

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

LUAN LARI BARICHELLO

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS
TRIBUNAIS DE CONTAS
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2023

LUAN LARI BARICHELLO

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS
TRIBUNAIS DE CONTAS
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ms. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa
2023

LUAN LARI BARICHELLO

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS
TRIBUNAIS DE CONTAS
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim



Prof.ª Ms. Franciele Seger



Prof.ª Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro

Santa Rosa, 13 de dezembro de 2023

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que me apoiaram no caminho da formação da pessoa que sou hoje, em especial minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela saúde, pelas oportunidades que me deu para chegar aqui, minha família e professores por terem tornado a jornada mais fácil.

Epígrafe

Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois, boas leis há por toda a parte. (MONTESQUIEU, 1748, s.p)

RESUMO

O tema desta monografia trata da (im)possibilidade do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas. Com sua delimitação temática em examinar se a Súmula 347 do STF permanece válida ou não na contemporaneidade jurídica brasileira. Este trabalho se propõe a verificar, por meio da análise de doutrinas, legislações e jurisprudências, a relevância e a validade da Súmula 347 no contexto jurídico contemporâneo do Brasil. Pretende-se investigar a aplicabilidade e o impacto dessa súmula diante das transformações legais, das interpretações doutrinárias mais recentes e das decisões judiciais atualizadas. A abordagem visa oferecer uma compreensão abrangente e atualizada sobre a pertinência e a vigência dos entendimentos, confrontando-o com o cenário jurídico e as demandas da sociedade na contemporaneidade. O problema questiona se a Súmula 347 do STF permite que os Tribunais de Contas exerçam controle de constitucionalidade no Brasil? Nesse escopo, o objetivo geral busca analisar a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas, pois a existência da divergência acerca da Súmula 347 do STF deixa o questionamento se é possível ou não esse controle. A pesquisa sobre a possibilidade de os tribunais de contas exercerem controle de constitucionalidade é crucial, dada a relevância desses órgãos na fiscalização das contas públicas. Além disso, compreender se esses órgãos têm esse poder pode evitar conflitos de atribuições entre instituições e assegurar uma atuação mais precisa e efetiva na preservação da legalidade e da harmonia entre os poderes, contribuindo para a estabilidade institucional e a segurança jurídica no país. No que compete a metodologia o presente trabalho adotou uma abordagem metodológica fundamentada na análise teórica de doutrina e jurisprudência, resultando na geração de dados bibliográficos relevantes para o estudo. Este trabalho de conclusão de curso, organizou-se em três capítulos, divididos em duas subseções cada, onde no primeiro ponto é apresentada a divergência sobre a Súmula 347 do STF, no segundo eixo temático se demonstra argumentos contrários e favoráveis a Súmula 347 e no terceiro objeto temático se discute uma solução para a divergência instaurada. Assim nota-se a título conclusivo que a Súmula 347 do STF não permite um controle de constitucionalidade aos tribunais de contas, mas sim que podem deixar de aplicar lei ou ato normativo observando o princípio da presunção de constitucionalidade, principalmente quanto a existência de jurisprudência do STF declarando a inconstitucionalidade do tema.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade – Tribunais de Contas – Súmula 347 STF.

ABSTRACT

The theme of this dissertation addresses the (im)possibility of constitutional control by audit offices. With its thematic delimitation regarding the validity or not of the Federal Court of Justice (STF) Precedent 347 in the contemporary legal context in Brazil. This work aims to examine, through the analysis of doctrines, legislation, and jurisprudence, the relevance and validity of STF Precedent 347 in the contemporary legal context of Brazil. The intention is to investigate the applicability and impact of this precedent in light of legal transformations, the most recent doctrinal interpretations, and updated judicial decisions. The approach seeks to provide a comprehensive and up-to-date understanding of the pertinence and validity of these views, confronting them with the legal landscape and societal demands in the contemporary context. The research problem questions whether audit offices can exercise constitutional control in Brazil. In this scope, the general objective is to analyze the possibility of constitutional control by audit offices as the disagreement about STF Precedent 347 raises the question of whether such control is possible. Research on the possibility of audit offices exercising constitutional control is crucial given the relevance of these bodies in overseeing public accounts. Moreover, understanding whether these bodies have this power can prevent conflicts of jurisdiction between institutions and ensure a more precise and effective role in preserving legality and harmony among branches of government, contributing to institutional stability and legal certainty in the country. Regarding the methodology, this work adopted an approach based on the theoretical analysis of doctrine and jurisprudence, generating relevant bibliographic data for the study. This dissertation is organized into three chapters, divided into two subsections each. In the first section, the disagreement about STF Precedent 347 is presented. The second section demonstrates arguments both against and in favor of Precedent 347. The third thematic section discusses a solution to the established disagreement. In conclusion, it is noted that audit offices do not exercise constitutional control but can choose not to apply a law or normative act, observing the presumption of constitutionality, especially in light of STF jurisprudence declaring the unconstitutionality of the issue.

Keywords: Constitutional control - Audit offices - Precedent 347 STF

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

p. – página

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

§ - Parágrafo

Art.- artigo

CF- Constituição Federal

STF- Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

ADC- Ação Direta de Constitucionalidade

ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

EC- Emenda Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 A DIVERGÊNCIA SOBRE A VALIDADE OU NÃO DA SÚMULA 347 DO STF.....	15
1.1 O CONTEXTO CONSTITUCIONAL NA ÉPOCA DE EDIÇÃO DA SÚMULA 347 DO STF	16
1.2 A SÚMULA 347 DO STF NA CONJUNTURA CONSTITUCIONAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS A APLICAÇÃO DA SÚMULA 347 DO STF.....	29
2.1 ENTENDIMENTO PELA SUPERAÇÃO DA SÚMULA 347 DO STF.....	29
2.2 DISPOSIÇÃO PELA VALIDADE DA SÚMULA 347 DO STF.....	34
3 SOLUÇÃO SOBRE A DIVERGÊNCIA DA SÚMULA 347 DO STF	42
3.1 A REVISÃO OU CANCELAMENTO DA SÚMULA 347 DO STF.....	42
3.2 A RELEITURA DA SÚMULA 347 DO STF.....	44
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Esta monografia trata da (im)possibilidade do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas, o estudo e a análise da viabilidade do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas no Brasil têm sido tema de considerável interesse e debate dentro do campo jurídico.

Este trabalho busca explorar em profundidade a complexa dinâmica entre as atribuições desses órgãos e os limites impostos pela Constituição, examinando a viabilidade, os desafios e as possíveis implicações de tal controle constitucional, destacando sua relevância no atual contexto legal e administrativo do país.

O tema se delimita em estudar a validade ou não da súmula 347 na contemporaneidade jurídica brasileira, a reflexão sobre a aplicabilidade e vigência da Súmula 347 no cenário jurídico contemporâneo do Brasil representa um ponto crucial de análise e discussão. Este estudo se propõe a investigar a pertinência e a adequação dessa súmula no contexto atual do ordenamento jurídico brasileiro, considerando sua relevância, impacto e alinhamento com as transformações legais e sociais, fornecendo uma análise aprofundada e contextualizada sobre sua validade e aplicabilidade nos dias de hoje.

O problema consiste em responder a seguinte questão: a Súmula 347 do STF permite que os Tribunais de Contas exerçam controle de constitucionalidade no Brasil?

As hipóteses exploradas nesta pesquisa são:

- a) Não cabe aos Tribunais de Contas apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, estando a Súmula 347 do STF superada;
- b) Os Tribunais de Contas podem apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos no desempenho de suas competências constitucionais permanecendo, portanto, válida a Súmula 347 do STF.

Por essa razão, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas, pois a existência da divergência acerca da Súmula 347 do STF deixa o questionamento se é possível ou não esse controle.

Ademais, os objetivos específicos desta monografia consistem em apresentar a polêmica da validade ou não da Súmula 347 do STF, apontar os argumentos favoráveis à sua aplicação e o posicionamento contrário à sua validade, obter uma solução sobre a divergência da Súmula 347 do STF.

No que concerne a justificativa da pesquisa deve-se observar o controle de constitucionalidade por mais de um prisma dos qual pode-se ressaltar a garantia da supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade é essencial para assegurar a supremacia da Constituição, garantindo que as leis e atos normativos estejam em conformidade com os preceitos constitucionais. Essa verificação é fundamental para a estabilidade e coerência do ordenamento jurídico.

Pois é necessário que exista a competência estabelecida, para viabilizar o controle, é crucial que a Constituição confira a competência a órgãos específicos. Ainda que os Tribunais de Contas sejam independentes, a atribuição do controle de constitucionalidade a eles demanda uma base legal clara e compatível com suas funções originárias.

Assim, existindo conflito com competências estabelecidas, a discussão em torno da Súmula 347 do STF levanta questionamentos sobre possíveis conflitos de competência entre órgãos estabelecidos na Constituição. Esclarecer a validade ou não dessa Súmula é crucial para evitar lacunas ou sobreposições no sistema jurídico.

A pesquisa busca uma contribuição para a segurança jurídica, o desfecho dessa discussão trará mais clareza e segurança para o exercício das funções administrativas dos Tribunais de Contas. Esse controle pode influenciar diretamente a validade e eficácia de determinadas ações administrativas, afetando a estabilidade das decisões e políticas públicas.

A adaptação às demandas da sociedade, a evolução social e política demanda um sistema jurídico adaptável e responsivo. Estabelecer quais órgãos podem exercer o controle de constitucionalidade é crucial para acompanhar e refletir as mudanças na sociedade, mantendo a Constituição alinhada com as demandas atuais. Esses fundamentos ressaltam a importância de esclarecer a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade, destacando a necessidade de coesão entre a Constituição, a estrutura institucional e as demandas da sociedade.

O trabalho adota uma abordagem metodológica teórica para investigar a questão do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas no Brasil. Essa metodologia integra uma análise teórica embasada em fundamentos constitucionais e

jurídicos, complementada por pesquisa de jurisprudência guiada por uma metodologia elaborada para abordar questões passíveis de serem respondidas por meio da análise de decisões judiciais, como exemplificado no terceiro capítulo onde a jurisprudência apresenta uma solução sobre a divergência em volta da Súmula 347 do STF.

Esta análise jurisprudencial permitirá uma compreensão aprofundada das decisões judiciais prévias, auxiliando na compreensão das nuances, interpretações e impactos da aplicação da Súmula 347 do STF e outros precedentes relevantes nesse contexto específico.

Condizendo com os objetivos específicos apresentados, a pesquisa encontra-se estruturada em três capítulos, cada um com duas subseções. No primeiro ponto busca-se demonstrar a existência da divergência acerca da Súmula 347 do STF, analisando o contexto constitucional da época em que a Súmula foi editada e o contexto constitucional atual, dando atenção para o controle de constitucionalidade existente em ambos.

No segundo ponto temático, estão expostos os posicionamentos contrários e favoráveis a aplicação da Súmula, buscando os argumentos dos ministros da suprema corte, analisando julgados do Supremo Tribunal Federal e posições doutrinárias, tanto que defendem a superação da Súmula quanto os que acolhem a manutenção do texto sumular.

Por fim, no terceiro ponto busca-se chegar a uma solução para a divergência apontada, depois de analisada as posições favoráveis e contrárias, de forma breve abordando a possibilidade de cancelamento ou edição da Súmula, ou uma possível releitura do sentido sumular, sem alteração de seu texto.

1 A DIVERGÊNCIA SOBRE A VALIDADE OU NÃO DA SÚMULA 347 DO STF

O texto da Súmula 347 tem o seguinte teor “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (Brasil, 1963).

Sobre o texto sumular citado os ministros da suprema corte do país divergem em julgados quanto aplicação da Súmula 347 ou sua superação, de outro modo se visualiza uma nova interpretação para o enunciado da Súmula. Vale destacar que apesar de os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes em seus votos já terem expressado pela superação da Súmula ou uma reinterpretação, ela ainda é vigente e mantém seu sentido original tendo em vista não ter sido revogada pela forma preconizada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 102.A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta (STF,2020, p.76).

