

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENADORIA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO,
REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

BRUNO TSUGAMI DALLA COSTA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO: da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal ao
Mandado de Segurança n. 35.410/DF

BRASÍLIA/DF

2022

BRUNO TSUGAMI DALLA COSTA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO: da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal ao
Mandado de Segurança n. 35.410/DF**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Regulação e Políticas Públicas”.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone

Em 2 de junho de 2022, o candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone – Presidente
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes – Membro
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Fernando José Gonçalves Acunha – Membro
Centro de Ensino Unificado de Brasília

Profa. Dra. Débora Bonat – Suplente
Universidade de Brasília

BRASÍLIA/DF

2022

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de concretizar mais uma conquista.

À minha esposa, Ellen, pilar da minha vida, obrigado pelo amor, carinho e paciência. Você faz tudo se tornar mais especial.

Ao meu filho, Kenzo, tenho-te o amor maior de todos.

Ao meu pai, João Cláudio, pelo incentivo ao estudo desde a mais tenra idade, pelo amor, pelo exemplo e pelo cuidado de sempre, minha eterna gratidão.

À minha orientadora Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone, pelo auxílio, atenção, paciência e disponibilidade dispensadas e pelas intervenções essenciais ao desenvolvimento deste trabalho.

Ao Superior Tribunal de Justiça STJ e à Universidade de Brasília – UnB, agradeço o desafio de proporcionarem a qualificação em nível de pós-graduação *stricto sensu*.

RESUMO

Este estudo pretende compreender a trajetória do Tribunal de Contas da União – TCU no seu processo de aproximação aos órgãos jurisdicionais, da sua ascensão como um órgão que exerce jurisdição administrativa, da sua apropriação ou tentativa de apropriação da competência para exercer controle de constitucionalidade e, por fim, da limitação de sua atuação pelo Supremo Tribunal Federal – STF para exercer controle de constitucionalidade, a partir do estudo de caso, a propósito da deliberação do STF no MS n. 35.410/DF. Os estudos demonstraram que o STF foi o responsável pela origem do alargamento da competência do TCU sobre a apreciação da constitucionalidade de leis ou de atos normativos. Porém, para frear e limitar esse fenômeno, o STF voltou-se contra o TCU, sob o fundamento de que o controle difuso exercido administrativamente pelo TCU, nos termos da Súmula n. 347 do STF, teria o condão de transcender seus efeitos, isto é, extrapolar os efeitos concretos e interpartes tornando-os *erga omnes*, com a consequente invasão na função jurisdicional por um órgão administrativo.

Palavras-Chave: controle; constitucionalidade; Tribunal de Contas da União – TCU.

ABSTRACT

The purpose of this study is to understand the Federal Court of Accounts' – TCU-Brazil¹ trajectory to approach itself to jurisdictional authorities, from its rise as administrative authority, its appropriation or attempt to appropriate the competence to exercise constitutionality control and, finally, the limitation of its performance on constitutionality control by the Federal Supreme Court – FSC, from the case study, regarding the deliberation of the FSC in MS n. 35,410/DF. The studies showed that the FSC was responsible for the TCU-Brazil's competence enlargement on constitutionality appreciation of laws or normative acts. However, to defer and limit this phenomenon, the FSC turned against the TCU-Brazil, on the grounds that the diffuse control exercised administratively by the TCU-Brazil, under the terms of Precedent n. 347 of the FSC, would have the power to transcend its effects, that is, extrapolate the concrete and inter-party effects, making them *erga omnes*, with the consequent invasion of the jurisdictional function by an administrative authority.

Key words: control; constitutionality; Federal Court of Accounts – TCU-Brazil.

¹ Conforme o TCU se auto define em seu Portal na internet. Disponível me: https://portal.tcu.gov.br/en_us/english/. Acesso em: 23 jun. 2022.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 – O AXIOMA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	13
1.1 – A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO TCU	13
1.2 – AUTONOMIA, SUBORDINAÇÃO OU INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL.....	23
2 – O EXPANSIONISMO DA COMPETÊNCIA DO TCU	30
2.1 – A ASCENSÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF PARA CONHECER DO MS CONTRA ATO DO TCU	30
2.2 – O EXPANSIONISMO DA COMPETÊNCIA DO TCU A PARTIR DA FIXAÇÃO DA SÚMULA N. 347 DO STF	36
3 – A CONTENÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TCU PELO STF	67
3.1 – ESTUDO DE CASO: O JULGAMENTO DO MS N. 35.410/DF PELO STF	67
3.2 – ANÁLISE DO CASO	96
3.3 – CONCLUSÕES	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
BIBLIOGRAFIA.....	126

INTRODUÇÃO

Relevância e atualidade do tema

A relevância e a atualidade do tema encontram-se na controversa competência do Tribunal de Contas da União – TCU para exercer o controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos, que esteve, até pouco tempo, sob a égide irrestrita do Enunciado Sumular n. 347 do Supremo Tribunal Federal – STF.

O presente estudo pretende compreender a trajetória do TCU no seu processo de aproximação aos órgãos jurisdicionais, da sua ascensão como um órgão que exerce jurisdição administrativa, da sua apropriação ou tentativa de apropriação da competência para exercer controle de constitucionalidade e, por fim, da limitação de sua atuação pelo STF para exercer controle de constitucionalidade, a partir do estudo de caso.

Verificou-se, inclusive, que o STF seria o responsável pela origem do alargamento da competência do TCU sobre a apreciação da constitucionalidade de leis ou de atos normativos, mas que, para frear e limitar esse fenômeno, o mesmo STF se voltou contra o TCU, sob o fundamento de que o controle difuso exercido administrativamente pelo TCU, nos termos da Súmula n. 347 do STF, teria o condão de transcender seus efeitos, isto é, extrapolar os efeitos concretos e interpartes tornando-os *erga omnes*, com a consequente invasão na função jurisdicional por um órgão administrativo.

Em seu âmago, o TCU teria inflado as significações do Verbete Sumular n. 347 do STF, que assim assinala: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, para patrocinar o alargamento da apreciação da constitucionalidade de leis ou atos normativos. O demasiado grau de fragilidade (subjetividade) das expressões “suas atribuições” (quais atribuições?) e “apreciar a constitucionalidade” (como apreciar?) teriam sido as flâmulas para o fenômeno do expansionismo, com transbordamentos sobre a competência privativa do Senado Federal – SF para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF e sobre a função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e do próprio STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em princípio.

Como efeito adverso, verificou-se a promoção de um modelo de controle de constitucionalidade que enfraquece a atuação de órgãos administrativos na defesa do sistema constitucional, a propósito da austeridade da jurisdição *erga omnes*.

As consequências desse expansionismo/alargamento puderam ser examinadas a partir do estudo de caso, concernente ao julgamento do Mandado de Segurança n. 35.410/DF (13/4/2021), por meio do qual o STF firmou maioria para reformular o alcance da Súmula n. 347 (13/12/1963), a fim de preservar as competências privativas do Senado Federal para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF, e do próprio STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Desde já, em deferência à acentuada controvérsia, na jurisprudência e na doutrina, sobre a expressão “jurisdição administrativa” no âmbito das deliberações do TCU, justifica-se a sua utilização para designar, por conveniência, a ação pela qual o TCU provém suas deliberações, no estrito exercício da sua função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, mas que não pretendeu, implícita ou explicitamente, equipará-la, ou mesmo incluí-la, segundo o exercício da função típica do Poder Judiciário, o qual detém a exclusividade da atividade jurisdicional.

Ademais, por ser um órgão que exerce, de certo modo, um tipo de jurisdição, mais especial do que simplesmente uma função administrativa, a natureza jurídica das deliberações será adequadamente abordada no segundo capítulo desta dissertação, mas que, de qualquer modo, como consequência da sua própria complexidade, ainda carece de uma definição precisa.

Quando às especificidades do trabalho, os dois capítulos iniciais dedicam-se ao mérito principal da dissertação, enquanto o terceiro é produto da soma dos dois iniciais, que desemboca no estudo de caso do STF, o MS n. 35.410/DF.

O primeiro capítulo, intitulado de “O axioma institucional do Tribunal de Contas da União”, divide-se em outros dois itens: “A institucionalização do TCU” e “Autonomia, subordinação ou independência institucional”.

Ao longo desses tópicos, o trabalho se dedica à descrição e à análise do processo de evolução jurídico-política do TCU, a partir dos bastidores e das circunstâncias de sua institucionalização (tópico 1.1). Nesse aspecto, são apresentadas as valorosas contribuições, entre outros, de Rui Barbosa, que, na qualidade de Ministro da Fazenda do governo provisório de Marechal Manoel Deodoro da Fonseca (1890), apresentou a

exposição de motivos² (1999, p. 256-257) que justificara o projeto de criação do TCU, objeto do posterior Decreto n. 966-A/1890.

E, também, de Innocêncio Serzedello Correa, Ministro da Fazenda (1893), no governo de Floriano Peixoto, consagrado como um contundente defensor da instituição do Tribunal de Contas, a propósito da memorável Carta de 27 de abril de 1893, quanto pediu exoneração do cargo (LIRA, 1959, ps. 102-112) e expressou sua consternação diante das ordens do Presidente Floriano para a edição de decretos que, se editados e postos em prática, anulariam a instituição do Tribunal de Contas.

Para encerrar o primeiro capítulo, tem-se o aprofundamento da natureza institucional do TCU (tópico 1.2) e o relacionamento dele com os demais Poderes da República: autonomia, subordinação ou independência institucional.

