Cumprido assentar que o exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas não é essencial à defesa da ordem objetiva, pois para isso a Constituição se encarregou de criar os meios e os órgãos competentes para tanto, mas, sobretudo à proteção dos recursos, patrimônio e interesses públicos, que podem ser lesionados com a edição de leis ou atos normativos inconstitucionais.

Esse controle exercido de modo incidental é realizado em casos concretos submetidos à apreciação do Tribunal de Contas, seja em julgamento de prestação ou tomada de contas, na apreciação, para registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, concessão de aposentadorias, reformas e pensões ou em processos típicos de fiscalização.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) >. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) >. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 25

ago. 1998. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1/1998-decretos> >. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 1/69.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) >. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS 25888 MC / DF – Distrito Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJ 29/03/2006. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisões Monocráticas. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno.** Disponível em < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_1980.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf) >. Acesso em: 16 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 347. “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> >. Acesso em: 15 jan. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOIÁS. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Processo n. 201200047000694, que trata da análise para registro de Admissão de servidor efetivo nomeado pela Portaria nº 921, de 19/10/2011, por ter sido aprovado no concurso público para provimento do cargo de Analista de Controle Externo - Especialidade Orçamento e Finanças e de Exoneração pela Portaria nº 173, de 13/13/2012. Disponível em: < <https://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=269549> >. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Processo n. 201200047003232, que trata do Incidente de Inconstitucionalidade referentes às Leis estaduais n. 11.280, de 4 de julho de 1990, e n. 17.513, de 27 dezembro de 2011. Disponível em: < <https://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=276784> >. Acesso em 18 jan. 2017.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. PUC Goiás, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81289>>. Acesso em: 17 mar. 2017.