Além da sua não revogação existem ministros da Suprema Corte que se posicionam favoravelmente a sua aplicação, ou demonstram um novo entendimento, mas não se inclinam para a superação da Súmula, são os casos dos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber. Deve-se ressaltar que as posições para um novo entendimento dão um posicionamento para uma possível releitura, estabelecimento de parâmetros ou até uma recuperação do sentido original presente no precedente que origina a Súmula.

Para melhor entender a discussão precisa-se analisar dois contextos constitucionais distintos, um de 1946, ano em que foi promulgada a constituição vigente na época de edição da Súmula, e um de 1988, ano em que é promulgada a constituição atual, que é utilizada como fundamento para os ministros que optam pela superação da Súmula, como documento que não recepcionou o enunciado sumular.

As duas constituições foram promulgadas após momentos importantes na história do país, e em ambas há uma evolução quanto ao controle de constitucionalidade, porém o que se quer concluir a partir da análise é se a comparação entre os contextos constitucionais e a evolução vinda com a CF/88 justifica uma possível superação da Súmula.

1.1 O CONTEXTO CONSTITUCIONAL NA ÉPOCA DE EDIÇÃO DA SÚMULA 347 DO STF

Em 1963, ano em que foi editada a Súmula 347 do STF era vigente a Constituição de 1946, foi a quinta constituição brasileira, a quarta do período republicano. Bonavides, descreve em parte a Constituição de 1946 como:

A obra dos constituintes de 1946 representou evidente compromisso entre forças conservadoras e forças progressistas atuantes, compromisso que repartiu doutrina e técnica, ficando a doutrina principalmente com o futuro e as técnicas preponderantemente com o passado (Bonavides, 2000, p. 416).

O Constituinte de 1946 trouxe de volta valores liberais após regimes totalitários vividos no país, também superou involuções trazidas pela Constituição de 1937 quanto ao controle de constitucionalidade. Segundo Mendes e Branco, “exprime o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa” (Mendes e Branco 2012).

A Constituição de 1946 trouxe consigo alguns aspectos quanto ao controle de constitucionalidade, referente a competência do Senado Federal quanto à exclusão do ordenamento jurídico de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, eis que o art. 64 trazia que [...] “incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (Brasil, 1946).

Outro ponto importante é a previsão de reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público que continuou com sua previsão na Constituição de 1988. A Constituição de 1946 carregava no art. 200 a redação “só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderá os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público” (Brasil, 1946).

A Constituição utiliza o termo Tribunais sem fazer referência específica, assim pode-se fazer interpretação ampla quanto ao alcance do termo se referir a qualquer tribunal. A partir da reserva de plenário com previsão constitucional fica claro que decisão monocrática de ministro que afasta aplicação ou declara norma como inconstitucional não é válida independente de qual tribunal pertença o ministro, visto que viola regramento constitucional, isso se mantém na constituição de 1988 como será visto mais adiante.

O controle de constitucionalidade que prevalecia era o Controle Difuso Incidental, pois a análise da constitucionalidade era sobre um caso concreto e não sobre uma lei apontada como inconstitucional, o que era previsto era a chamada representação interventiva onde leis estaduais poderiam ser levadas ao STF para sua apreciação, o que foi a se entender depois como um controle abstrato de constitucionalidade, tal entendimento se deu após o julgamento da Representação 94, o conteúdo da representação era uma emenda constitucional do Estado do Rio Grande do Sul que transformava o estado em parlamentarista, assim o STF entendeu ser inconstitucional por ferir a separação de poderes (Palu, 2001).

O entendimento de que seria uma forma de controle abstrato se deu pela quantidade de representações que não eram usadas para discussões federativas, mas sim apreciação de constitucionalidade. Conforme Palu a Constituição de 1946, “Restabeleceu também a representação interventiva, que foi modificada para condicionar a intervenção à análise pelo Supremo Tribunal Federal da lei local que tivesse sido apontada como inconstitucional” (Palu, 2001).

Quanto ao Tribunal de Contas a Constituição de 1946 estabelecia em seu art. 77 suas atribuições:

Art 77 - Compete ao Tribunal de Contas:

I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento;

II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas;

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

§ 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.

§ 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

§ 3º - Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.

§ 4º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado (Brasil, 1946).

A apreciação de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas como visualizado no art. 77 não era algo expresso na constituição, mas era possível naquele contexto constitucional o controle difuso de constitucionalidade, e uma espécie de controle de constitucionalidade pelo tribunal como algo natural do exercício de suas funções, sendo assim possível o afastamento de lei inconstitucional por órgão administrativo, mas será visualizado em seu precedente que o sentido do afastamento de lei inconstitucional não era exercício de controle difuso de constitucionalidade pelo tribunal (Chaves, 1963).

Já na Constituição de 1946 era o Tribunal de Contas situado como órgão auxiliar do Congresso Nacional na fiscalização da execução orçamentária, assim como na da administração financeira, estando incluído no capítulo referente ao Poder Legislativo. A sua competência encontrava-se amplamente discriminada nos incisos e parágrafos do art. 77 daquela Carta. Como a Constituição de 1934, a de 1946 também adotou, concomitantemente e em casos especificados, as três formas de controle de atos que importassem despesas, ou seja, a do veto absoluto nos casos em que faltasse saldo na dotação ou se essa fosse imprópria, a do veto prévio relativo quando a recusa do registro se fundasse em outro motivo, e a do controle posterior quando fosse outro tipo de despesa (Laubé, 1992, p. 230).

O mandamento constitucional de 1946 não previa nas competências do Tribunal de Contas da União o controle de constitucionalidade, mas também não fazia qualquer proibição, além disso o outorgava diversas atribuições que conseqüentemente foram levadas em conta no precedente que origina a Súmula, colaborando para que o Tribunal cumprisse com o que era atribuído respeitando a supremacia da constituição.

O princípio da supremacia da constituição deriva da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que coloca a constituição de um estado no topo do ordenamento jurídico servindo de fundamento para toda produção normativa, então todas as normas têm que ser compatíveis com a constituição, que não pode ser alterada por meio de leis, exigindo-se um processo diferenciado denominado por Emenda Constitucional. A faculdade dada ao Tribunal em 1963 sob a vigência da CF de 1946 dá a entender que seria em atendimento a este princípio (Kelsen, 1934).

A Súmula 347 do STF teve como precedente o RMS 8.372 de 26 de abril de 1962, levando a sua edição que possibilitou a apreciação de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, no sentido do teor da Súmula votou o então Min. Pedro Chaves, “Mas 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” (Chaves, 1963). Assim criando o enunciado da Súmula 347 do STF “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (STF, 1963).

Analisando o voto do Min. Pedro Chaves, de que qualquer tribunal tem obrigação de não aplicar leis inconstitucionais, por respeito ao princípio da Supremacia da Constituição parece que nem haveria necessidade da edição da Súmula, porém a Súmula surge com o verdadeiro sentido de conferir ao Tribunal de Contas da União possibilidade afastar norma declarada inconstitucional, e não que exercesse controle de constitucionalidade difuso (Chaves, 1963). Por mais que há quem entenda que a medida já seria a prática de controle difuso como já manifestou esse entendimento o Min. Roberto Barroso no MS 35.410/DF:

Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto (Barroso, 2021, p. 1).

Com a edição da Súmula se discute se ela possibilita o afastamento de lei inconstitucional por via incidental o que seria a atribuição de qualquer tribunal, ou até mesmo a declaração de inconstitucionalidade também por via incidental, pois em ambos os casos a análise se faz a partir de um caso concreto quem não tem como causa o controle de constitucionalidade pois isso já seria forma de controle abstrato pela via principal, algo ainda inexistente na época de edição da Súmula (Lenza, 2020).

Ademais no RMS 8.372 que é o precedente que alicerçou a Súmula 347 o Min. Pedro Chaves em seu voto transporta valiosa consideração, “que o Tribunal de Contas não podia declarar inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas” (Chaves, 1961). Analisando o posicionamento do ministro relator no julgamento do recurso que serve como precedente da Súmula, apresenta-se evidente entendimento de que a Súmula não surgiu com a intenção de atribuir ao Tribunal de Contas competência para declarar inconstitucionalidade e sim para que se afaste normas entendidas como inconstitucionais ao caso concreto dentro de suas atribuições (Chaves, 1961).

Vê-se que o embasamento da Súmula surge somente com um só precedente, o que pode soar como equivocada ou inoportuna sua edição, o que contribui para entendimentos diversos a respeito da redação da Súmula.

Após edição da Súmula 347 surge o controle abstrato ou concentrado sob a vigência da Constituição de 1946 através da EC 16/65, alterando o art. 101 e 124 da CF/46 que ficaram da seguinte forma:

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
I – processar e julgar originariamente:
[...]
k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;
[...]
Art. 124 (sobre a Justiça estadual)...
[...]
XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado (Brasil, 1946).

Observado a redação do art.101 após a EC 16/65 visualiza-se que o único legitimado a representar sobre inconstitucionalidade é o Procurador-Geral da República, a legitimação única pode ser vista como algo que enfraquece a atuação do controle concentrado e avocação do controle para a suprema corte, em razão do monopólio sobre interposição de representação por inconstitucionalidade.

A EC/65 foi um marco importante na evolução da Constituição brasileira. Essa emenda, também conhecida como "Emenda Constitucional da Reforma de 1965", trouxe diversas inovações que moldaram a estrutura política do país naquela época.

Uma das mudanças mais significativas foi a ampliação do número de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Antes da emenda, o STF era composto por 11 ministros, mas a EC 16 aumentou esse número para 16, buscando fortalecer o papel do tribunal na interpretação e defesa da Constituição.

Além disso, a emenda trouxe alterações nas regras de eleições para os cargos executivos. Antes, a eleição para presidente e vice-presidente era feita separadamente. Com a EC 16, instituiu-se a eleição conjunta para esses cargos, estabelecendo a figura do vice-presidente como um parceiro eleito diretamente junto com o presidente (Brasil, 1965).

Outro ponto relevante foi a modificação nas regras de sucessão presidencial, antes da emenda, em caso de vacância dos cargos de presidente e vice, o Congresso Nacional deveria escolher novos ocupantes. Com a EC 16, estabeleceu-se que, em caso de vacância, o novo presidente seria eleito de forma indireta pelo Congresso Nacional, garantindo uma transição mais fluida (Alckmin Dutra, 2003).

Essas inovações refletiram a dinâmica política e as necessidades da época, buscando aprimorar o sistema jurídico e político do Brasil. A EC 16 de 1965 desempenhou um papel importante na modernização das instituições brasileiras, influenciando o funcionamento do Judiciário, o processo eleitoral e as regras de sucessão presidencial (Alckmin Dutra, 2003).

Com o nascimento do sistema de controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, incrementa-se mais uma forma de controle de constitucionalidade, agora com previsão constitucional, surgindo ainda sob a vigência da Constituição de 1946 uma nova perspectiva sobre o controle de constitucionalidade que se consolida com a Constituição de 1988 (Gandra Da Silva Martins, 2009).

Na constituição de 1946, o controle de constitucionalidade era como um guardião atento, mas com um olhar mais restrito do que se vê hoje em dia, era um tempo em que as leis para serem questionadas quanto à sua constitucionalidade precisavam passar por uma espécie de filtro mais seletivo ao contrário de hoje não havia o controle difuso onde qualquer juiz poderia se debruçar sobre a constitucionalidade de uma lei no curso de um processo (Alckmin Dutra, 2003).

A luz da constitucionalidade brilhava principalmente nas mãos de alguns atores específicos a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) era uma espécie de herói limitado, podendo ser acionado apenas pelo presidente da república, pelo procurador geral da república, pelo conselho federal da ordem dos advogados do brasil, OAB e pelos partidos políticos com assento no congresso nacional, eles eram os guardiões que podiam levantar a espada da inconstitucionalidade contra leis que considerassem em desacordo (Gandra Da Silva Martins, 2009).

Com a constituição além disso havia um momento prévio de reflexão constitucional antes de serem promulgadas as emendas à constituição eram submetidas a uma espécie de prévia sabatina no Supremo Tribunal Federal que funcionava como uma câmara de análise preventiva (Gandra Da Silva Martins, 2009).