Tão importante quanto compreender os atributos que lhe dão o grau de autonomia, objeto precípuo desse tópico, como pressuposto para uma análise macro sobre o fenômeno do alargamento das competências do TCU, é analisar as características que não o qualificam como um órgão subordinado ou independente.

No segundo capítulo, intitulado de “o expansionismo da competência do TCU sobre o controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos”, também se divide em outros dois tópicos: “A ascensão da competência originária do STF para conhecer do MS contra ato do TCU” (tópico 2.1); e “O expansionismo da competência do TCU a partir da fixação da Súmula n. 347 do STF” (tópico 2.2).

Por meio desses temas, são apresentadas as consequências jurídicas do fenômeno jurídico-político TCU tratado no primeiro capítulo.

A primeira consequência diz respeito às circunstâncias fáticas e aos argumentos jurídicos para o estabelecimento da competência originária do STF para conhecer do MS contra ato do TCU, em face da omissão do Constituinte de 1946 (art. 141, § 24), que não previu qual seria a instância judicial competente para julgar mandados de segurança contra atos do TCU.

Inicialmente, procurou-se retratar as derrotas mais significativas para o TCU, em julgamentos de mandados de segurança ajuizados contra ele nas instâncias inferiores. Isso porque era assente o argumento de que não havia evidências no texto constitucional da

² In Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, Volume 30, n. 82, out/dez/ 1999, p. 253-262. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113> Acesso em: 12 abr. 2022.

competência do STF para conhecer de mandado de segurança contra ato do TCU. Ou seja, antes do reconhecimento da competência do STF para julgar atos do TCU, prevalecia o entendimento de que competia aos juízes de primeira instância julgar os instrumentos contra atos do Tribunal de Contas e ao TRF os recursos respectivos.

Desse contexto, apresenta-se ao leitor as pretensões que motivaram o TCU a almejar a competência do STF para apreciar os MSs contra seus atos. No caso, verificou-se que seus membros buscavam não menos que estabilidade jurídica, por meio da centralização dos julgamentos em um único órgão do Poder Judiciário, e prestígio institucional, por meio do reconhecimento da equivalência de direitos, garantias e prerrogativas entre os membros do TCU (Lei n. 830, de 23 de setembro de 1949) e do então Tribunal Federal de Recursos – TFR (art. 76, § 1º, da Constituição de 1946).

As pretensões do TCU alçaram a condição de representatividade dentro do STF com o voto do ministro relator Hahnemann Guimarães, no MS n. 1.915/DF (sessão plenária de 8/4/1953), que, embora vencido, ofereceu a tese, segundo a qual, os ministros da Corte de Contas “têm os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juízes do Tribunal Federal de Recursos art. 76, § 1º, da CF), funciona como Tribunal de Justiça nos processos de tomada de contas” (arts. 69 e 70 da Lei n. 830), razão pela qual, para proteger o direito líquido certo, violado por ato do TCU, era preciso conceder o mandado de segurança.

É com base nesse registro que é apresentado ao leitor a concepção do embrião que mais tarde daria ensejo ao expansionismo da atuação do TCU e que, por sua vez, desaguaria na atual controvérsia sobre o exercício do controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos por um órgão de controle externo.

Naquele mesmo ano judiciário, na sessão plenária do STF de 30/12/1953, viria em definitivo o ponto vertente da mudança do paradigma, a partir do voto do ministro Nelson Hungria no MS n. 2.278/DF, que inaugurou a divergência em relação ao voto do ministro relator Barros Barreto (vencido), quando os ministros do STF, por maioria de votos, aderiram à tese precitada e acordaram a competência originária do STF para conhecer e julgar mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas da União, por “interpretação construtiva constitucional”.

Após a redemocratização do país, com a promulgação da Carta da República de 1988, o texto constitucional passou a prever expressamente a competência originária do

STF para julgar mandados de segurança contra atos do TCU, a propósito do art. 102, I, *d*, da CRFB³.

O segundo capítulo se encerra com a análise do “Expansionismo da competência do TCU a partir da fixação da Súmula n. 347 do STF”. Assim, pretende-se demonstrar que os fundamentos que deram ensejo à jurisprudência sumulada⁴, quanto à interpretação conferida ao art. 77 da Constituição Federal de 1946⁵, ainda permanecem coerentes em relação à mais recente deliberação do STF, no MS n. 35.410/DF, mas foram negligenciados, omitidos e descaracterizados ao longo do processo de alargamento das competências do TCU.

Com a finalização dos capítulos destinados à materialidade do tema objeto da dissertação, o trabalho passa a se dedicar ao estudo do MS n. 35.410/DF, por meio do qual o STF firmou maioria para reformular o alcance da Súmula n. 347 (13/12/1963), a fim de conter e redefinir os limites da competência do TCU sobre a apreciação da constitucionalidade das leis ou atos normativos e, com isso, assegurar a inviolabilidade da competência privativa do STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Para tanto, o estudo do MS n. 35.410/DF foi segmentado em dois períodos. No primeiro, de natureza descritiva, procurou-se sistematizar os acontecimentos e as linhas de argumentação dos diversos personagens do julgamento. No segundo, de natureza analítica, tem-se o cruzamento das linhas interpretativas segmentadas no item anterior descritivo, para a verificação da validade e da congruência da argumentação jurídica, além da avaliação crítica sobre o desfecho do caso.

Por fim, de todo o exposto, ressalte-se que o TCU, nos termos da decisão do STF, no MS n. 35.410/DF, poderá – apenas – afastar, no exercício da sua função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, a aplicação de lei ou ato normativo que viola a Constituição, desde que não extrapole os efeitos concretos e interpartes para torná-los *erga omnes* e vinculantes.

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...] d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

⁴ O precedente RMS n. 8.372/CE, de relatoria do Ministro Pedro, em julgamento do Plenário de 11/12/1961.

⁵ 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.

Objetivos

Este estudo pretende compreender a trajetória do Tribunal de Contas da União – TCU no seu processo de aproximação aos órgãos jurisdicionais, da sua ascensão como um órgão que exerce jurisdição administrativa, da sua apropriação ou tentativa de apropriação da competência para exercer controle de constitucionalidade e, por fim, da limitação de sua atuação pelo Supremo Tribunal Federal – STF para exercer controle de constitucionalidade, a partir do estudo de caso.

O Trabalho foi estruturado com a finalidade de investigar: as origens e os desígnios que deram ensejo à institucionalização e à instrumentalização do TCU; o processo de evolução institucional, desde os debates sobre o projeto de implementação, até os tempos atuais; a natureza jurídica da instituição TCU e como ele se relaciona com os demais Poderes da República: autonomia, subordinação ou independência institucional?; a ascensão da competência originária do STF para conhecer do MS contra ato do TCU (prestígio e/ou instabilidade institucional?); a natureza jurídica das decisões do TCU; o expansionismo/alargamento da competência do TCU a partir da fixação da Súmula n. 347 do STF; e, por fim, a contenção da competência do TCU sobre o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, como consequência do expansionismo/alargamento a partir do estudo de caso, a propósito da deliberação do STF no MS n. 35.410/DF.

Os estudos demonstraram que o STF foi o responsável pela origem do alargamento da competência do TCU sobre a apreciação da constitucionalidade de leis ou de atos normativos. Porém, para frear e limitar esse fenômeno, o STF voltou-se contra o TCU, sob o fundamento de que o controle difuso exercido administrativamente pelo TCU, nos termos da Súmula n. 347 do STF, teria o condão de transcender seus efeitos, isto é, extrapolar os efeitos concretos e interpartes para torná-los *erga omnes*, com a consequente invasão na função jurisdicional por um órgão administrativo.

1 – O AXIOMA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O presente capítulo tem a finalidade de compreender a trajetória do TCU no seu processo de aproximação aos órgãos jurisdicionais, a partir de sua institucionalização até a sua ascensão como órgão autônomo.

Intitulado de “O axioma institucional do Tribunal de Contas da União”, o primeiro capítulo foi estruturado em outros dois tópicos: “A institucionalização do TCU” e “Autonomia, subordinação ou independência institucional”.

O objetivo do primeiro tópico é compreender o processo jurídico-político do TCU, a partir dos bastidores e das circunstâncias de sua institucionalização e instrumentalização.

O segundo tópico, que encerra o primeiro capítulo, destina-se ao aprofundamento da natureza institucional do TCU e do relacionamento dele com os demais Poderes da República: autonomia, subordinação ou independência institucional. Isso porque, tão importante quanto compreender os atributos que lhe conferem a sua maior essência é analisar as características que não lhe podem ser atribuídas.

1.1 – A institucionalização do TCU

O estudo, a partir da descrição cronológica de acontecimentos fáticos ou históricos, é justificável quando a finalidade é revelar o sentido jurídico que embasou a produção e a evolução de preceitos normativos ao longo do tempo. Desse extrato, seria plausível conjecturar as razões que motivaram o real sentido das disposições constitucionais que versam, direta ou indiretamente, o Tribunal de Contas da União

A instituição do controle externo no Brasil foi resultado de uma construção republicana. O período de 1890 a 1892 foi definido pela construção de mecanismos liberais de *checks and balances* financeiros e por uma expansão das atribuições legais do TCU (MARTINS, 2021, p. 3).

Destarte, há 131 anos, em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa (SILVA, 1999, p. 36), foi assentada a pedra angular da atividade de controle externo (BARROS, 1999, p. 232), prévio e posterior, e da função administrativa de fiscalização do Estado brasileiro. O jurisconsulto teve papel central para definir uma institucionalidade formalmente liberal para o controle federal externo (MARTINS, 2021, p. 6.).