Mesmo com esse cenário mais restrito era um período em que se começava a delinear as bases do que viria a ser o complexo sistema de controle de

constitucionalidade brasileiro como em todo desenvolvimento cada fase tem seu papel e na constituição de 1946 as sementes do controle de constitucionalidade foram plantadas aguardando para florescerem em tempos futuros (Alckmin Dutra, 2003).

1.2 A SÚMULA 347 DO STF NA CONJUNTURA CONSTITUCIONAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A constituição promulgada em 1988, vem após um período conturbado da história brasileira, depois de mais de 20 anos de regime militar, veio com o propósito de consolidar o Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de José Afonso Silva a origem da Constituição de 1988 não se dá a partir uma assembleia constituinte e sim de um congresso constituinte, pois a emenda constitucional EC nº 26, promulgada em 27 de novembro de 1985 convocou membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em Assembleia Nacional Constituinte, no dia 1º de fevereiro de 1987 (Afonso Silva, 2005):

Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembleia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral (Afonso Silva, 2005, p. 89).

O texto constitucional produzido como mencionado acima por José Afonso Silva, é considerado avançado, o que se leva a entender que quanto ao controle de constitucionalidade também se tem um texto com significativas evoluções a partir do avanço constitucional guiado pela carta magna.

A constituição de 1988, nossa constituição cidadã trouxe uma revolução em termos de controle de constitucionalidade, como se fosse uma sinfonia complexa de proteção aos direitos fundamentais, era como se finalmente a democracia brasileira encontrasse sua trilha sonora nesse tempo, o controle difuso ganhou destaque, qualquer juiz em qualquer canto do país podia levantar a bandeira da inconstitucionalidade durante o andamento de um processo era, como se cada tribunal fosse um pequeno guardião, vigilante contra leis que desafiassem os princípios da carta magna a estrela principal (Bonavides, 2009).

No entanto era a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) agora não eram apenas presidentes e políticos que podiam convocar o Supremo Tribunal Federal para o duelo constitucional, qualquer entidade com legitimidade poderia questionar a constitucionalidade de uma norma perante o tribunal máximo, mas a inovação não parava por aí, a Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC) entrava em cena como uma espécie de contraponto à ADI uma ferramenta para afirmar a constitucionalidade quase como um escudo protetor para leis que mereciam ser preservadas e não pode-se esquecer da intervenção federal um recurso especial que permitia ao STF intervir nos estados para garantir o respeito aos princípios constitucionais era como se o tribunal fosse um guardião ativo pronto para proteger a ordem constitucional mesmo nos cantos mais distantes do país (Lenza, 2020).

Assim na constituição de 1988 o controle de constitucionalidade se tornou um instrumento complexo onde cada um tinha seu papel na proteção dos valores fundamentais da sociedade, uma era em que a constituição não era apenas um papel, mas uma experiência viva ressoando em cada decisão em cada canto do país.

Quanto ao controle de constitucionalidade a nova constituição faz uma ampliação para exercício do controle, pode-se citar o art. 125 §2º da Carta Magna, que possibilita a instituição de ação direta de inconstitucionalidade por parte dos Estados-membros, fazendo ressalva a vedação de atribuição de agir a um único órgão. A atual constituição consolida o controle jurisdicional misto, sendo possível o controle pelos sistemas difuso e concentrado e pela via principal ou incidental, dentre as principais mudanças pode-se destacar (Alckmin Dutra, 2003):

Podem ser apontadas as seguintes modificações significativas em relação ao regime anterior: (i) a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente ampliada, reconhecendo-se a sua importância jurídica (art. 103, inciso I a IX); (ii) tornou-se obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 1o); (iii) cria-se a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3o); (iv) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o) e o mandado de injunção (art. 5o, LXXI); (v) criou-se um mecanismo destinado à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99); (vi) atribuiu ao Senado Federal a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); (vii) reconheceu expressamente a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos

estaduais ou municipais em face da Carta estadual (art. 125, § 2o) (Dutra, 2003, p. 17).

Como já citado neste trabalho o controle abstrato é inserido no ordenamento jurídico antes mesmo da Constituição de 1988, assim não é adequado dizer que a nova constituição é a responsável pela superação da Súmula. É inegável que a nova carta maior trouxe grande avanço sobre o controle de constitucionalidade ampliando os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade e novos institutos para se questionar leis e emendas constitucionais, a partir do aumento do rol de legitimados para propor ações passíveis de controle concentrado pode-se entender uma redução no significado de utilização do controle difuso:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - O Presidente da República;
II - A Mesa do Senado Federal;
III - A Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - O Procurador-Geral da República;
VII - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (Brasil, 1988)

Diante de tantos legitimados a propor ADI e ADC grande parte das controvérsias acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos são dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal pelo sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais do número de legitimados é importante ressaltar a ampliação de instrumentos para se discutir a constitucionalidade, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade é possível interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por Omissão) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).¹

¹ A ADI e a ADC estão previstas na Constituição de 1988 (artigos 102 e 103) e são regulamentadas pela Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs). A ADI é utilizada para questionar leis ou atos normativos federais ou estaduais que violam a Carta Magna. No caso da ADC, o objeto de questionamento são apenas as leis ou os atos normativos federais. A ADPF foi regulamentada em 1999, por meio da Lei 9.882/1999. Essa classe processual foi criada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – entre eles os anteriores à promulgação do atual texto constitucional. Ou seja, a ADPF supre uma lacuna deixada pela ADI, que somente pode ser ajuizada contra lei ou atos normativos, federais ou estaduais, que entraram em vigor

Se faz necessário demonstrar também a separação doutrinária feita entre os legitimados, que se dividem em universais, o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido político com representação no Congresso Nacional.

Esses legitimados são definidos como universais pelo fato de não terem restrição de temática para interposição da ação, os legitimados especiais, assim denominados aqueles que necessitam demonstrar devida relação temática com o elemento em discussão, são a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Sobre o controle de constitucionalidade pelo órgão fiscalizador não há dispositivo na Constituição de 1988 que o autorize afastar leis e atos normativos que considere inconstitucional. A ausência de previsão constitucional é substituída pelo verbete da Súmula nº 347, que como já visto foi editado sob vigência de outra Constituição, portanto juristas como o Min. Alexandre de Moraes e Min. Gilmar Mendes defendem que com o advento da Constituição de 1988 a Súmula resta superada.

A mesma constituição que não autoriza de forma expressa o controle constitucional pelo Tribunal de Contas da União, confere a ele competências e status de órgão autônomo e independente dos três poderes, tantas competências conferidas a um órgão superior, não seriam motivos suficientes para que se ache plausível o alcance das atribuições de forma excelente que um órgão de nobre função afaste aplicação de normas vistas pelo tribunal como inconstitucionais.

No art. 71 da Constituição Federal de 1988 estão elencadas as atribuições do Tribunal de Contas da União, além de outros artigos fazerem menção ao tribunal, os autores classificam as funções do Tribunal, até divergem acerca de algumas, mas pode-se destacar, Di Pietro que qualifica, em sete as funções do órgão: [...]

em data posterior à promulgação da Carta de 1988. A ADO, por sua vez, tem como objetivo analisar a possível omissão na criação de norma para tornar efetiva uma regra constitucional. Essa classe processual está regulamentada pela Lei 9.868/1999, em capítulo acrescido à norma em 2009 pela Lei 12.063/2009. Esses quatro instrumentos jurídicos ampliaram consideravelmente as competências do Supremo em matéria de controle de constitucionalidade, garantindo à Corte influência determinante nos destinos do país (STF, 2020).

“fiscalização financeira; de consulta; de informação; de julgamento; sancionatórias; corretivas; e de ouvidor” (Di Pietro, 2006).

A crítica que se faz a Súmula é sobre sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional pela consolidação do controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade que sobreveio a partir da EC 16/65 ainda na Constituição de 1946, tal forma de controle está na Constituição de 1988 no seu art. 102, I,a:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (Brasil, 1988).

O enaltecimento do controle concentrado com a nova constituição não excluiu o controle difuso do ordenamento jurídico, permanecendo na ordem constitucional a possibilidade desse controle:

Valorizou-se sensivelmente o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando-se e fortalecendo-se a via da Ação Direta, mas manteve-se o controle difuso, para possibilitar que, pela via incidental, inúmeras questões (principalmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias individuais e sociais) pudessem chegar à apreciação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal – neste último, por meio do Recurso Extraordinário (Medeiros, 2013, p. 191).

O entendimento que prevalece e que causa discordância a partir do novo texto constitucional é de se afirmar que o controle constitucional só deve ser atribuído a órgão com função jurisdicional, não abrangendo o texto constitucional órgãos de outra natureza. O controle concentrado é monopolizado pelo Supremo Tribunal Federal, já o controle difuso exercido por órgão jurisdicional não expurga do ordenamento jurídico a lei ou ato inconstitucional, apenas deixa de ser aplicado ao caso concreto (Bulos, 2017).

A função jurisdicional dos órgãos competentes para exercer controle de constitucionalidade se extrai do entendimento que juízes ou tribunais competentes possam afastar norma entendida por inconstitucional:

O controle difuso de constitucionalidade enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário, tanto pelos juízes singulares quanto pelos órgãos colegiados. Em relação a este, a Constituição Federal exige a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista no art.97 (“Somente pelo

voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão”) ,que determina a maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público (Schueller, 2011, p.141).

Logo, o verbete da Súmula 347 do STF pode não ser compatível com a ordem constitucional de 1988 quando utilizado como forma de declarar inconstitucional lei ou ato normativo, por entender-se que órgão administrativo estaria usurpando competência de órgão jurisdicional, mas é visualizado em seu precedente que esse não é o verdadeiro sentido da Súmula.

[...]até porque, se assim o fosse, o julgado precedente teria sido incoerente com o próprio ordenamento jurídico de 1946, que já dizia que não se tratava de controle difuso, mas de inaplicação de lei considerada inconstitucional. Desta forma, como já defendido neste trabalho, a súmula é perfeitamente compatível com a ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988 (Corrêa, 2022, p. 75).

Sobretudo, com a doutrina questionando a subsistência da Súmula com a nova ordem constitucional, não parece razoável que a consolidação de um sistema de controle constitucional enfraqueça o sentido sumular, pois a promulgação de um novo mandamento constitucional como foi a CF de 1988 não foi o suficiente para intensa transformação do controle constitucional que modificasse entendimentos corroborando para inaplicabilidade da Súmula, pois se o sentido da Súmula fosse mesmo de declarar norma como inconstitucional não seria compatível nem com a Constituição de 1946, portanto a conjuntura constitucional a partir da CF de 1988 não parece ser o fundamento para superação da Súmula (Côrrea, 2022).

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal a matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades (Afonso Silva 2014; p.554-555).

O percurso do Brasil em relação ao controle de constitucionalidade revela um sistema singular, um híbrido que mescla influências do modelo norte-americano com particularidades próprias. A combinação de critérios difuso e concentrado, aliada à recente inclusão da ação de inconstitucionalidade por omissão, conforme delineado nos artigos 102 e 103 da Constituição, destaca-se como um avanço gradual.

É notável a redução da competência do Supremo Tribunal Federal exclusivamente à matéria constitucional, embora isso não o converta em uma Corte Constitucional. Isso se deve, em primeiro lugar, à manutenção do critério difuso, que permite a qualquer instância judicial se manifestar sobre questões de inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, a composição do Supremo, associada à sua função primordial de analisar recursos extraordinários, sugere uma abordagem técnico-jurídica na avaliação das questões constitucionais em casos concretos. Essa dinâmica, inerente ao sistema difuso, prioriza a resolução do caso sem, se possível, proclamar a inconstitucionalidade.

Assim, mesmo diante das evoluções no controle de constitucionalidade no Brasil, o caráter multifacetado do sistema evidencia que o Supremo Tribunal Federal, embora exerça papel fundamental, não se enquadra plenamente no perfil de uma Corte Constitucional, mantendo uma abordagem peculiar na interpretação e aplicação da Constituição.

2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DA SÚMULA 347 DO STF

Perante a discordância existente sobre a Súmula 347, é necessário analisar os fundamentos favoráveis e contrários para sua aplicação, para que se possa extrair de ambos os subsídios para sustentar ou refutar sua aplicação.

Já se manifestaram expressamente pela sua superação ou releitura os ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, respectivamente. Pela manutenção da súmula ministros Edson Fachin, Luís Barroso e Rosa Weber.

Neste capítulo busca-se analisar os fundamentos apontados pelos ministros em julgados do STF, bem como apontar divergências e convergências das suas fundamentações em relação a Súmula 347.

2.1 ENTENDIMENTO PELA SUPERAÇÃO DA SÚMULA 347 DO STF

A Súmula foi criada em 1963, e desde então, o controle de constitucionalidade sofreu alterações, modificando-se com o passar do tempo, de certa forma sempre se atualizando, já o texto sumular permaneceu inerte quanto ao seu texto, em nada se alterou, por isso surgiu o questionamento quanto a validade da Súmula 347 do STF, se o texto sumulado seria uma autorização para que os tribunais de contas exercessem controle de constitucionalidade ou teria outro sentido.

Outro ponto é que a interpretação das leis e da constitucionalidade vai se transformando ao longo do tempo. O que parecia fazer sentido ontem pode não fazer tanto hoje.

E tem também a ideia de que os Tribunais de Contas poderiam estar de certa forma adentrando em um território do judiciário. Pois, ao apreciar a constitucionalidade, os Tribunais de Contas podem estar tirando o protagonismo do poder Judiciário, que tradicionalmente é quem decide as questões constitucionais.

Então, em síntese, acha-se que a Súmula 347 poderia estar um tanto quanto desatualizada, como uma lei que se torna obsoleta, que ao passar do tempo, com a promulgação de uma nova constituição ela estaria ultrapassada, sem precedentes que sustentassem sua usualidade.

A questão de os tribunais de contas embora desempenhem um papel vital na fiscalização das contas públicas não têm o superpoder de afastar diretamente leis consideradas inconstitucionais geralmente a responsabilidade principal dos tribunais de contas é zelar pela correta utilização dos recursos públicos analisando gastos e orçamentos quando se trata da constitucionalidade das leis argumenta-se que essa é uma área mais reservada para o judiciário especialmente para o Supremo Tribunal Federal assim é como se cada instituição tivesse seu próprio papel, e os tribunais de contas estão mais focados na parte financeira e fiscalizatória enquanto o judiciário com destaque para o STF é um guardião da constitucionalidade estabelecendo a harmonia das leis, as fronteiras entre essas funções podem ter nuances, até podendo ser plausível para os tribunais de contas apontar para a possibilidade de inconstitucionalidade, mas a decisão final recai sobre os ombros do judiciário (Moraes, 2021).

A discussão sobre a subsistência da Súmula 347 do STF não é recente, é discutida tanto na jurisprudência quanto na doutrina sobre a atuação do órgão administrativo no tocante ao controle de constitucionalidade. Apesar da Súmula ter sido editada em 1963 e ter subsistido até os dias atuais, já sofreu com questionamentos quanto a sua validade embora não tenha sido revogada, como exemplo no julgamento do MS 25.888-MC de 22.03.2006 o Min. Gilmar Mendes já questionou sua validade:

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 (Mendes, 2006, p.14).

Pois no julgado referido acima o ministro já faz menção ao contexto constitucional em que a Súmula foi editada, sugerindo que houve grande mudança no que concerne ao controle de constitucionalidade após a promulgação da Constituição de 1988:

A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional 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 (Mendes, 2006, p. 16).

O posicionamento do ministro neste julgado propõe que houve grande evolução no controle constitucional com a Constituição de 1988, assim uma reavaliação da Súmula seria necessária, pois não pareceria o mais conveniente órgão administrativo avocar competência para declarar inconstitucionalidade de norma, tendo em vista a possibilidade de controle abstrato pela corte constitucional.

Em julgamento mais recente se evidenciou novamente os questionamentos sobre a validade da Súmula 347 do STF no MS 35.410 de 12 de abril 2021 de Relatoria do Min. Alexandre de Moraes, foi novamente colocada em discussão a validade da referida Súmula, onde o relator e o Min. Gilmar Mendes se posicionaram pela não aplicação da Súmula 347. O ministro relator se posicionou no sentido de ser uma usurpação de competência do poder judiciário o TCU recusar-se a aplicar norma por entender ser inconstitucional, assim apontou ser desfavorável que o órgão declare inconstitucional norma com efeito *erga omnes* bem como afaste aplicação de norma via incidental ao caso concreto. Eis o teor do voto do Ministro Alexandre de Moraes:

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 (Moraes, 2021, p. 17).

Nesta oportunidade o Min. Gilmar Mendes continuou com seu entendimento, defendendo a superação da Súmula 347, conforme já havia explicitado no MS 25.888-MC, neste julgado trouxe os seguintes argumentos:

Inicialmente, no tocante à alegação de incompetência do Tribunal de Contas da União para realizar controle difuso de constitucionalidade, é interessante notar que, entre nós, a jurisprudência antiga, encartada na Súmula 347 desta Corte, abre ensejo para que o Tribunal de Contas afaste a aplicação de uma lei a um caso sob o seu exame, por julgá-la inconstitucional. Ocorre que o referido Enunciado foi aprovado em Sessão Plenária de 13.12.1963, em contexto constitucional totalmente diferente do atual. Com efeito, até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, da aplicação de lei considerada inconstitucional (Mendes, 2021, p. 70).

O eminente Ministro Gilmar Mendes é repetitivo ao sempre citar o contexto constitucional em que foi editada a Súmula 347, contexto que foi elencado neste trabalho no primeiro capítulo, a fim de se entender com qual propósito foi editada a Súmula, em síntese, não existia o controle abstrato de constitucionalidade que foi inserido no ordenamento jurídico após a EC 16/65. É notório que nos dois trechos dos votos citados os ministros não consideram a hipótese de controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais de contas, porém nota-se que o ministro nesse voto cita que antes a EC 16/65 era admitida a recusa de aplicação de norma por órgão não jurisdicional.

A discussão jurisprudencial acerca do tema transpõe a discussão sobre os Tribunais de Contas, e vai além, se discutindo sobre órgãos com natureza jurídica administrativa exercerem tal poder visto como de competência de órgão com natureza jurisdicional. Neste seguimento, o Mandado de Segurança de n. 27744/DF, em que tem como Relator o Ministro Eros Grau, discute a possibilidade do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP - exercer controle de constitucionalidade em decisões administrativas tomadas pelo órgão. Neste caso o ministro sustenta a tese de que o exercício do controle de constitucionalidade é de competência do judiciário, como se observa a seguir:

A declaração de inaplicabilidade do preceito aos casos concretos e às hipóteses futuras é expressiva do exercício de controle concentrado de constitucionalidade pelo Conselho Nacional do Ministério Público, órgão administrativo que não detém competência para tanto. O próprio relator do PCA o reconhece ao negar seguimento ao pedido por considerar que embute pretensão de exercício de controle concentrado de constitucionalidade. A jurisprudência desta Corte recusa o exercício de controle de constitucionalidade por órgãos administrativos (Eros Grau, 2008, s.p.).²

Nesta continuidade, a divergência fica evidenciada na Suprema Corte, quando a discussão fica em torno de órgão administrativo afastar norma considerada inconstitucional. Sobre o controle de constitucionalidade o STF possui pacificado o entendimento de que órgãos administrativos não exercem controle de constitucionalidade, acompanhando o que escreve a doutrina, esse entendimento fica demonstrado na Pet. 4.656 (Pleno, j. 19.12.2016, DJE de 04.12.2017), apesar da

² No mesmo sentido, existem os seguintes precedentes: MS 25.986, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.783, Rel. Min. Marco Aurélio; MS 27.743 Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 26.808, Rel. Min. Gilmar Mendes; MS 27.232, 27.337 e 27.344, Rel. Min. Eros Grau.²

decisão ser referente ao Conselho Nacional de Justiça acaba por refletir a todos órgãos administrativos como o Tribunal de Contas da União.

A Pet. 4.656, reconheceu a validade dos atos do CNJ, por estar dentro de sua competência a fiscalização dos atos administrativos, porém não houve uma declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em discussão, a lei continuou a produzir efeitos, pois há de se diferenciar a não aplicação de lei de declaração de inconstitucionalidade, nesse sentido escreve Pedro Lenza:

Dessa forma, os ditos “órgãos administrativos autônomos” (CNJ, CNMP e TCU), com a função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, poderão afastar a aplicação de lei ou ato normativo violador da Constituição. Mas que fique claro: isso não é controle de constitucionalidade! (Lenza, 2019, p. 428).

É importante citar que o Min. Alexandre de Moraes em obra doutrinária refere-se que o CNJ não tem competência para realizar controle de constitucionalidade, por ferir a própria constituição em caso de tal exercício, o autor traz no trecho:

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, “a” e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo (Alexandre De Moraes, 2017, p. 563).

Tem-se como ponto crucial que mesmo que o órgão administrativo afaste a aplicação de lei, não se trata de uma espécie de controle difuso de constitucionalidade pois a natureza jurídica para que algum órgão declare inconstitucional lei é que tenha natureza jurisdicional.

O ministro Carlos Ayres Brito, na sua doutrina também sustenta a não possibilidade de tal controle pelo TCU, em suas palavras firma que “não há como conceber o exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, o qual não desempenha atividade jurisdicional e não é destinatário de competência constitucional atípica para, no exercício de suas funções, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos ou leis” (Carlos Ayres Brito, s.p, 2010).

Segue afirmando sobre a impossibilidade de órgãos com função administrativa realizar o controle de constitucionalidade:

Ora, diante de um sistema de controle de constitucionalidade, não se mostra razoável que órgãos desprovidos de natureza jurisdicional possam avocar competência tipicamente judiciária para emitir juízo de adequabilidade entre atos normativos primários e a Lei Maior, em manifesta subversão da unidade racional que o sistema busca emprestar à fiscalização de constitucionalidade das leis (Ayres Brito, 2010, s. p).

Além da posição jurisprudencial, se tem a discussão doutrinária quanto a aplicação da Súmula, de acordo com Pedro Lenza órgãos administrativos não exercem controle concentrado nem mesmo o controle difuso de constitucionalidade. (Pedro Lenza, 2020). Em mesmo sentido, porém esclarecendo que o TCU não tem competência para declarar inconstitucionalidade, mas de sim afastar norma em desconformidade com a constituição, escreve Bulos:

[...] não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto (Bulos, 2017 p.815).

Deve-se observar que no ordenamento jurídico brasileiro prevalece a presunção de constitucionalidade das normas. Partindo deste ponto, a norma que adentra ao ordenamento jurídico se presume constitucional, pois já foi observado os critérios materiais e formais para sua criação, assim o legislativo e executivo exercendo o controle constitucional no momento de produção da norma, dentro desse escopo Luís Roberto Barroso ensina:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor (Barroso, 1998, p. 164).

Pelo viés da constitucionalidade presumida, Barroso defende que o órgão competente deve abster-se da declaração de inconstitucionalidade quando essa condição não for flagrante, assim defende-se que até órgãos competentes para declarar inconstitucionalidade observem o princípio, não seria diferente para órgão que se discute ter a competência, destarte o órgão que não detém tamanha competência carece observar a definição de órgão competente sobre a norma, vislumbrando que o órgão atentou para o princípio (Barroso, 1998).

Portanto, como define Artur Leandro Veloso De Souza [...] “até ulterior decisão do Poder Judiciário quanto a inconstitucionalidade do dispositivo normativo, não pode o Tribunal de Contas afastar a aplicação da norma para realizar o seu desiderato” (Souza, 2016).

A posição defendida é de que o órgão que declare a inconstitucionalidade de norma tenha função jurisdicional, assim órgão com função administrativa necessita sujeitar-se as decisões do órgão competente e não a declarar norma como inconstitucional de acordo com suas aspirações, pois esta função está avocada pelo poder judiciário (Souza, 2016).