“Rui foi o advogado e defensor incansável da ideia de criação da Corte de Contas” (BARROS, 1999, p. 236) e em sua exposição de motivos, que antecedeu a apresentação da proposta de criação do TCU, deixou sublinhadas as seguintes palavras (BARBOSA, 1999, p. 254):

[...] a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Sob a ótica institucional⁶, o TCU manifesta que foi “fruto do empenho de seu patrono, [...] norteado pelos princípios da autonomia, da fiscalização, do julgamento e da vigilância”, cujo contexto político-social era inflado pelo “crescimento dos ideais liberais e das primeiras repúblicas” e pela “ampliação da máquina administrativa e do anseio populacional por maior transparência dos governos” (BARROS, 1999, p. 260).

Naquela mesma data, 7/11/1890, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório da recente República dos Estados Unidos do Brasil, por meio do Decreto n. 966-A⁷, instituiu o Tribunal de Contas, com a incumbência de examinar, revisar e julgar todas as operações concernentes à receita e à despesa da República (SILVA, 1999, p. 36).

Conforme a exposição de motivos de Rui Barbosa (1999, p. 256-257), o projeto de criação do TCU, objeto do posterior Decreto n. 966-A/1890, teve ensejo na “necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentárias da receita e despesa a uma corporação [...], hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos

⁶ In Portal TCU. Gestão Cultural. Centro cultural TCU. Museu do Tribunal de Contas da União. TCU - a evolução do Controle. Da criação à instalação. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/da-criacao-a-instalacao.htm> Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷ Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despeza da Republica.

Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos differentes Ministerios, susceptiveis de crear despeza, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os creditos votados pelo Poder Legislativo.

[...]

Art. 4º Compete, outrosim, ao Tribunal de Contas:

1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, ou que requisitar, o movimento da receita e despeza, recapitulando e revendo, annualmente, os resultados mensaes;

2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, communicando tudo ao Poder Legislativo;

3º Julgar annualmente as contas de todos os responsaveis por contas, seja qual for o Ministerio a que pertençam, dando-lhes quitação, condemnando-os a pagar, e, quando o não cumpram, mandando proceder na fôrma de direito;

4º Estipular aos responsaveis por dinheiros publicos o prazo de apresentação de suas contas, sob as penas que o regulamento estabelecer.

[...].

os sistemas de governo estabelecidos, que apenas divergem quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze constituições, onde se consigna o [princípio] do Tribunal de Contas”.

Ademais, para Rui Barbosa, a República deveria colocar termo ao regime de irresponsabilidade que teria marcado o Império. (SILVA, 1999, p. 87; MARTINS, 2021, p. 4).

Havia, no então Ministro da Fazenda, uma forte deferência de “transplantar para a nascente república brasileira o modelo europeu-continental de controle de Contas” (KANIA, 2020, p. 3), assim expressada⁸, *ipsis litteris*:

Generalíssimo - O Governo Provisório, no desempenho da missão que tomou aos ombros, propôs ao país uma Constituição livre, que, para firmar as instituições democráticas em solidas bases, só espera o julgamento dos eleitos da nação.

[...]

Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providencia, que uma sociedade política bem constituída pôde exigir de seus representantes. Referimo-nos à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover ás necessidades publicas mediante o menor sacrificio dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saibo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado. Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentaria. Mas em nenhuma também ha maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos.

[...]

O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediaria à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com attribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias - contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

[...]

Já em 1845 entrava na ordem dos estudos parlamentares um projeto de Tribunal de Contas, traçado em moldes então assaz arrojados por um dos maiores ministros do Imperio: Manuel Alves Branco.

Eis os termos em que se concebia essa proposta do Governo:

[...]

Todos estes dados são elementos de valor inestimável e de impreterível necessidade no mecanismo da instituição que temos em mira. Conspiram todos eles em firmar a jurisdição preventiva, característica essencial dessa organização no estado de excelência a que a Bélgica e a Itália a elevaram, e que hoje reclamam para a França as vozes mais competentes no assumpto. “Vale infinitamente mais”, dizem os italianos, “prevenir os pagamentos ilegais e arbitrários do que censurá-los depois de efetuados. A contrasteação posterior

⁸ In Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, Volume 30, n. 82, out/dez/ 1999, p. 253-262. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113> Acesso em; 12 abr. 2022.

basta em relação aos agentes fiscais; porque estes prestam cauções, que lhes tornam eficaz a responsabilidade, em defesa do Thesouro. Mas os ministros não dão fiança, por onde assegurem ao Estado a reparação do dano, que causarem, e, portanto, é mister uma garantia preliminar, a qual vem a ser precisamente a que se realiza na fiscalização preventiva do tribunal.” (Giovani Gean-quinto: *Corso di diritto amministrativo*). O sistema da verificação preventiva decorre, segundo eles, dos direitos orgânicos do parlamento, que “não deve descansar exclusivamente na fidelidade do ministério”. (Ugo: *La Corte dei Conti*, 1882, Tit. I, c. I, a 1.)

[...]

Se desse melhoramento não curarmos com afincos e prontidão, o Tribunal de Contas degenerará logo ao nascedouro, e a publicidade parlamentar nunca penetrará seriamente no labirinto da contabilidade administrativa, onde se refugiam as mais graves responsabilidades de todos os governos.

Entre nós há, na atual organização do Thesouro, elementos, que se poderão e deverão destacar para o serviço da nova instituição, reduzindo assim o desembolso, a que ela nos obrigará. Qualquer que o dispêndio seja, porém, há de representar sempre uma economia enorme, incomensurável para o contribuinte; contanto que a escolha do pessoal inaugurador não sofra a invasão do nepotismo; que ela fique absolutamente entregue à responsabilidade de um ministro consciencioso, inflexível, imbuído no sentimento da importância desta criação; que aos seus primeiros passos presida a direção de chefes escolhidos com a maior severidade, capazes de impor-se ao país pelo valor nacional dos seus nomes e de fundar a primeira tradição do Tribunal sobre arestos de inexpugnável solidez.

Façamos votos, para que o primeiro Ministério da Republica organizada se mostre, como é de esperar, digno desta missão salvadora.

Rio, 7 de novembro de 1890 - *Rui Barbosa*.

Ressalte-se que, na macroestrutura estatal da União norte-americana, que inspirava o republicanismo brasileiro, não havia uma instituição federal de controle externo e auditoria. O *Government Accountability Office* – GAO⁹ foi criado em 1921 e seguiu o modelo inglês de auditoria governamental, subordinado ao Poder Legislativo, diferente do sistema brasileiro, de inspiração e predominância napoleônica (KANIA, 2020, p. 4; MARTINS, 2021, p. 6).

Em 24 de fevereiro de 1891, após a promulgação da primeira constituição republicana, foi conferido ao Tribunal de Contas da União – TCU o *status* constitucional. Esse atributo foi herdado por todas as cartas magnas que sucederam o texto de 1891 (BARROS, 1999, p. 259).

Apesar da constitucionalização do controle posterior, como subsídio à ação parlamentar (MARTINS, 2021, p. 7), o texto de 1891 não fez alusão ao julgamento das contas dos responsáveis que administravam o dinheiro público (SILVA, 1999, p. 37). O detalhamento das ações e das suas atribuições do TCU somente veio com as leis e regulamentos posteriores (SILVA, 1999, p. 37). Como consequência, havia

⁹ Vide <https://www.gao.gov/>. Acesso em 13 abr. 2022.

questionamentos acerca da legitimidade da ação preventiva da corte, assim que ela foi instalada (MARTINS, 2021, p. 7).

De toda sorte, a Constituição de 1891 verbalizou o “princípio do Tribunal de Contas” contíguo à nova ordem jurídica, institucionalizando-o e unguindo-o de competência para liquidar (apreciar), nos termos do art. 89, “as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso [Nacional]”.

Todavia, o TCU não existia de fato (SILVA, 1999, p. 42), por interferência do Presidente da República, à época Floriano Peixoto, que estava “recesso da diminuição de seus poderes, da nova república, frente a um órgão fiscalizador”¹⁰.

Patrocinado pelo então Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Innocêncio Serzedello Corrêa (SIQUEIRA, 1999, p. 161), por meio do Decreto n. 1.166 de 17 de dezembro de 1892, em substituição ao Decreto n. 966-A (SILVA, 1999, p. 42), o TCU veio a exercer, em 17 de janeiro de 1893, as suas funções constitucionais, abrigado no Edifício do Tesouro, no Rio de Janeiro, viabilizando o exame mensal das movimentações de receitas e despesas dos cofres públicos, a comunicação direta com o Poder Legislativo e o julgamento das contas dos gestores de dinheiros públicos (SILVA, 1999, p. 53).

Ainda em 1893, o Presidente Floriano Peixoto, inconformado com a decisão do TCU que declarou ilegal o ato dele de nomeação, um parente do ex-Presidente Deodoro da Fonseca, ordenou a edição de “decretos que retiravam do TCU a competência para impugnar despesas consideradas ilegais” (BARROS, 1999, p. 237), que, se editados e postos em prática, anulariam a instituição (LIRA, 1959, p. 108-109; MARTINS, 2021, p. 7).