2.2 DISPOSIÇÃO PELA VALIDADE DA SÚMULA 347 DO STF

"O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público" (Brasil, 1963). Essa é a essência da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, ela basicamente afirma que os tribunais de contas têm o poder e a responsabilidade de avaliar a constitucionalidade das leis e ações do poder público no curso de suas atribuições em termos simples, enquanto estão de olho nas contas públicas, os tribunais de contas não precisam virar as costas para questões constitucionais, essa Súmula confere uma espécie de autorização para esse papel de fiscalização mais amplo (Chaves, 1963).

O controle de constitucionalidade tem como finalidade precípua a análise de compatibilidade formal e material de leis e atos normativos emanados do Poder Público à luz da Constituição. Busca, assim, resguardar a supremacia do texto constitucional sobre todo o ordenamento jurídico e, em última análise, proteger os direitos e garantias fundamentais (Moraes, 2018).

Sob esse contexto se justifica a análise da importância da subsistência ou não da Súmula 347, este tópico do capítulo dois tem o propósito de apresentar argumentos favoráveis a aplicação da Súmula, trazendo pontos que se referem ao controle de constitucionalidade, uma releitura do entendimento sumulado ou até um retorno ao verdadeiro sentido da Súmula quando editada em 1962, mostrando a convergência dos diversos juristas quanto a aplicação da Súmula e a importância desta competência aos Tribunais de Contas.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal divergiram do relator, onde sustentaram fundamentos favoráveis a manutenção da Súmula bem como o Tribunal de Contas da União afastar normas inconstitucionais ao caso concreto, nessa essência foram contrários ao relator no MS 35.410 de 12 de abril 2021 os Ministros Luis Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio.

A discordância do Min. Barroso vai além de somente afastar norma revelada inconstitucional, mas também de que o órgão exerça controle de constitucionalidade pela via incidental, sob o argumento de ser um órgão administrativo superior (Barroso, 2021):

Ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto (Barroso, 2021, p 26).

Observando o voto do Min. Barroso é trazido ao tema uma outra ótica ao sentido da Súmula, pois como visualizou-se em seu precedente o sentido é que o Tribunal de Contas tenha autonomia para afastar norma entendida por inconstitucional, não que a declare inconstitucional, pois a declaração de inconstitucionalidade traria efeito erga omnes, assim um órgão não jurisdicional estaria exercendo controle difuso de constitucionalidade pela via incidental, e é isso que o Ministro deixa a entender, que o Tribunal de Contas pode exercer controle difuso de constitucionalidade. Assim quem sabe até extrapolando o sentido dado a Súmula pelo seu precedente (Barroso, 2021).

Favoravelmente a manutenção da Súmula 347 também votou o Min. Edson Fachin defendendo que o TCU exerça o afastamento de norma declarada inconstitucional, porém não se posicionou sobre o Tribunal exercer controle de

constitucionalidade como o Min. Barroso, usou como fundamento para manter o afastamento de norma inconstitucional pelo TCU a Pet 4.656, onde o teor do julgado remete ao verdadeiro sentido da Súmula 347, que há de se fazer uma distinção entre não aplicação da lei reputada como inconstitucional e declaração de inconstitucionalidade, assim admitiu que a Corte de Contas não aplique norma inconstitucional (Fachin, 2021). Eis o teor do voto do ministro:

E, de fato, não parece desbordar de sua competência que a Corte de Contas verifique a compatibilidade dos atos administrativos submetidos à sua análise, com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Aqui, entendo ser aplicável o mesmo entendimento já expresso por este Supremo Tribunal Federal no que concerne às competências do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, em especial no julgamento da PET 4.656/PB (Relatora Ministra Cármen Lúcia, Plenário, julgamento em 19.12.2016), em que se distinguiu a não aplicação da lei reputada inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade, reconhecendo a competência do órgão correccional para, uma vez concluída a apreciação da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador da lei inconstitucional (Edson Fachin, 2021, p. 39).

Também em mesma essência o voto do a época o Min. Marco Aurélio, mantém o entendimento de validade da Súmula 347, em um fundamento mais objetivo, justificando sua validade eis que a Súmula não foi revogada pelo pleno, e que ao julgar caso concreto cabe sim ao TCU afastar norma inconstitucional, o ministro argumenta sobre tal competência do órgão de contas em respeito a supremacia da constituição, e deixa claro em seu voto que não se trata de controle difuso de constitucionalidade tendo em vista o órgão não ter natureza jurisdicional (Marco Aurélio, 2021).

O Tribunal de Contas assentou a possibilidade de enfrentar situação concreta e concluir que prevalece não a lei, mas sim a Constituição, no que a Administração não está compelida a observar norma incompatível com a Lei Maior. Atuando, não exerceu o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional. Teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma. Seria verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade. Prevaleceria, muito embora no campo administrativo, lei inconstitucional (Marco Aurélio, 2021 p. 59).

Pode-se ver que mesmo entre os ministros que defendem a manutenção da Súmula encontra-se outra divergência, basta observar-se os votos do Ministro Barroso e do Ministro Marco Aurélio, quando um traz a possibilidade do tribunal realizar controle de constitucionalidade difuso, sem mesmo ser órgão jurisdicional, sob o argumento de se tratar de uma corte superior e o outro fala ser cabível o afastamento

de norma inconstitucional pelo tribunal, mas não se trata de controle difuso de constitucionalidade sob o fundamento de ser órgão que não possui função jurisdicional, o poder de afastar se daria em respeito a supremacia da constituição. Mas ambos convergem que a Súmula não se encontra superada e ao Tribunal de Contas cabe afastar norma observada como inconstitucional (Marco Aurélio, 2021) (Barroso, 2021).

No mesmo julgado a Min. Rosa Weber vai além e incrementa novo argumento, não se detém a apenas que o TCU afaste norma que entenda inconstitucional, mas sim apresenta mais um requisito, que a matéria da norma entendida por inconstitucional já tenha sido pacificada pelo STF. Eis o teor do voto:

Considero que a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permite ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da validade de lei em caráter abstrato, apenas possibilita que aquele órgão de controle, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, **quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte** (Weber, 2021, p. 63).

Como visto, a ministra enfatiza a não possibilidade de realização de controle abstrato pela corte, algo que é pacificado não ser possível, a discussão gira em torno do controle difuso, sempre com a aplicação da lei em caso concreto. A ministra admite que o Tribunal afaste a aplicação de dispositivo legal visto com inconstitucional e faz menção a duas condições, primeiramente, a reserva de plenário prevista no art. 97 da CF de 1988, e secundamente, que o tribunal exerça o afastamento quando se tratar de matéria que já esteja pacificada sua inconstitucionalidade pelo STF. Pode-se notar que a segunda condição mencionada pela ministra pode ser vista como alguma limitação a exercício deste controle pelo Tribunal de Contas, por reduzir sua atuação nesse sentido de só afastar normas com matéria já definida pela Suprema Corte como inconstitucional, deste modo fica o entendimento de que o STF realiza o controle de constitucionalidade e TCU só aplicaria tal entendimento (Weber, 2021).

Cabe mencionar que o próprio Min. Gilmar Mendes, que em diversos julgados já citados se demonstrou favorável a superação da Súmula, no MS 26.739 demonstrou entendimento que seria possível a aplicação da Súmula para afastar norma desde que decorrer de interpretação já estabelecida pelo STF (Mendes, 2016).

Ao que tudo indica — e explicaremos melhor a seguir —, o STF vem fazendo uma releitura da referida súmula, tendo chegado, o próprio Min. Gilmar, em um primeiro momento, a admitir a possibilidade de os órgãos da

administração deixarem de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorrer de interpretação já estabelecida na Corte (cf. MS 26.739, 2.^a T., j. 1.º.03.2016) (Lenza, 2019, p. 426).

Como observado no tópico anterior, é quase que pacífico o entendimento que órgão administrativo não exerce controle de constitucionalidade, porém o entendimento não é suficiente para deixar de aplicar a Súmula 347, pois existe diferença entre declaração de inconstitucionalidade e deixar de aplicar lei por prestígio a constituição.

A função administrativa e não jurisdicional não parece ser empecilho para afastar norma inconstitucional, pois seria natural do exercício de sua função de controle não aplicar norma inconstitucional (Lenza, 2020):

Ressalta-se, primeiramente, que a competência dos magistrados de primeiro grau e dos tribunais para realizar o controle incidental de constitucionalidade não está descrita no texto constitucional, sendo inquestionável, contudo, que detém tal prerrogativa em virtude das funções que exercem. A constituição apenas faz alusão aos tribunais na função de verificar a constitucionalidade de leis e atos normativos quando fala da reserva de plenário, à qual, em nosso entender, o TCU também se vincula (Forni, 2021, p.85).

Ao entendimento do autor citado acima a constituição quando menciona a reserva de plenário aos tribunais para declarar inconstitucionalidade de norma também acaba por vincular o Tribunal de Contas da União, então cabe ao TCU afastar norma inconstitucional, desde que respeite a previsão constitucional, destaca-se que o autor não menciona como controle de constitucionalidade, mas sim a não aplicação de uma lei (Forni, 2021).

Na mesma acepção escreve Fajardo, [...] “a competência para apreciar a constitucionalidade não requer discriminação específica, nem para os juízes e tribunais do Poder Judiciário, nem para o Tribunal de Contas, pois se trata de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo” (Fajardo, 2008).

Neste âmbito apontado por Fajardo, seria competência acessória a apreciação de constitucionalidade de norma, visto que a função típica do Tribunal de Contas da União seria de fiscalização, e no exercício de suas funções constitucionais caberia ao tribunal não aplicar uma lei entendida por inconstitucional (Fajardo, 2008).

Sob a validade da Súmula 347 do STF é necessário citar o entendimento do professor Ricardo Schneider Rodrigues, que em sua conclusão do artigo que tem

como título: O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. Trouxe importantes pontos que alicerçam o entendimento de que a Súmula segue válida (Schneider Rodrigues, 2021).

Analisados os julgados do STF sobre a temática à luz do princípio da juridicidade, é possível concluir pela ausência de argumentos que justifiquem a superação da Súmula nº 347 do STF, mormente porque não se atribui a órgão alheio ao Judiciário a possibilidade de efetivar um controle de constitucionalidade que abarque uma declaração formal de incompatibilidade da norma viciada com o texto constitucional. A rigor, assegura-se às Cortes de Contas apenas a possibilidade de fazer valer a Constituição quando, no caso concreto, a lei que seria aplicável afrontar de forma direta o texto constitucional. Vedar essa atividade ensejaria a subversão da lógica da hierarquia das normas no ordenamento jurídico, privilegiando-se uma legalidade estrita em detrimento da força normativa e da supremacia das normas constitucionais (Schneider Rodrigues, 2021, p. 649).

A validade da Súmula visa assegurar o respeito a supremacia da constituição e não uma atribuição que usurpe poder, deixando de aplicar ao caso concreto norma que viole dispositivo constitucional, corroborando para que o Tribunal de Contas exerça suas funções constitucionais com autonomia e eficiência (Schneider Rodrigues, 2021).

Visualizada a opinião de ministros e doutrinadores, pode-se notar que em todos os posicionamentos favoráveis consentem o respeito a Lei Maior, e que a Súmula 347 atribui ao Tribunal de Contas da União ferramenta para que possa de forma prática respeitar a Carta Magna, dessa forma traz à tona se seria um controle de constitucionalidade, se posiciona nesse aspecto o Min. Luis Roberto Barroso ao dizer que seria uma espécie de controle difuso incidental. Porém de forma majoritária o entendimento exposto é de que a Súmula 347 autoriza o TCU afastar norma que contrarie a constituição, respeitando os critérios da presunção de constitucionalidade, e não que o TCU declare norma como inconstitucional, tendo em vista essa função estar preservada para órgão com função jurisdicional (Barroso, 2010).

Portanto, os posicionamentos favoráveis a subsistência da Súmula 347 são de que sua interpretação seja em seu sentido original, onde em seu precedente o relator Min. Pedro Chaves diferenciou a atribuição de afastar de declarar inconstitucionalidade. Assim a defesa é de que a Súmula 347 continue válida e não que os Tribunais de Contas exerçam controle de constitucionalidade, com a exceção

do Min. Luis Roberto Barroso que na sua visão vislumbra a possibilidade de qualquer corte superior exercer esse controle (Chaves, 1963) (Barroso, 2021).

Logo, a Súmula ainda tem sua utilidade, porém não com o sentido de atribuir competência de que os tribunais de contas exerçam controle de constitucionalidade, mas sim de que possam deixar de aplicar lei por essa ser inconstitucional.

3 SOLUÇÃO SOBRE A DIVERGÊNCIA DA SÚMULA 347 DO STF

Analisando o contexto constitucional em que foi editada a Súmula, os fundamentos favoráveis à sua superação e os fundamentos para sua subsistência, verifica-se a necessidade para se chegar a um consenso sobre a superação ou subsistência e se o entendimento for de manutenção da Súmula de que forma ela será aplicada, quais serão os parâmetros e limites impostos ao Tribunal de Contas da União.

É importante informar que durante a elaboração desse trabalho o tema foi matéria de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, chegando a uma conclusão sobre a Súmula 347, a partir disso deve-se analisar qual foi o entendimento da suprema corte e qual foi seu alinhamento aos fundamentos apresentados neste trabalho ao longo de seus capítulos.

3.1 A REVISÃO OU CANCELAMENTO DA SÚMULA 347 DO STF

Antes de se analisar a decisão do STF sobre a subsistência da Súmula 347 já mencionada de maneira introdutória, é necessário um breve esclarecimento se seria possível ou até conveniente uma revisão que modificaria o seu texto ou um cancelamento que revogaria o texto sumular.

Há quem levante a bandeira da revisão ou do cancelamento argumentam que, com o passar dos anos, as leis mudaram o entendimento sobre constitucionalidade, evoluiu e talvez a Súmula não esteja mais alinhada com a conjuntura constitucional, a revisão poderia ser como uma atualização, ajustando os detalhes para torna-la mais adequada nos dias de hoje, não permitindo uma interpretação dúbia, ou o cancelamento da súmula, assim deixando de existir alicerce legal para que os tribunais de contas apreciem a constitucionalidade de qualquer forma (Moraes, 2021).

Tendo em vista a sua não revogação em regra quando invocada ainda possui força normativa em que pese o fundamento constitucional que alicerçou sua criação não esteja mais vigente. Em decisão recente de 23 de março de 2023 o plenário do STF decidiu que Súmula vinculante deve ser revista após alteração de lei que embasou sua edição, a decisão ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 1116485 (Tema 477 da repercussão geral), seguindo o que está preconizado no art. 5º da Lei 11.417/06 “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de

enunciado de Súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso” (Brasil, 2006).

De fato, a Súmula 347 não possui efeito vinculante então a Lei 11.417/06 não se aplica, até por isso edição, revisão e cancelamento de Súmula sem efeito vinculante é mais simples, precisando de apenas de deliberação da maioria absoluta do plenário já para súmulas vinculantes são necessários dois terços.

Diante disso caso o STF entendesse por revisão ou cancelamento seria esse o procedimento necessário, uma votação com maioria absoluta para um dos pareceres, assim não cabe dizer que com o ordenamento constitucional de 1988 ocorreu uma revogação tácita, apesar de que em julgados de relatoria do Min. Alexandre de Moraes se sobrepõe esse entendimento, eis teor do voto do Ministro no MS 35.410/DF (Moraes, 2021):

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da **Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988** (De Moraes, 2021, p. 9, sem grifos no original).

Porém mesmo com o advento de nova constituição para que houvesse sua revogação é necessário a deliberação em plenário, por isso pode-se concluir que a Súmula não teve sua vigência comprometida e que sua revisão ou cancelamento então depende do entendimento do Supremo, como prevê o art. 102 do Regimento interno do STF (Brasil, 2020):

Art. 102.A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.
§ 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta (STF, 2020).

Com base a alteração constitucional que ocorreu após a publicação da Súmula em discussão, a evolução do controle de constitucionalidade e a recente decisão e aplicação da lei que disciplina as súmulas vinculantes, seria viável alteração no Regimento Interno da Suprema Corte, estabelecendo que alteração constitucional

ensejasse revisão ou cancelamento de Súmula que trata de atribuição de órgão previsto constitucionalmente, mesmo que a Súmula não seja vinculante, assim trazendo maior segurança jurídica ao âmbito constitucional, evitando dubiez como essa atual se Tribunal de Contas pode ou não afastar norma inconstitucional (Fux, 2023).

Então, como observado no julgado referente a súmulas vinculantes e ao que diz o Regimento Interno do STF no seu art. 102, para que ocorresse o cancelamento da Súmula seria preciso uma discussão acerca da Súmula no plenário da suprema corte, onde então os eminentes ministros demonstrariam seu entendimento, como já viu-se alguns de seus fundamentos no capítulo dois deste trabalho, e em julgamento do MS 25.888 de 22 de agosto de 2023 a discussão em plenário uma nova releitura para a Súmula 347, que será analisada em tópico posterior (Fux, 2023).

3.2 A RELEITURA DA SÚMULA 347 DO STF

Os Tribunais de Contas, ao exercerem suas funções de fiscalização das contas públicas, têm o poder e o dever de zelar não apenas pela regularidade financeira, mas também pela consonância das ações do Poder Público com os princípios e normas da Constituição.

Essa interpretação modernizada poderia refletir uma abordagem mais holística. Em vez de apenas olhar para as cifras, os Tribunais de Contas também seriam como guardiões da constitucionalidade, certificando-se de que as ações do governo estejam em sintonia com os valores fundamentais da Carta Magna. Seria como se a Súmula 347 ganhasse um upgrade, reconhecendo a importância não apenas das finanças públicas, mas também da integridade constitucional. Uma espécie de equilíbrio entre a gestão responsável do dinheiro público e a defesa dos princípios que moldam nossa sociedade (Joaquim, 2010).

A possível nova releitura da Súmula 347 pode-se observar na Pet 4.656 de 12 de dezembro de 2017 apesar de ser anterior do MS 35.410 onde há a divergência com maior evidência por parte dos ministros, pois parece trazer argumentos que solucionariam a discussão sobre sua subsistência, e no mesmo sentido a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos, já citado neste trabalho traz sobre o TCU realizar o afastamento da norma revelada inconstitucional na via incidental (Bulos, 2017).

Assim a releitura seria no sentido de que a Súmula não autoriza o TCU realizar controle de constitucionalidade, mas sim que ele aprecie a constitucionalidade da norma ao caso concreto, visualiza-se que o texto da própria Súmula não fala em declarar constitucionalidade e sim apreciar a constitucionalidade da norma. Eis o que estabelece a Súmula 347, “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode **apreciar** a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (STF, 1963, sem grifos no original).

A competência de declarar a constitucionalidade de norma traria um efeito de a norma ser excluída do ordenamento jurídico, o que é entendimento pacífico do STF que não é possível ser realizado por órgão sem função jurisdicional. Por fim o afastamento de norma visualizada como inconstitucional estaria de acordo com o mandamento constitucional, nesse sentido observou o Min. Barroso, “[...] quem quer que tenha que aplicar a lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não aplicar, sob pena de estar violando a Constituição” (Barroso, 2017).

Corroborando com a possível releitura no ano de 2013 em decisão de medida cautelar no MS 31.923 a época o então Min. Celso de Mello, trouxe em seu voto observações que auxiliam a se ter um melhor entendimento sobre a aplicação da Súmula e o controle de constitucionalidade pelos órgãos administrativos (De Mello, 2013):

A defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos, de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais, podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que- na linha do entendimento desta Suprema Corte- ‘há que distinguir entre declaração inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado’ (Mello, 2013, p.9).

A partir da análise feita da doutrina e da posição de ministros da suprema corte, é necessário fazer a distinção entre declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e a sua não aplicação, assim entendendo que o Tribunal de Contas ao deixar de aplicar norma compreendida por inconstitucional está cumprindo com a ordem constitucional e não usurpando competência do judiciário, por fim não exercendo controle de constitucionalidade pois o afastamento da norma não tem efeito *erga omnes* (Mello, 2013)

Antes de se analisar o julgado que atualmente dita os parâmetros para que os tribunais de contas afastem leis inconstitucionais, é importante mencionar o ARE 1.208.460/GO em que foi visto pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, diante deste processo é que foi avaliado pela segunda turma e por questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes de que fosse a julgamento o processo pelo Tribunal Pleno, para desse modo se discutir sobre a Súmula 347, destaca-se ainda não ter ocorrido o julgamento do processo citado e os atuais parâmetros estarem delimitados pelo MS 25.888 AgR onde a Corte estabeleceu suas diretrizes quanto a Súmula, porém é oportuno analisar-se de forma breve o julgado ainda que pela segunda turma, que teve como relator o Min. Edson Fachin.

No ARE 1.208.460/GO, o polo passivo do presente agravo regimental é o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, esta informação é importante para esclarecer em até certo momento a pesquisa do trabalho que analisa a possibilidade ou não dos tribunais de contas exercerem controle de constitucionalidade, pois o que se vê na doutrina e jurisprudência é majoritariamente tratando do Tribunal de Contas da União, porém em observância ao princípio da simetria, os Tribunais de Contas dos Estados e Municípios podem não aplicar leis que entendam por inconstitucionais desde que no âmbito de sua competência.

Assim, no julgado citado no parágrafo anterior, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás não aprovou contas municipais por entender que leis municipais não estavam em conformidade com a Constituição Federal, invocando a Súmula 347 do STF, a partir disso é conveniente apresentar os fundamentos utilizados pelos ministros da segunda turma, lembrando que o julgado é anterior ao MS 25.888 Agr (Fachin, 2023).

Em sua fundamentação o Ministro Relator defende que o TCM/GO possui a legitimidade para afastar normas inconstitucionais, e utiliza-se para isso a Pet 4.656/PB, onde o julgado foi favorável para que o CNJ fizesse esse tipo de controle, destaca-se o seguinte trecho, onde o relator utiliza como base a Pet. Citada (Fachin, 2023):

É aplicável, ao caso, o entendimento posto no julgamento da Pet 4656/PB, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, DJe 4.12.2017, ocasião em que o Plenário desta Corte conferiu legitimidade ao Conselho Nacional de Justiça para determinar que órgãos submetidos à sua fiscalização abstenham-se de praticar atos administrativos fundados em leis que ele, o CNJ, tenha por inconstitucionais (Fachin, 2023, p. 1).

Mais adiante o Min. Relator, utiliza-se da fundamentação da ministra Carmen Lúcia na Pet 4.656/PB para dar maior clareza a distinção entre afastar a lei e declarar a inconstitucionalidade da lei, retirando-a do ordenamento jurídico:

Conforme consignado, na decisão atacada, as ponderações promovidas pela Min. Cármen Lúcia em referido julgamento, notadamente em relação à distinção entre a declaração de inconstitucionalidade de lei propriamente dita, esta atribuída ao órgão jurisdicional competente e tendo como consequência lógica a extirpação da norma do ordenamento jurídico, e a limitação do alcance da norma, determinação efetuada, no caso concreto, por órgão estatal autônomo de controle, o Conselho Nacional de Justiça, não excluem, por outro lado, outros órgãos que estão enquadrados nesta mesma categoria, como os Tribunais de Contas (Fachin, 2023, p. 3).

E por fim o Min. Edson Fachin, conclui que não há uma usurpação de competência o TCU declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos levados a sua apreciação “E, de fato, não parece desbordar de sua competência que a Corte de Contas verifique a compatibilidade dos atos administrativos submetidos à sua análise, com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (Fachin, 2023).

Então no ARE 1.208.460/GO, ocorre a discordância entre o ministro relator e o Ministro Gilmar Mendes, a discordância não se trata exclusivamente da competência do Tribunal de Contas, mas sim da forma que o TCM/GO analisou a constitucionalidade das leis, que no entendimento do Ministro Gilmar Mendes foi pelo modo abstrato, modo esse de competência exclusiva da Suprema Corte, e a jurisprudência do STF é pacífica quanto aos Tribunais de Contas não poderem exercer controle de constitucionalidade abstrato, com efeitos *erga omnes*³ (Mendes, 2023).