Inconformado, o então Ministro da Fazenda, Innocêncio Serzedello Correa, pediu exoneração do cargo (LIRA, 1959, p. 107-109; BARROS, 1999, p. 237) e, nos termos da memorável Carta de 27 de abril de 1893, assim expôs sua consternação (LIRA, 1959, ps.102-112), *ipsis litteris* (grifou-se):

Em nossa última conferência ministerial, julguei do meu dever, como Ministro da Fazenda, pasta onde se refletem tôdas as faltas ou abusos praticados em relação às despesas públicas, ler-vos uma exposição minuciosa da situação do Tesouro e do país, e pedir-vos as providências necessárias ao levantamento de nosso crédito no exterior, e tendentes a melhorar a nossa situação econômica e

¹⁰ In Portal TCU. Gestão Cultural. Centro cultural TCU. Museu do Tribunal de Contas da União. TCU - a evolução do Controle. Da criação à instalação. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/da-criacao-a-instalacao.htm> Acesso em: 12 abr. 2022.

financeira, da qual depende, sem dúvida, como sabeis, a consolidação da República.

[...]

As minutas dos decretos que me enviastes por um dos vossos dignos ajudantes-de-ordens, permiti que vos diga quem está sinceramente convencido da imaculada honestidade do vosso caráter e da pureza de vossas intenções, encerram meio de que lançaria mão um govêrno que entendesse administrar discricionariamente o país e não aquêle que, patriota e inspirado no bem público, quisesse, ao contrário, conservar-se dentro da lei, economizando o dinheiro do contribuinte, o dinheiro do imposto tão oneroso a todas as classes, em uma vida cheia de inquietações no seio do lar e da oficina, pela carestia que asfixia e diminui a cada hora o bem-estar de antes.

Êsses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples chancelaria do Ministério da Fazenda, tiram-lhe tôda a independência e autonomia deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Govêrno à prática de todos os abusos e vós o sabeis — é preciso antes de tudo legislar para o futuro.

Se a função do Tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que êsse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração.

Se, poré, êle é um Tribunal de exação como já o queria Alves Brando e como têm a Itália e a França, precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que fôr autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso.

Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo a essa soberania suprema da lei e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes.

Qual é, porém, o inconveniente em ouvir-se prèviamente o Tribunal? Se a despesa está dentro do orçamento, se existe verba ou se tem recurso a verba, o Tribunal não pode deixar de registrá-la.

Se não existe ou está esgotada, e é o caso dos créditos extraordinários ou suplementares, nada adiantamos à Monarquia, pois ouvia-se, no regime passado, o Conselho de Estado pleno ou a Seção competente, que opinava com grande publicidade pró ou contra o pedido de créditos.

Para que, pois, em vésperas de abrir-se o Congresso, quando êste vai tomar conhecimento da reforma e aperfeiçoá-la, atendendo às lacunas que a experiência tem apontado, fazê-lo o Executivo quando para tanto vos falta competência, como se vê no artigo 19, do Capítulo 29 das Disposições Gerais, da Lei nº 2.348, de 25 de agôsto de 1873, que diz:

“As autorizações para a criação ou reforma de qualquer serviço ou repartição pública não terão vigor por mais de dois anos, a contar da data da promulgação da lei que as decretar. Uma vez realizadas, serão provisoriamente postas em execução, sujeitas à aprovação da Assembléia Geral na sua primeira reunião, não podendo ser mais alteradas pelo Govêrno?” Esta disposição é permanente.

Pelo que venho de expor, não posso, pois, Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor.

Devo, finalmente, dizer-vos, que, como republicano e militar, continuo à vossa disposição em qualquer cargo ou comissão que julgardes dever confiar-me, desde que não seja de Secretário ou Ministro de Estado.

Sou de V. Exa., com o maior respeito, estima e alta consideração, admirador e amigo atencioso Serzedelo Correia .

O presidente Floriano Peixoto, em mensagem dirigida ao Congresso Nacional¹¹, invocou, *ipsis litteris*, “atenção para a necessidade de ser confeccionada a lei orgânica do Tribunal de Contas, instituição, instalação há pouco tempo, [teria] originado reclamações pelos embaraços trazidos à marcha da administração pública, em razão do modo por que foi constituída” (PEIXOTO, 1893, p. 5; MARTINS, 2021, p. 8)

O Congresso Nacional chegou a aprovar um projeto de lei orgânica do TCU, ainda que o Presidente Floriano tenha negado sanção a ele, afirmando que os controles rigorosos não eram adequados ao sistema de contabilidade pública, “cheio de lacunas e imperfeições e que mal se accomoda à simples fiscalização parlamentar”¹² (PEIXOTO, 1894, p. 16; MARTINS, 2021, p. 8). Confira-se, *ipsis litteris*:

Bem sabeis que esse tribunal poderá perfeitamente exercer a fiscalização dos dinheiros publicos sem, todavia, converter-se em obstaculo á marcha regular da administração, cuja iniciativa, sobretudo em dadas circunstancias excepcionaes, deve ser prompta e decisiva.

O nosso “systema de contabilidade publica, cheio de lacunas e imperfeições e que mal se accomoda á simples fiscalização parlamentar, carece de ser reformado de modo a ajustar-se ao novo aparelho de contrastação financeira, para que assim tenhamos um mecanismo harminico e bem equilibrado em suas applicações.

Em 1896, o vice-presidente Manoel Victorino Pereira aprovou, por meio do Decreto n. 2.409, de 23 de dezembro de 1896¹³, o regulamento expedido pelo Decreto Legislativo n. 392, de 8 de outubro de 1896¹⁴, que reorganizava o Tribunal de Contas (SIQUEIRA, 1999, p. 168).

Mas foi apenas em 1911, com a edição do Decreto n. 2.511, de 20 dezembro de 1911¹⁵, pelo Congresso Nacional e sancionado pelo presidente Hermes Rodrigues da Fonseca, que foi regulamentada a emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas, nos termos do art. 1º, § 2º, sobre a regularidade e a exatidão das “contas da gestão financeira

¹¹ PEIXOTO, Floriano. Vieira. (1893). Mensagem dirigida ao Congresso Nacional pelo Marechal Floriano Peixoto, vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, por ocasião de abrir-se a 3ª sessão ordinária da 1ª legislatura. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles/126#c=4&m=0&s=0&cv=0&r=0&xywh=-1451%2C179%2C5060%2C3570>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹² PEIXOTO, Floriano Vieira. (1894). Mensagem dirigida ao Congresso Nacional pelo Marechal Floriano Peixoto, vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, por ocasião de abrir-se a 1ª sessão ordinária da 2ª legislatura. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional. Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles/126#c=0&m=2&s=0&cv=0&r=0&xywh=-3459%2C317%2C9012%2C3844>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹³ In Portal do Planalto. Legislação. Decretos. Anteriores a 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D2409.htm Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁴ In Portal da Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Legislação. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2409-23-dezembro-1896-514244-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁵ In Portal da Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Legislação. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2511-20-dezembro-1911-579938-publicacaooriginal-102823-pl.html> Acesso em: 12 abr. 2022.

durante o penúltimo exercício encerrado”, para a tomada de contas ao Governo pelo Congresso Nacional (SIQUEIRA, p. 172; SILVA, 1999, p. 52).

Embora reconheça a importância da emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da República, para Artur Adolfo Cotias e Silva (1999, p. 71), a prerrogativa estabelecida pela lei ordinária, Decreto Legislativo n. 2.511/1911, “não passou de letra morta durante 23 anos [...], só vindo a se tornar competência de fato do Tribunal de Contas, e a ser exercida em sua plenitude com a elevação à categoria de norma constitucional, expressa no artigo 102, da Carta de 1934”.

Mais tarde, o presidente Wenceslau Braz Pereira Gomes, por meio do Decreto n. 13.247, de 23 de outubro de 1918¹⁶, editou novo regulamento sobre a organização e competência do Tribunal de Contas, a fim de garantir a exclusividade do Poder Executivo para organizar a prestação de contas, sem que o TCU pudesse agir caso o governo descumprisse a obrigação (MARTINS, 2021, p. 14). Confira-se:

Art. 32. Exercita o Tribunal de Contas a sua função fiscalizadora, instituindo exame prévio sobre os actos que entendem com a receita e a despesa publica, dando-lhes registro quando taes actos se acharem conforme as regras de direito e as leis que os regularem, ou recusando quando tal não se verificar, e bem assim revendo as contas da gestão financeira.

[...]

§ 2º Compete-lhe, quanto á despesa:

[...]

II. Instituir exame e registrar os creditos orçamentarios, constantes das tabellas explicativas do orçamento annual, organizadas de accôrdo com as propostas do Poder Executivo e modificações das leis de meios;

[...]

Art. 34. Compete as Camaras reunidas:

[...]

VIII. Resolver sobre o registro dos creditos orçamentarios constantes das tabellas explicativas do orçamento annual, desde que organizadas de accôrdo com as propostas do Poder Executivo e modificações das leis de meios;

Tratará-se de uma lacuna impeditiva da completa efetivação das disposições dos arts. 34, § 1º, e 89 da Constituição de 1981, quando ao julgamento parlamentar das contas do Poder Executivo (MARTINS, 2021, p. 14).

No período conhecido como República Velha (SIQUEIRA, 1999, p. 168), entre 1889 e 1930, a emissão de parecer prévio pelo TCU durou até 1929 (SIQUEIRA, 1999, p. 176). Na sequência, entre 1930 e 1933, as contas do governo eram aprovadas pelo

¹⁶ In Portal da Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Legislação. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-13247-23-outubro-1918-504299-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Congresso Nacional, mas sem a emissão de parecer técnico do TCU. Silva (1999, p. 68) relata que não houve a emissão de relatórios relativos às contas de 1930 a 1933. Siqueira (1999, p. 176), com mais intensidade, registra que, “vitoriosa a Revolução de 1930, e fechado o Congresso Nacional, não foram apresentadas, pelo Governo, as contas de 1930 a 1933”.