Posso afirmar com segurança. Nunca este Supremo Tribunal Federal, nem mesmo nos períodos que demonstrou mais otimismo com a Súmula 347, chegou ao ponto de admitir que um Tribunal de Contas procedesse à fiscalização in abstrato de leis de atos normativos. Não haveria de ser agora que teríamos que mudar (Mendes, 2023, p. 7).

³Todos os seguintes mandados de segurança impetrados contra o TCU foram providos, pelo STF entender que o TCU realizou controle de constitucionalidade abstrato MS 35410 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35490 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35494 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35498 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35500 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35812 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35824 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021; MS 35836 , Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 5.5.2021.

Aqui resta claro a posição de que o STF nunca admitiu a possibilidade de que os Tribunais de Contas realizassem controle abstrato de constitucionalidade, e em outro momento o Ministro Gilmar Mendes admite a possibilidade de a Corte de Contas afastar lei desde que esse seja o entendimento do STF sobre a inconstitucionalidade daquele tema, entendimento que se confirma quando a corte julga o MS 25.888 AGr posteriormente (Mendes, 2023).

Admitida a possibilidade de que as decisões do Supremo, ainda que proferidas na via incidental, ostentem força cogente, é possível defender que órgãos não jurisdicionais possam, ou mesmo devam, vincular-se ao entendimento jurisprudencial da Corte quanto à inconstitucionalidade de dado ato normativo, nisso incluído os Tribunais de Contas (Mendes, 2023, p. 5).

Logo, no ARE 1.208.460/GO é suscitada questão de ordem para que o Tribunal pleno possa decidir a questão agravada, porém quato a Súmula 347 o STF analisou sua incidência no MS 25.888 AGr, estabelecendo parâmetros, assim acredita-se que serão os mesmos aplicados ao ARE 1.208.460/GO quando for julgado pelo Pleno, portanto é conveniente analisar-se quais foram os parâmetros adotados.

Visualizado a jurisprudência da corte no tocante a Súmula 347 enxerga-se a flagrante discordância e a necessidade de se estabelecer um entendimento dominante, a resposta dada pelo STF vem com o MS 25.888 de 22 de agosto de 2023 quando ao julgar o Mandado de Segurança impetrado pela Petrobrás, estabeleceu parâmetros ao TCU para que exerça o direito exposto na Súmula 347 e ao mesmo tempo resgata seu sentido de quando editada em 1963, por isso é atrativo uma análise minuciosa do MS 25.888 para observar-se os fundamentos utilizados pelos ministros que já adianta-se optaram pela subsistência da Súmula.

O relator do MS 25.888 é o eminente Ministro Gilmar Mendes, o qual já foi grande questionador quanto a subsistência da Súmula no contexto constitucional a partir da Constituição de 1988, que para ele inaugurou importantes mudanças quanto ao controle de constitucionalidade, no julgado citado o ministro toma posição diferente e tece importantes fundamentos sobre a Súmula 347.

Primeiramente, antes de apontar-se os votos dos ministros é oportuno mostrar algumas informações presentes no acórdão, das quais destaca-se que no caso concreto entendeu o STF que o TCU vulnerou o princípio da presunção de constitucionalidade, princípio esse já citado no presente trabalho, bem como os

critérios que ele estabelece para que haja o afastamento de lei por entendimento de inconstitucionalidade.

A observância a normatividade da Constituição como dever dos órgãos por serem responsáveis por aplicar as leis em casos concretos, por isso a jurisprudência da suprema corte para que órgãos como Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público possam realizar dentro dos ditames da jurisprudência do STF realizar esta observância afastando lei inconstitucional. Ainda se destaca o posicionamento por tratar de que houve recepção da Súmula 347 pela constituição de 1988 (Chaves, 1963):

Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal: compatibilidade com a ordem constitucional de 1988: o verbete confere aos Tribunais de Contas – caso imprescindível para o exercício do controle externo – a possibilidade de afastar (incidenter tantum) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria). Inteligência do enunciado, à luz de seu precedente representativo (RMS 8.372/CE, Rel. Min. Pedro Chaves, Pleno, julgado em 11.12.1961) (MS 25.888, 2023).

Aqui deve-se já maior atenção ao posicionamento apresentado no julgado⁴, pois afasta-se a fundamentação de que com a nova ordem constitucional a partir de 1988 a Súmula estaria revogada, e fica evidenciado que o verbete confere direito para exercício de atribuição destinada pela própria Constituição de 1988.

Ademais, o Relator agora em seu voto trouxe sua nova posição quanto a subsistência da Súmula 347 do STF:

É de notar que o TCU não possui competência para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade de atos normativos. (...) No entanto, embora não possua a dita competência 'em abstrato', pode o TCU declarar a inconstitucionalidade, em concreto, de atos normativos e demais atos do poder público. É o que diz a Súmula n. 347 do STF (Mendes, 2023, p. 9).

⁴ Outro fato importante é que o julgado sedimenta o entendimento de que o Tribunal de Contas da União não realiza controle abstrato de constitucionalidade, nesse sentido existe farta jurisprudência da corte (MS 35.410, MS 35.490, MS 35.494, MS 35.498, MS 35.500, MS 35.812, MS 35.824, MS 35.836, tendo como relator o Eminentíssimo Ministro Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, e publicados no DJe 5.5.2021).

Vê-se que o eminente Ministro embasa que o TCU possui competência para declara a inconstitucionalidade em concreto na própria Súmula 347, sobre a mesma que já questionou sua validade (Mendes, 2023).

Outro ponto que merece destaque no voto do ministro Relator do MS 25.888 é quando ele traz uma importante visão sobre a natureza jurídica do TCU, antes de se adentrar na visão do relator, deve-se lembrar, como demonstrado no presente trabalho em capítulo anterior que um dos fortes argumentos para que o TCU não exercesse essa competência de afastamento de lei inconstitucional era de que seria órgão com função administrativa e não jurisdicional, esse fundamento foi muito utilizado para que alicerçasse a não validade da Súmula 347, eis que qualquer declaração de inconstitucionalidade seria de responsabilidade de órgão jurisdicional (Mendes, 2023). Diante do exposto o Relator trouxe a seguinte reflexão sobre a natureza jurídica do TCU:

Por último, ainda que não se esteja discriminado na estrutura do Poder Judiciário, não se pode falar que o TCU não tem função jurisdicional, o mais correto é dizer que possui uma função jurisdicional especializada, assim como a jurisdição administrativa e a legislativa (comissões parlamentares de inquérito), que comumente se designa por 'Jurisdição de Contas. (Mendes, 2023, p. 30)

Aqui o ministro transporta a ideia de que o TCU possui uma função jurisdicional especializada, embora como por ele mesmo mencionado não faça parte da estrutura do poder judiciário, ou até pode-se entender que o TCU exercendo jurisdição, estaria dentro de sua atribuição em uma função atípica (Mendes, 2023).

Em continuação de seu voto tem-se o primeiro critério para que o TCU afasta lei inconstitucional, a jurisprudência do STF dando parecer para que a matéria seja inconstitucional, aqui no trecho a ser citado tem-se o posicionamento ao caso concreto:

Igualmente milita em desfavor da solução adotada pelo Tribunal de Contas da União o fato de que o Supremo Tribunal Federal não possuía jurisprudência sobre a matéria, apta a amparar a conclusão a que chegou o órgão de controle, no sentido da inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/1997 e do Decreto 2.745/1998 (Mendes, 2023, p. 14).

Como citado acima, o que deu ensejo ao Mandado de Segurança em questão foi a declaração de inconstitucionalidade do TCU sobre o art. 67 da Lei 9.478/1997 e do Decreto 2.745/1998, essa declaração encontra-se na Decisão 663/2002:

8.1. determinar à Petrobras que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98” (Decisão 663/2002 – Plenário).

Entendeu-se que a invocação da Súmula 347 neste caso não foi efetuada de maneira correta, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes “possibilitou que a Corte de Contas não observasse o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos” (Mendes, 2023).

Outrossim, quando é colocado o parâmetro de existência de jurisprudência do STF que outorgue aptidão para que outro órgão afaste norma inconstitucional, é fundamental buscar a motivação deste parâmetro bem como a função do STF como guardião da Constituição (Mendes, 2023):

Quando o STF, no papel do intérprete constitucional, procede a determinada leitura da norma constitucional, não podem os demais órgãos públicos lato sensu, no exercício de atividade administrativa típica ou atípica, simplesmente desprezá-la e contorná-la. Porque se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais órgãos públicos, em decorrência do efeito definitivo de sua decisão (Mendes, 2023, p. 19).

Fica claro a posição de que a decisão sobre a matéria ser constitucional ou não está sob monopólio da Suprema Corte e não cabe a outro órgão tomar decisão sem que antes ocorra a manifestação do STF, sempre lembrando dos critérios do princípio da presunção de constitucionalidade, que por óbvio a não existência da jurisprudência mas a lei estar ferindo outro critério, sim, cabe ao órgão o afastamento da lei, pela não necessidade de os critérios serem cumulativos, bastando a existência de um, para demonstrar cita-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no MS 25.888 AgR, “haver inconstitucionalidade evidente; existência de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacífica no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do tema; a doutrina apontava na direção oposta àquela que fora adotada pelo Tribunal de Contas da União” (Mendes, 2023).

Ademais, a Súmula 347 não é responsável por atribuir um poder ao Tribunal de Contas da União, mas sim de enfatizar que o Tribunal apesar de não fazer parte do Poder Judiciário tem dever de zelar pela Constituição, assim não ocorre a criação de

uma outra corte constitucional, mas sim habilita o Tribunal durante exercício de suas funções vigiar o ordenamento constitucional vigente e aplicá-lo (Barroso, 1990):

Penso que a questão merece novo dimensionamento. É premente que o afastamento de normas inconstitucionais, pelos Tribunais de Contas, seja visto menos como “um poder” (em uma acepção cujo uso corrente o aproxima de um direito do órgão) e mais como o desempenho do dever de zelar pela Constituição: porque se a interpretação da Constituição não é monopólio do Poder Judiciário (que apenas o faz com definitividade), também não o é a observância da Constituição. (Barroso, 1990, p. 393).

A suprema corte ao julgar novamente o MS 25.888 AgR, dessa vez com a discussão em plenário, nada mais do que trouxe limites para que então o Tribunal de Contas da União zele pela Constituição, assim escreve o Min. Gilmar Mendes, “e para que o dever de zelar pela normatividade da Constituição não seja objeto de instrumentalização corporativa, é fundamental que se tenha parâmetros.” (Gilmar Mendes, 2023). Os parâmetros não fogem já de outros julgados sobre a Súmula 347 em outras oportunidades, pois sempre foi clara a posição da Corte quanto que o Tribunal de Contas da União não pode declarar inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, tal entendimento já estava na Ementa do MS 35.410/DF do dia 13 de abril de 2021 “Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo tribunal de contas da união” (STF, 2021).

Agora retornando ao julgamento do MS 25.888 AgR, que então sim a Suprema Corte estabeleceu seus parâmetros acerca da Súmula 347, os quais são os critérios existentes dentro do Princípio de Presunção de Constitucionalidade, ressalta-se que o relator do presente julgado foi o Min. Gilmar Mendes, por isso grande parte das citações mencionadas são de sua autoria, embora concordaram com o voto do eminente ministro, os seguintes ministros: Cristiano Zanin, Dias Toffoli, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Edson Fachin (com ressalvas de fundamentação), os ministros André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux, discordaram do eminente relator, mas não no que se refere a Súmula 347 e sim sobre a Nova Lei das Estatais (STF, 2023).