Na Constituição de 1934, o texto consagrou um capítulo próprio intitulado “Do Tribunal de Contas” (Seção II do Capítulo VI), no qual previa a atribuição específica de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos” (art. 99). Ficou estabelecido o controle prévio de contratos administrativos (art. 101, § 1º) e a emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da República, a ser anualmente prestado à Câmara dos Deputados (art. 102). Neste período, o TCU voltou a emitir pareceres prévios que anualmente eram encaminhados à Câmara dos Deputados.

Já a Constituição de 1937, forma diminuta e de eficácia limitada, no art. 114 e seu parágrafo único, apenas fez referência às atribuições de acompanhar a execução orçamentária, julgar as “contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União”.

Nesse período, o TCU passou a emitir seus pronunciamentos no formato de parecer-relatório, juntamente com a aprovação do presidente da república por meio de decreto-lei (SILVA, 1999, p. 75-76), em flagrante descompasso com o preceito da imparcialidade.

Em 1937, pela primeira vez, o TCU emitiu parecer contrário à aprovação das contas do governo, na ocasião, de Getúlio Vargas, relativas ao exercício de 1936, mas que foi contrariado pela Câmara dos Deputados, que aprovou as contas do governo daquele exercício (SIQUEIRA, 1999, p. 179)

Para Siqueira (1999, p. 179), a manifestação, “de caráter puramente técnico”, inobstante não ter tido eficácia quanto à sua aplicação, denotou a posição de independência do Tribunal de Contas da época”.

O texto democrático de 1946 cuidou de reestabelecer e ampliar as funções da Carta de 1934, conforme os arts. 76 e 77 (SILVA, 1999, p. 90). Inclusive, no art. 22, apresentou a expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas” (SIQUEIRA, 1999, p. 203).

Por outro lado, as Constituições de 1967/69 suprimiram a previsão de controle prévio dos contratos administrativos pelo TCU e direcionaram eventuais representações, no exercício de suas atribuições, ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por eles verificados (SILVA, 1999, p. 109).

A mudança para a sede definitiva ocorreu apenas em 1974, com a finalização do edifício projetado pelo arquiteto Renato Alvarenga, nas proximidades da Esplanada dos Ministérios, em Brasília, em que está estabelecido o complexo arquitetônico dos três poderes da República (BARROS, 1999, p. 250).

No contexto contemporâneo, inaugurado pela Constituição da República de 1988, a realidade é diferente das anteriores. Neste momento, verifica-se uma expansão mais acentuada das atribuições do TCU.

As contas anuais do governo federal passaram a ser relatadas por ministros titulares e apreciadas pelo Tribunal em sessão extraordinária, e apoio em parecer prévio conclusivo, nos termos do art. 228 do Regimento Interno do TCU¹⁷, com o fito de “expressar se as contas prestadas pelo Presidente da República representam adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro, bem como sobre a observância dos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal”.

Também, conforme o § 1º do art. 228 do RITCU¹⁸, o “parecer prévio conterà registros sobre a observância às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, em especial quanto ao que estabelece a lei orçamentária anual”.

Frise-se que, de acordo com o art. 49, IX, da CFRB de 1988, o TCU não julga as contas do presidente da República, mas emite parecer prévio anual sobre elas. Logo, conforme o citado dispositivo constitucional, cabe ao Congresso Nacional o julgamento conclusivo dessas contas (SIQUEIRA, 1999, p. 210).

Embora esteja a cargo do Congresso Nacional, conforme o art. 70, *caput*, da CRFB/1988, o controle externo é exercido “com o auxílio do TCU”, repetindo-se a terminologia inaugurada pelo texto democrático de 1946, no art. 71, *caput*, da CRFB.

Assim, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

¹⁷ Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24 (2018). Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em: 12/4/2022.

¹⁸ Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24 (2018). Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em: 12/4/2022.

patrimonial da administração pública federal” será exercida pelo Congresso Nacional – CN, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Se o presidente da república, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 84, XXIV¹⁹), não apresentar ao Congresso Nacional as contas referentes ao exercício anterior, caberá à Câmara dos Deputados proceder à tomada de conta, nos termos do art. 51, II, da CRFB²⁰.

Ressalte-se que “qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, tem o dever de prestar contas ao TCU, conforme o art. 70, parágrafo único, da Constituição.

Por outro viés, nos termos art. 74, § 2º, como instrumento de fortalecimento da democracia (BARROS, 1999, p. 248), por meio da participação direta, a Constituição instituiu que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

De mais a mais, a composição do Tribunal se manteve inalterada, com nove ministros, em relação ao implemento da Lei Orgânica n. 830/1946. Na CRFB de 1988, pela primeira vez, o Ministério Público passa a compor constitucionalmente o TCU, conforme o art. 130 da Carta. Até então, embora atuasse junto ao TCU desde 1982, o MP integrava a estrutura com fundamento no regimento interno do Tribunal (SILVA, 199, p. 133).

1.2 – Autonomia, subordinação ou independência institucional

A significação da relação entre o TCU e as instituições republicanas, quanto à subordinação, à obediência, à dependência, à submissão ou à sujeição, no âmbito de suas atribuições constitucionais, é objeto de intenso debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria.

Como ressalvado na introdução deste trabalho, repita-se, em deferência à

¹⁹ XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

²⁰ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...] II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

acentuada controvérsia sobre a utilização da expressão “jurisdição administrativa”, justifica-se a sua utilização para designar a ação pela qual o TCU provém suas deliberações, no estrito exercício da sua função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, mas que não almeja, nesta análise, implícita ou explicitamente, equipará-la, ou mesmo incluí-la, segundo o exercício da função típica do Poder Judiciário, o qual detém a exclusividade da atividade jurisdicional.

De todo modo, credita-se à imprecisão da sua natureza nos textos constitucionais a brecha para a expansão da sua “competência por mão própria”, como denomina a doutrina de Dutra e Reis (2020, p. 22), a partir da Súmula n. 347 do STF e, mais adiante, intensificada pela própria CRFB/88.

Daí a importância de se examinar, neste capítulo dedicado ao axioma da instituição do TCU, a significação da sua natureza constitucional e seus possíveis impactos sobre as funções dos Poderes da República. É o que adiante será detidamente analisado.

A ambiguidade envolta do TCU esteve presente desde os primórdios da sua institucionalização (7/11/1890), quando Rui Barbosa²¹ (1999, p. 256-257), em sua exposição sobre a criação do Tribunal de Contas, descreveu-o como um “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias - contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil”.

Mesmo que não intencional, a descrição de Rui Barbosa sobre o novel órgão de controle foi criteriosa e não imprimiu expressão que, em tese, pudesse causar algum constrangimento, razão pela qual o Decreto n. 669-A foi assinado na mesma data de sua proposição, em 7/11/1890. Aliás, não é de todo absurdo considerar que termos como “subordinação” e “independência”, conforme o emprego, poderiam obstar o interesse de quaisquer dos atores envolvidos com potencial de obstruir a criação do TCU.

Após a promulgação da primeira constituição republicana (1891), foi conferido ao TCU o *status* constitucional, para “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”, contudo o texto constitucional

²¹ In Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, Volume 30, n. 82, out/dez/ 1999, p. 253-262. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113> Acesso em; 12 abr. 2022.

não cuidou de incorporá-lo a um dos poderes, estabelecendo-o nas disposições gerais, Título V (KANIA, 2020, p. 49).

Apesar da constitucionalização do controle posterior, como subsídio à ação parlamentar (MARTINS, 2021, p. 7), o texto de 1891 foi omissivo e não fez alusão ao julgamento das contas dos responsáveis que administravam o dinheiro público (SILVA, 1999, p. 37). O detalhamento das ações e das atribuições do TCU somente veio com as leis e regulamentos posteriores (SILVA, 1999, p. 37). Como consequência, houve questionamentos acerca da legitimidade da ação preventiva da corte, assim que ela foi instalada (MARTINS, 2021, p. 7).

Inclusive, a incorporação do TCU por um dos Poderes da União ocorreu apenas com a Constituição de 1946, quando foi inserido no Poder Legislativo, juntamente com a inauguração da célebre expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas” (KANIA, 2020, p. 51).

Curioso é que, na recente obra institucional “Conhecendo o Tribunal”²² (TCU, 2022, p. 6), consta publicado que “Ruy Barbosa acreditava ser imprescindível criar instituição destinada ao controle da receita e da despesa públicas mediante uma atividade fiscalizadora pautada nos princípios da independência, exatidão contábil e legalidade do ato”.

Inclusive, no portal do TCU na internet²³, o próprio se autoproclama “órgão independente e autônomo”, *in verbis*:

Muito se fala sobre o lugar que o Tribunal de Contas da União exerce na administração pública brasileira. Alguns autores consideram que o TCU, na condição de órgão auxiliar do Congresso Nacional na função do controle externo, está subordinado ao Poder Legislativo – fazendo, inclusive, parte desse poder. No entanto, o teor da Constituição de 1988 expressa que o TCU é um órgão independente e autônomo, ou seja, não pertencendo a nenhum dos poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário.

O TCU é independente porque a própria CF88 lhe atribui, no artigo 33, § 2º, e no artigo 71, competências próprias e privativas. Importa lembrar que essas competências não são delegadas pelo Congresso Nacional. A autonomia do Tribunal de Contas da União advém de sua capacidade de definir a forma como pretende atuar no cumprimento de sua missão constitucional, por dispor de orçamento próprio e por ter iniciativa de lei para definir os planos de cargos e salários de seus servidores, entre outras atribuições. Essa autonomia encontra

²² In Conhecendo o Tribunal. 8ª edição. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2022, p. 6. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/conhecendo-o-tribunal.htm>. Acesso em: 18 maio 2022.

²³ In Portal TCU. Gestão Cultural. Centro cultural TCU. Museu do Tribunal de Contas da União. TCU – a evolução do Controle. TCU e as constituições (TCU: órgão subordinado ou independente?). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm#:~:text=No%20entanto%2C%20o%20teor%20da,%E2%80%93%20Executivo%2C%20Legislativo%20ou%20Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 18 maio 2022.

guardada na Constituição Federal nos artigos 73 e 96.

Ocorre que, em todo o teor da exposição de motivos de Rui Barbosa, não há uma passagem que mencione a posição de independência ou de subordinação do órgão de controle externo a qualquer dos poderes do novo regime político, exceto quando menciona os atributos do sistema Italiano (“um mediador independente”), mas cuja contribuição para a elaboração do decreto teria “apenas os traços cardeais” (1999, p. 256-257). Confira-se:

Tais razões inclinaram decididamente a nossa escolha para o, tipo italiano, de que o decreto ora submetido à vossa assinatura indica apenas os traços cardeais, e cuja organização se formulará no regulamento, para a elaboração do qual este Ministério constituirá, sob a sua presidência, e adstrita aos caracteres essenciais do modelo adotado, uma comissão de profissionais, que dê princípio imediatamente aos seus trabalhos.

Esse debate “silencioso” é uma amostra, ainda que superficial, de como a prática institucional do TCU, por meio de mecanismos extraprocessuais, procura influenciar, *data venia*, outros personagens sobre como ele deseja ser reconhecido, “um órgão independente e autônomo, ou seja, não pertencendo a nenhum dos poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário”.

Nesse caso, a expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas” (SIQUEIRA, 1999, p. 203), inaugurada pela Constituição Democrática de 1946 e repetida nas constituições de 1967, 1969 e 1988, seria mero eufemismo para o seu perfil contemporâneo.

A posição de Dutra e Reis (2020, p. 22) é de que a “dupla vocação, institucionalmente reconhecida e constitucionalmente chancelada, que consagra, entre nós, a vocação do [TCU]”, está em “auxiliar com independência o Poder Legislativo no necessário controle externo das contas públicas, sem imiscuir-se ou obstar a realização de programas e atividades fins dos demais Poderes, sobretudo da Administração Pública”.

Kania (2020, p. 58) defende que, no direito pátrio, parece inadequado considerar o Tribunal de Contas pertencente ao Poder Legislativo, uma vez que ele “não é titular de funções típicas legislativas, o que implicaria considerá-lo órgão auxiliar das casas legislativas”, mas, prossegue o autor, “sua função primordial é julgar, o que exige a independência de seu exercício funcional, sob pena de não haver a imparcialidade devida em relação aos jurisdicionados”.

Ainda de acordo com Kania (2020, p. 60), o adequado exercício das funções de

Tribunal de Contas e, inclusive, de Ministério Público de Contas depende da independência desses órgãos em relação àqueles que por eles serão fiscalizados, razão pela qual o Tribunal de Contas não subordina o Ministério Público de Contas e ambos não estão subordinados a qualquer dos três poderes tradicionais.

Para Márcio André Lopes Cavalcante²⁴ (2017, p. 72), o TCU ostenta a condição de órgão independente na estrutura do Estado brasileiro, tendo suas decisões a natureza jurídica de atos administrativos passíveis de controle jurisdicional. Tratar-se-ia, segundo o autor, de um tribunal de índole técnica e política, criado para fiscalizar o correto emprego dos recursos públicos.

Com base nesses excertos doutrinários, é possível compreender o TCU como um órgão que exerce uma função autônoma de controle e está ligado ao Poder Legislativo sem subordinação, em face da própria lógica constitucional, que o elegeu como auxiliar do Congresso Nacional.

Frise-se que o TCU não é um órgão independente, mas possui independência técnica e operacional, posições essas que não se confundem. Em outras palavras, significa que o TCU intervém por força própria nas pessoas (físicas ou jurídicas, públicas ou privadas) e nas matérias sujeitas à sua competência, de modo que suas decisões administrativas produzem efeitos próprios, independentes de deliberação ou aprovação do Poder Legislativo (DUTRA & REIS, 2020, p. 20).

Assim, verifica-se que a fiscalização²⁵ contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União é exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, com o auxílio do TCU, que utiliza os instrumentos de fiscalização previstos no seu Regimento Interno para dar cumprimento a essa atribuição (CF/88, Art. 70 e 71²⁶; RITCU, Cap. III).

Sob outra perspectiva, na estrutura política da República Federativa do Brasil, o TCU é o satélite constitucional que orbita os Poderes da União, inclusive o Ministério

²⁴ *Vade mecum* de jurisprudência dizer o direito. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 72.

²⁵ *In* Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24 (2018). Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em: 21 maio. 2022.

²⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

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

Público Federal (decorrente do princípio da separação de poderes), para, na sua estrita função de controlar a validade de atos administrativos, ser o responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

De fato, a Constituição de 1988 outorgou uma multiplicidade de matérias técnicas e jurídicas que, de certo modo, conferiu um espectro indefinido de ação pelo TCU.

Inclusive, a atuação do TCU não se resume às margens limítrofes da União, pelo contrário. A CRBF/1988 lhe conferiu a capacidade de romper as fronteiras da Federação, para alcançar qualquer um que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Ressalve-se, por outro lado, que a distribuição constitucional de competências em matéria de controle externo buscou separar temas destinados à atuação direta e autônoma do órgão técnico de outras em que a deliberação é exclusiva do Poder Legislativo, ainda que auxiliado pelo TCU, entre as quais estão as hipóteses dos arts. 49, IX, e 71, I, da CRFB de 1988²⁷.

Por ser um órgão que exerce, de certo modo, um tipo de jurisdição, mais especial do que simplesmente uma função administrativa, tendo em vista a natureza jurídica de suas deliberações, não é um total absurdo concluir que a Constituição instrumentalizou a ampliação da atuação do TCU.

Se, por um lado, tal perspectiva é vista positivamente pelos benefícios proporcionados por um controle independente, por outro, ela suscita preocupações quanto à delimitação de suas competências.

Essa preocupação pode ser ilustrada pelo aforismo que retrata o “medo de a soma de suas competências alçar status de uma ‘tirania da minoria’”, em desfavor da primazia da garantia dos direitos fundamentais.

A despeito do embate doutrinário, o fato é que o texto constitucional não é latente

²⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

[...]

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

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

quanto natureza jurídica do TCU, razão pela qual o tema está longe de qualquer consensualidade.

De qualquer forma, é indiscutível a importância do TCU no equilíbrio de forças entre Poderes integrantes do Estado brasileiro, sobretudo em razão de possuir prerrogativas especiais, na atuação, conforme denominado pela CRFB de 1988, como auxiliar do Legislativo na função de controle externo da Administração. Mas, o fato de ser “auxiliar” do Legislativo não significa que o TCU não desempenhe, de modo autônomo, competências próprias (SUNDFELD; CÂMARA, 2020, p. 20).

Nesse passo, conforme Gregório (2012, p. 44), “a magnitude das decisões do TCU provém do prestígio que lhe foi dado pela Constituição Federal. Assim, não podem essas deliberações serem comparadas a meros atos administrativos”. Por outro lado, confere-se ao Judiciário, por intermédio de várias espécies de ações judiciais, a possibilidade de decidir autonomamente sobre elas (SUNDFELD et al., 2017, p. 879).

2 – O EXPANSIONISMO DA COMPETÊNCIA DO TCU

Neste segundo capítulo, intitulado de “O expansionismo da competência do TCU sobre o controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos”, o escopo é dividido em outros dois tópicos: “A ascensão da competência originária do STF para conhecer do MS contra ato do TCU” e “O expansionismo da competência do TCU a partir da fixação da Súmula n. 347 do STF”.

Por meio desses tópicos, são apresentadas as consequências jurídicas do fenômeno jurídico-político do TCU, de que trata o primeiro capítulo.

A primeira consequência diz respeito às circunstâncias fáticas e aos argumentos jurídicos para o estabelecimento da competência originária do STF para conhecer do MS contra ato do TCU, bem como as consequências desse reconhecimento.

Tratar-se-ia de objeto de anseio dos membros da Corte de Contas, que almejavam estabilidade jurídica, que viria com o fim da “multiplicidade de controladores com competências sobrepostas” (“controle judicial pulverizado de sua atuação”), e prestígio institucional, que viria por meio da tese de equivalência de direitos, garantias e prerrogativas entre os membros do TCU e do então Tribunal Federal de Recursos – TFR.

Fundante nesses registros, é apresentado ao leitor a concepção do embrião que mais tarde daria ensejo ao expansionismo da competência do TCU e que, por sua vez, desaguardaria na atual controvérsia sobre o exercício do controle de constitucionalidade de leis ou de atos normativos.

No segundo tópico: “O expansionismo da competência do TCU a partir da fixação da Súmula n. 347 do STF”, serão analisados os fundamentos que deram ensejo à jurisprudência sumulada, quanto à interpretação conferida ao art. 77 da Constituição Federal de 1946, a propósito de seu precedente RMS n. 8.372/CE. O objetivo é compreender se os fundamentos que deram origem ao enunciado foram negligenciados, omitidos e/ou descaracterizados ao longo do processo de alargamento das competências do TCU, tendo como parâmetro a deliberação do STF no MS n. 35.410/DF.