Por derradeiro, o julgamento tão aguardado pela comunidade jurídica sedimentou o entendimento da suprema Corte quanto a subsistência da Súmula 347 do STF, no qual permaneceu que a Súmula permanece vigente, recuperou-se seu sentido original, com os precedentes que motivaram sua edição, entendendo o STF que não seria necessária a revisão, modificando o texto sumular, ou até mesmo o

cancelamento do texto, mas sim um estabelecimento de parâmetros para que a corte de contas exercesse suas atribuições e quando necessário, atendendo aos limites impostos pelo STF não aplique lei entendida como inconstitucional, zelando pelo ordenamento constitucional mesmo tendo como natureza função administrativa e não jurisdicional (Mendes, 2023).

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como temática a (im)possibilidade do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas. Como delimitação temática, o estudo balizou-se em estudar a validade ou não da Súmula 347 na contemporaneidade jurídica brasileira.

A análise da validade da Súmula 347 na contemporaneidade jurídica brasileira é um ponto de discussão crucial e pertinente no contexto legal atual. Esta Súmula, estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tem suscitado debates intensos sobre sua aplicabilidade e coerência com as transformações legislativas, jurisprudenciais e sociais que marcaram o cenário jurídico do país.

Considerando o dinamismo do sistema jurídico, a avaliação da vigência desta Súmula requer uma análise meticulosa das interpretações constitucionais, das demandas sociais e das evoluções legislativas desde sua promulgação. Avaliar a validade da Súmula 347 na contemporaneidade jurídica brasileira implica não apenas em uma análise dos textos normativos, mas também na observação atenta das decisões judiciais e das tendências interpretativas dos tribunais em relação à Constituição Federal.

Esse estudo visa não só a compreensão da pertinência da Súmula no presente contexto, mas também seu alinhamento com os valores constitucionais e a adequação às necessidades.

Nesse sentido, a pesquisa organizou-se em três capítulos, no primeiro ponto buscou-se apresentar a divergência existente entre os ministros da suprema corte, diante a Súmula 347 do STF, e em suas subseções analisar o contexto constitucional em que a Súmula foi editada e a conjuntura constitucional atual.

A Constituição de 1946 representou um marco importante na história constitucional brasileira, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, a Constituição de 1946 estabeleceu mecanismos mais claros e detalhados para o controle de constitucionalidade. Introduziu, por exemplo, a possibilidade de controle abstrato de normas por meio de ação direta de inconstitucionalidade, conferindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência para apreciar a constitucionalidade das leis em face da Constituição.

Além disso, a Constituição de 1946 reforçou a importância do controle de constitucionalidade essa Constituição representou, portanto, um avanço no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. No entanto, é importante ressaltar que essa Constituição não foi capaz de resolver todas as questões relacionadas ao controle de constitucionalidade, sendo sucedida por novas Constituições que buscaram aprimorar e fortalecer ainda mais esses mecanismos, como a Constituição de 1988, que trouxe importantes inovações nesse campo.

Assim, a Constituição de 1963 desempenhou um papel relevante na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, estabelecendo bases sólidas para posteriores desenvolvimentos e aprimoramentos nesse importante aspecto do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965 representou um marco significativo no contexto do controle de constitucionalidade no Brasil. Esta emenda introduziu modificações importantes, especialmente em relação à competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle de constitucionalidade das leis.

Ao incluir a possibilidade de controle abstrato de normas por meio da ação direta de inconstitucionalidade, a EC 16/1965 fortaleceu o papel do STF como guardião da Constituição.

Dessa forma, a EC 16/1965 representou um avanço significativo no fortalecimento dos mecanismos de controle, apesar de posteriores emendas e a Constituição de 1988 terem trazido novos aprimoramentos e refinamentos ao sistema de controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 desempenhou um papel crucial ao consolidar a legitimidade e a competência do STF para realizar o controle abstrato de normas, contribuindo para a consolidação do estado de direito e da supremacia da Constituição no Brasil.

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas no contexto do controle de constitucionalidade no Brasil. A partir da promulgação da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade ganhou contornos mais definidos e uma estrutura mais sólida. O texto constitucional ampliou os instrumentos de fiscalização da constitucionalidade das leis, fortalecendo tanto o controle difuso quanto o controle concêntrico.

O controle difuso, que permite a qualquer juiz ou tribunal analisar a constitucionalidade de uma lei no caso concreto, foi mantido e reforçado pela Constituição de 1988.

Além disso, a Constituição de 1988 estabeleceu uma extensa lista de legitimados para propor ações de controle concentrado, ampliando o rol de atores políticos e institucionais aptos a questionar a constitucionalidade das leis perante o STF. Isso fortaleceu a participação da sociedade civil e de diferentes instituições na proteção da constitucionalidade das normas.

Dessa forma, a Constituição de 1988 representou um avanço notável no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, conferindo maior segurança jurídica, previsibilidade e efetividade ao controle das leis em relação à Constituição. Essa estrutura robusta e abrangente reforçou o papel do STF como guardião da Constituição e como principal instância responsável por garantir a conformidade das normas com os princípios fundamentais estabelecidos.

Assim, a Constituição de 1988 consolidou um sistema de controle de constitucionalidade mais amplo e eficaz, contribuindo de forma significativa para a consolidação do Estado Democrático.

No segundo ponto temático, foram apresentados os argumentos favoráveis a manutenção da Súmula 347 e os contrários, ficou concluído que o Min. Alexandre de Moraes que foi relator em diversos julgados acerca do tema era do parecer pela superação da Súmula 347, enquanto o Min. Gilmar Mendes levantou a questão de que fosse recuperado o verdadeiro sentido da Súmula.

Favoravelmente a manutenção da Súmula 347 se manifestou o Min. Edson Fachin, o Min. Roberto Barroso que em sua visão argumentou que ao seu ver qualquer corte superior poderia exercer o controle de constitucionalidade e por fim a Min. Rosa Weber levantou a questão de que a possibilidade de apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos pelos tribunais de contas seria possível quando houvesse jurisprudência do STF que amparasse a decisão da corte de contas.

Também o ex-ministro Marco Aurélio em julgados foi favorável a manutenção do sentido sumular em sua íntegra. Porém o que se conclui entre todos os argumentos é que não existe a possibilidade de os Tribunais de Contas realizarem o controle de constitucionalidade abstrato, visto ser de competência do STF.

Apesar do posicionamento do Min. Roberto Barroso no MS 35.410 de verificar a possibilidade do controle de constitucionalidade difuso pela corte de contas, é majoritário que os tribunais de contas não exercem controle de constitucionalidade, apenas deixam de aplicar o ato ou lei definido como inconstitucional, visualizado que sua decisão não produz efeito *erga omnes*.

No terceiro ponto temático, abordou-se a possibilidade de revisão ou cancelamento sumular, onde concluiu-se que não seria oportuno a revisão ou cancelamento da Súmula pois a releitura da Súmula a partir da MS 25.888 Agr, onde o STF estabelece parâmetros para a atuação para os tribunais de contas para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, assim os tribunais de contas devem atentar-se para o princípio da presunção de constitucionalidade e observar o critério de haver jurisprudência do STF tratando aquele tema como inconstitucional.

Ainda será debatido em plenário o ARE 1.208.460/GO, onde ao que tudo indica o MS 25.888 Agr servirá como fundamento, utilizando-se dos mesmos parâmetros, assim os tribunais de contas podem deixar de aplicar lei quando observarem: existência de inconstitucionalidade manifesta, existência de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do tema, doutrina apontar na direção a favor aquela adotada pelo tribunal de contas.

Essa pesquisa teve como problema a seguinte questão: a Súmula 347 do STF permite que os Tribunais de Contas exerçam controle de constitucionalidade no Brasil?

Diante do questionamento, concluiu-se que os tribunais de contas não exercem controle de constitucionalidade, esse instituto se trata de competência de órgãos jurisdicionais, o que compete aos tribunais de contas é em observância aos parâmetros definidos pelo STF não aplicar a lei entendida por inconstitucional, visto que com o parâmetro de existir jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do tema, quem realizou o controle de constitucionalidade foi o órgão jurisdicional, aos tribunais de contas compete então a não aplicação da lei, respeitando a supremacia do mandamento constitucional.

Em suma, essa pesquisa não esgota o tema, por se tratar de matéria controvertida, tanto que há divergência interna no Supremo Tribunal Federal, abrindo margem para futuros estudos sobre a temática, sobretudo porque os tribunais de contas tem papel importante dentro do ordenamento constitucional, visto sua previsão na Constituição e sua atuação na fiscalização das contas públicas, assim este trabalho é apenas um passo para novos questionamentos e novas formas de pensar e abordar a (im)possibilidade do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas no Brasil.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo ed: 25, 2005.

ALCKMIM DUTRA, Carlos Alberto. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E SEU PAPEL NO SÉCULO XXI**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf> Acesso em: 12 Jun. 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724: Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos - Apresentação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento (Parecer)**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho-dezembro de 1990.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 347**, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <[https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2149#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Contas%2C%20no,dos%20atos%20do%20Poder%20P%3%BAblico.&text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade,jurisdicionais%20\(...\)>](https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2149#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Contas%2C%20no,dos%20atos%20do%20Poder%20P%3%BAblico.&text=A%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade,jurisdicionais%20(...)>)> Acesso em: 24 abr 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.208.460 GOIÁS**. De 13 de junho de 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1694642>> Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag Reg MS 25.888**. De 22 de agosto de 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770587156>> Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 35.824**. De 13 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756169901>> Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 25.888**. De 22 de março de 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>> Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 31.923**. De 14 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>> Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional 16/65**. De 26 de novembro de 1965. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 35.410**. De 14 de abril de 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772>> Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 4.565 Paraíba**. De 14 de abril de 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297>> Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 8.372**. De 21 de abril de 1962. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RMS%208372%22&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conheça os principais instrumentos jurídicos para análise constitucional de leis e normas no Supremo**. Disponível em: <[https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435436&ori=1#:~:text=Os%20instrumentos%20processuais%20que%20viabilizam,de%20Preceito%20Fundamental%20\(ADPFs\)](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435436&ori=1#:~:text=Os%20instrumentos%20processuais%20que%20viabilizam,de%20Preceito%20Fundamental%20(ADPFs))>. Acesso em: 10 out. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.116.485 RIO GRANDE DO SUL**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357465237&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 31.923 MC**. De 17 de abril de 2023. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2831923%2E%29%28%28CELSE+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSE+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E+OU+%28CELSE+DE+MELLO%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q7e4yrd>> Acesso em: 10 nov. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA**, 4 ed. São Paulo. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27427>> Acesso em: 13 Jun 2023.

DANTAS DE MEDEIROS, Orione. **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo**. v. 50, n. 200, p. 189–210, out./dez., 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: ed. Atlas, 2006.

DIZER DIREITO. **O entendimento exposto na súmula 347 STF ainda prevalece ou está superado?** De 29 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.dizerdireito.com.br/2021/04/o-entendimento-exposto-na-sumula-347-do.html> Acesso em: 24 jul. 2023.

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

FORNI, João Paulo Gualberto. **Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF**. Revista do TCU, a.146 p. 77-100, jun./dez., 2020.

GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives, FERREIRA MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868 de 10-11-1999**, 3 ed. São Paulo- SP. 2009.

JOAQUIM, Antônio. **Tribunais de Contas no Brasil: instrumentos de cidadania**. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/artigos/tribunais-de-contas-no-brasil-instrumentos-de-cidadania/47>> Acesso em: 11 nov. 2023.

LAUBÉ, Vitor Rolf. **Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, DF, a. 29, n. 113, p. 307-326, jan./mar. de 1992, p. 330.

LEI 11.417. **Disciplina edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes**. De 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 05 ago. 2023.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. São Paulo. 2020. 1576 p.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTIAGO CORRÊA, Luiz Antônio. **ANÁLISE DA SÚMULA 347 DO STF À LUZ DA CF/1988: atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade**

(Dissertação de Mestrado, INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA). Brasília-DF, 2022.

SCHNEIDER RODRIGUES, Ricardo. **O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte-MG. UFMG, junho-dezembro de 2021.

SCHUELLER, Larissa Pinheiro. **Controle de Constitucionalidade: Fundamentos Teóricos e Jurisprudenciais segundo Magistrados do Rio de Janeiro**. EMERJ, Série aperfeiçoamento de magistrados 2. Rio de Janeiro, RJ, 140-145, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen**; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.