2.1 – A ascensão da competência originária do STF para conhecer do MS contra ato do TCU

A tese remonta aos tempos da República de 1946, quando o mandado de segurança, previsto no art. 141, § 24, da CF/1946, destinava-se à proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, independentemente da autoridade

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, mas esse mesmo diploma constitucional não previu qual seria a instância judicial competente para julgar mandados de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União (TRISTÃO, 2021, p. 39).

Naquele período, os mandados de segurança contra o TCU eram julgados por juízes ou pelo Tribunal Federal de Recursos – TFR (LOBO, 1952, p.). Vigorava a premissa da competência dos juízes de primeira instância para julgar os mandados de segurança contra atos do Tribunal de Contas, dos quais caberia recurso ao TFR.

Por sua vez, o TCU sofria deveras derrotas nessas instâncias, que consequentemente limitavam as suas atuações de controle (TRISTÃO, 2021, p. 32).

Por exemplo, em 1951, a maioria dos ministros do TFR decidiu acolher o recurso, no RMS n. 797/DF, e conceder a segurança pleiteada pela Ordem dos Advogados do Brasil, “para declarar que a OAB, não sendo uma autarquia, e não sendo dinheiros públicos, os manuseados por seus dirigentes, no custeio dos seus serviços auxiliares, está dispensada de prestar suas contas ao Tribunal de Contas da União” (LOBO, 1950, p. 145; MAGALHÃES, 1950, 340).

Inclusive, a controvérsia envolta do “dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União”, alçou a condição de repercussão geral (tema n. 1054), por maioria, quando da apreciação do RE n. 1182189/BA²⁸, de relatoria do ministro Marco Aurélio, em julgamento do Plenário do STF de 6/6/2019. Na ocasião, o Tribunal Pleno do STF, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o ministro Edson Fachin. Confira-se, conforme os termos da ementa do julgado:

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – PRESTAÇÃO DE CONTAS – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADEQUAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral controvérsia relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. (RE 1182189 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019)

Em outro caso emblemático, em julgado de 1950, o juiz de primeira instância entendeu que, “[...] não sendo o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial uma entidade autárquica, mas um órgão de índole privada; não sendo públicos os dinheiros

²⁸ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1054>. Acesso em: 26 jun. 2022.

com que custeia os seus serviços, mas inegável patrimônio particular; não sendo lícito ao Tribunal de Contas agir além da sua competência constitucional, limitada aos bens e dinheiros do Estado e das suas autarquias”, não estava o SENAI obrigado a prestar contas ao TCU (RUSSUEL, 1950, p. 238).

Em 1951, o tema alçou o TFR, por meio de recurso em MS n. 748/DF, cuja maioria dos ministros decidiu confirmar a sentença recorrida (de modo semelhante ao que ocorreu no caso da OAB), para predominar no TFR o entendimento de que, “não sendo o SENAI uma entidade autárquica, seus administradores não [estariam] sujeitos à prestação de contas [pelo] Tribunal de Contas” (LOBO, 1952, p. 168):

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de mandado de segurança n. 748, do Distrito Federal, em que figuram como recorrente o Tribunal de Contas da União e recorrido o Serviço Nacional de Aprendizagem Nacional (SENAI):

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, depois de rejeitar as preliminares de ilegitimidade do interpotente do recurso, de intempestividade e a do não conhecimento do mesmo em caráter de ex-officio, a primeira por maioria, a segunda por unanimidade e a terceira contra o voto do relator, no mérito, vencido os Ministros Alfredo Bernardes e Cunha Vasconcelos, confirmar a sentença recorrida, tudo de acordo com o relatório e votos taquigrafados que ficam integrados neste.

[...]

VOTO-MÉRITO

[...]

O SENAI não administra dinheiros públicos, nem patrimônio público, não é custeado por tributos e nem por outros recursos da União [...].

[...]

Ora, outrossim, não sendo o SENAI uma entidade autárquica, seus administradores não estão sujeitos à prestação de contas Tribunal de Contas.

[...]

DaÕ o poder ser feita a seguinte tese que adoto sinteticamente como a representante do meu pensamento no caso que tanta discussão tem suscitado nos nossos meios forenses e administrativos: Desde que não entram em causa dinheiros e bens públicos, patrimônio público, enfim, tributos ou outros recursos da União, não há como surgir a competência do Tribunal de Contas para exigir sejam as contas prestadas.

[...]

Positiva e iniludivelmente, o SENAI não está enquadrado nesses característicos, porque não lida com bens públicos, não guarda dinheiros públicos.

Até então, era assente o argumento de que não havia evidências no texto constitucional da competência do STF para conhecer de mandado de segurança contra ato da Presidência ou do Tribunal de Contas, conforme a ementa do MS n. 1.915/DF, onde se lê:

Mandado de segurança contra o ato do Tribunal de Contas da União; não pode

conhecer dele, originariamente, o Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, no mesmo MS n. 1.915/DF (sessão plenária de 8/4/1953), o voto do ministro relator Hahnemann Guimarães, embora vencido, trouxe à tona a controvérsia ao exteriorizar que a “[...] Constituição de 1946 não [enumerava] taxativamente, no art. 101, I, i, as autoridades contra cujos atos se pode requerer ao Supremo Tribunal Federal mandado de segurança, nos termos do preceito constitucional do art. 141, § 24”.

No entender do ministro Guimarães, para proteger o direito líquido certo, violado por ato do TCU, era preciso conceder o mandado de segurança, *in verbis*:

Já se reconheceu que a Constituição não enumera taxativamente, no art. 101, I, i, as autoridades contra cujos atos se pode requerer ao Supremo Tribunal Federal mandado de segurança, nos termos do preceito constitucional do art. 141, § 24.

Para proteger direito líquido certo, violado por ato do Tribunal de Contas, deve ser concedido o mandado de segurança pelo Supremo Tribunal Federal, pois é aquele Tribunal um órgão auxiliar do Poder Legislativo (Const., art. 22, lei n. 830, de 23 de setembro de 1949, art. 1º); seus Ministros têm os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juízes do Tribunal Federal de Recursos (const. Art. 76, § 1º), funciona como Tribunal de Justiça nos processos de tomada de contas (lei n. 830, arts. 69 e 70).

A natureza e as funções do Tribunal de Contas não me permitem seguir a jurisprudência dominante, que defere competência para conhecer dos mandados de segurança, requeridos contra atos daquele órgão, aos juízes locais, com o recurso do art. 104, II, b, da Constituição.

Conheço do pedido.

A tese desenvolvida pelo voto do ministro Hahnemann Guimarães esteve ancorada na equivalência de direitos, garantias e prerrogativas entre os membros do TCU (Lei n. 830, de 23 de setembro de 1949) e do então Tribunal Federal de Recursos – TFR (art. 76, § 1º, da Constituição de 1946).

No caso, a Constituição de 1946, no art. 76, § 1º, de fato, trazia expressamente que os ministros do TCU teriam os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juízes do TFR. Confira-se:

Art 76 - O Tribunal de Contas tem a sua sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos.

Já, em relação aos juízes, a Constituição, no art. 95, assim previa:

Art 95 - Salvo as restrições expressas nesta Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes:

I - vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária;
II - inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal superior competente;
III - irredutibilidade de vencimentos, que, todavia, ficarão sujeitos aos impostos gerais (art. 15, nº IV). (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 9, de 1964)

Por sua vez, a Lei n. 830, de 23 de setembro de 1949, que regia a reorganização do TCU, trazia as seguintes disposições alusivas ao debate:

[...]
Art. 8º - Terão os Ministros os seguintes direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos:
I - vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária;
II - inamovibilidade;
[...]
III - aposentadoria, com vencimentos integrais; compulsória, aos 70 anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após 30 anos de serviço
IV - os mesmos vencimentos aos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, irredutíveis, embora sujeitos aos impostos gerais.
Art. 9º Depois de nomeados e empossados, os Ministros só perderão seus cargos: por efeito de sentença judiciária, exoneração a pedido ou por motivo de incompatibilidade, nos termos do parágrafo único do art. 5º.
[...]
Art. 69. Quando funcionar como Tribunal de Justiça, as decisões definitivas do Tribunal de Contas têm força de sentença judicial.
Art. 70. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça:
[...].

Em face do paralelismo entre o TCU e o TFR, para a superação da omissão constitucional, quanto às autoridades contra cujos atos se pode requerer ao Supremo Tribunal Federal mandado de segurança, o ministro Hahnemann Guimarães defendeu que era preciso reconhecer que o TCU funcionava como tribunal de justiça nos processos de tomada de contas em posição equidistante do Tribunal Federal de Recursos.

Deve-se creditar que, com a tese do ministro Hahnemann Guimarães, quanto à equivalência entre os membros do TCU (arts. 8º, 9º, 69 e 70 da Lei n. 830/1949) e do então TFR (arts. 76, § 1º, e 95 da Constituição de 1946), foi semeada a fonte da qual mais tarde seria colhida a expansão jurisdicional administrativa do TCU.

Tanto que, de argumento vencido no MS n. 1.915/DF, passou a ser o ponto vertente da mudança do paradigma constitucional, a propósito do MS n. 2.278/DF, na sessão plenária do STF de 30/12/1953. Nesse caso, os ministros do STF, por maioria de votos, acordaram a competência originária do STF para conhecer e julgar mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas da União, por “interpretação construtiva constitucional”.

O ministro Nelson Hungria, no MS n. 2.278/DF, inaugurou a divergência em relação ao voto do ministro relator Barros Barreto (vencido), para reconhecer que “[...] a competência originária do Supremo Tribunal, se não está nas letras expressas da Constituição, está dentro da sua lógica, permitindo reconhecimento por construção”, uma vez que “[...], se [...] os Ministros do Tribunal de Contas, individualmente, respondem por seus atos funcionais perante o [STF], não se compreende, na ausência de disposições constitucional expressa, que, quando esses ministros pratiquem atos colegialmente, tenham seus atos censurados pelos juízes de primeira instância, ou pelo Tribunal Federal de Recursos”.

Na sequência, acompanhando o voto do ministro Nelson Hungria, vieram os votos do ministro Rocha Lagôa, do ministro Hahnemann Guimarães, o qual fez questão de renovar as razões de seu voto vencido no MS n. 1.915/DF antes aderir à divergência, e, por fim, do ministro Ribeiro da Costa. Votaram com o relator, portanto, contra a divergência, os ministros Edgard Costa e Orozimbo Nonato.

Esse entendimento permaneceu majoritário e, mais tarde, daria ensejo à criação da Súmula n. 347 do STF, quando do julgamento do precedente RMS n. 8.372, na Sessão Plenária de 13/12/1963, objeto de análise do tópico final deste capítulo.

Após a redemocratização do país, com a promulgação da Carta da República de 1988, o texto constitucional previu expressamente a competência originária do STF para julgar mandados de segurança contra atos do TCU, a propósito do art. 102, I, *d*, da CRFB²⁹.

Inobstante a argumentação jurídica, Tristão (2020, p. 40) considera que o debate em torno da instância judiciária competente para julgar mandados de segurança contra o TCU envolve tanto questões jurídicas quanto aspectos políticos.

Nesse espectro, segundo os estudos de Tristão (2020, p. 40), os ministros do STF, ao argumentarem que o TCU exerce “relevante papel ‘auxiliar do Legislativo’”, que as “suas ‘natureza e função’ não permitiriam apreciação dos seus atos de juízes de primeira instância”, que o “órgão teria ‘atribuição da mais alta importância’”, com “extraordinária relevância no jogo político e jurídico”, teriam acolhido a competência originária do STF para conhecer dos mandados contra atos do TCU por atribuírem grande relevância

²⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

institucional a esse órgão.

E mais, os membros do TCU exerceram influência relevante na construção desse entendimento junto ao Supremo, que passou de posição isolada, no MS n. 1.1915/DF (8/4/1953), a majoritária, no MS n. 2.278/DF (30/12/1953).

Em contrapartida, quanto à motivação dos membros do TCU para influenciar na reversão do entendimento do STF, os estudos de Tristão (2020, p. 41) creditam a duas possíveis vertentes. A primeira, diz respeito ao “controle judicial pulverizado de sua atuação”, que “seria nocivo para o próprio Tribunal”, argumentação essa que se assemelha à vertente dos críticos sobre a “multiplicidade de controladores com competências sobrepostas”, como Tristão (2020), Sundfeld (2019), Marques Neto (2010) e Canetti (2018). A segunda, tangenciaria interesses em “dificultar o controle judicial de seus atos”, ao considerar que a concentração da competência para julgar mandados, em um único tribunal, situado na cúpula do sistema judiciário, poderia dificultar o acesso a agentes que quisessem contestar medidas do TCU.

A despeito da pertinência ou não do posicionamento do autor precitado, ressalte-se que tais conclusões voltarão a ser mais bem trabalhadas no próximo capítulo, quando da análise do estudo de caso.

Ressalte-se que, antes do reconhecimento da competência do STF para julgar os atos do TCU (MS n. 2.278/DF), prevalecia o entendimento de que competia aos juízes de primeira instância julgar os instrumentos contra atos do Tribunal de Contas e ao TRF os recursos respectivos. Até então, o TCU enfrentava deveras derrotas nos julgamentos dos mandados de segurança ajuizados contra ele nas instâncias inferiores (TRISTÃO, 2020, p. 41).

2.2 – O expansionismo da competência do TCU a partir da fixação da Súmula n. 347 do STF

A descrição do expansionismo da competência do TCU é, sobretudo, compreender as interseções nele ocasionadas a partir das circunstâncias históricas e político-institucionais.

Nesse contexto, a jurisprudência sumulada do STF tem como precedente o Recurso em Mandado de Segurança n. 8.372/CE, julgado na Sessão do Tribunal Pleno de 11/12/1961, de relatoria do Ministro Pedro Chaves.

No mandado de segurança que precedeu o acórdão paradigma, verificou-se que o recorrente foi aposentado como delegado de polícia, substituto, mas o Tribunal de Contas do Ceará negou registro ao ato de sua aposentadoria, com fundamento na perda de eficácia da Lei Estadual n. 4.316/1958 pela Lei n. Estadual n. 4.468/1959, que provia ao autor o direito de aposentadoria (MARIUTTI, 2021, p. 26).

Inconformado, o recorrente impetrou mandado de segurança, perante o tribunal de justiça, que foi denegado por voto de desempate, do qual interpôs o RMS ao STF.

No âmbito do julgamento do recurso, segundo o voto do ministro relator Pedro Chaves, constou que, “considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao [ato] da aposentação do recorrente [Lei n. 4.316/1958], não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico”. Assim, no entender do relator, teria “o acórdão recorrido bem [decidido] a espécie”, entretanto, ele ressaltou a necessidade de “um reparo de ordem doutrinária”, uma vez que não desejava “ficar vinculado a uma tese que [tivera] constantemente repellido”.

Tratara-se de entendimento de que o “Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei”. Para o ministro relator, na realidade, essa declaração escaparia à competência específica dos Tribunais de Contas, mas era preciso “distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigatória de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

Isto é, para o Ministro Pedro Chaves, era válida a competência dos tribunais de contas ou de qualquer tribunal de não aplicar, *in concreto*, leis inconstitucionais. Nesse caso, como bem ressaltou o representante da Procuradoria-Geral da República, o STF já havia proclamado a constitucionalidade da Lei Local n. 4.468/1959, que tornara sem efeito a Lei n. 4.316/1958.

No entanto, não ficou explicitamente estabelecido no voto do ministro relator, se a possibilidade de “não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigatória de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado” era válida apenas nos casos em houvesse a prévia apreciação da validade da lei ou do ato normativo pelo STF.

A decisão no RMS n. 8.372/CE foi unânime, e os ministros Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveria, Villas Bôas, Ary Franco, Hahnemann Guimarães e Ribeiro da Costa acompanham o relator na integralidade; ausentes, justificadamente, os ministros

Cândido Motta Filho, Luiz Gallotti e Lafayette de Andrada. O Acórdão paradigma restou assim ementado:

Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido. (DJ 26.04.1962)

Em tese, a ementa não teve o condão de suprir a obscuridade na fundamentação do voto condutor do acórdão. Nesse caso, afiguram-se, em tese, duas exegeses em situações limítrofes, para efeito de observância pelos tribunais de contas em casos vindouros.

Na primeira, de caráter restritivo, os tribunais de contas funcionariam como fiscais da jurisprudencial pacificada do STF, aplicando-a, *in concreto*, sobre as pessoas (físicas e jurídicas) e sobre as matérias sujeitas à sua competência. Na segunda, de caráter amplo, seria permitido aos tribunais de contas a análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que desprovida de abstração e que seus efeitos não transcendessem a análise do caso concreto, sendo possível a eles somente recusar a aplicação ou anular um ato administrativo sob seus fundamentos, por entendê-la discordante ou violadora de um preceito constitucional.

De qualquer modo, o precedente do STF, no RMS n. 8.372/CE, foi claro ao realizar a distinção entre a (i) não possibilidade de os tribunais de contas declararem a inconstitucionalidade e a (ii) possibilidade de eles não aplicarem leis inconstitucionais, pois essa última seria uma obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.

O que não ficou bem evidenciado foi a origem da verificação de inconstitucionalidade, se por “competência por mão própria” ou se por derivação para aplicação de matéria já pacificada pelo STF (MARIUTTI, 2021, p. 27).

Ressalte-se que, não obstante o tempo decorrido, essas duas vertentes se mantiveram presentes na jurisprudência do STF até os tempos atuais. A primeira corrente, p. ex., encontra esteio em posicionamentos dos ministros Dias Toffoli (MS n. 29.002/DF), Gilmar Mendes (DM no MS n. 25.888/DF) e da ministra Rosa Weber (MS n. 35.410/DF). Confira-se (grifou-se):

[MS 29.002/DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 7/8/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 23-7-2020 PUBLIC 24-7-2020];

EMENTA. [...] 4. Não compete ao Conselho Nacional de Justiça, mesmo em pretensão controle de legalidade dos atos do Poder Judiciário, emitir juízo acerca da constitucionalidade de norma em face de dispositivo ou princípio constitucional. Exorbitância do rol de atribuições do art. 103, § 4º, da CF. Precedentes. **Exceção apenas admitida quando se trate de matéria já pacificada no STF, o que aqui não ocorre.** (...) 11. Segurança concedida.

[MS 25.888/DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Decisão Monocrática, julgada em 14/7/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 16-9-2020 PUBLIC 17-9-2020]:

[...]

Por tudo isso, não parece desarrazoado entender pela possibilidade de órgãos constitucionais não jurisdicionais negarem aplicação a determinada lei no caso concreto, **quando já houver entendimento pacificado do STF acerca da inconstitucionalidade chapada, notória ou evidente, da solução normativa em questão.** Consoante preconizei em meu voto no MS 31.667/DF – AgR (Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 11.9.2018), não há empecilho para que a administração pública deixe de aplicar solução normativa inconstitucional, assim entendida como aquela em confronto com a Lei Maior ou baseada em interpretação tida como incompatível pela Suprema Corte, em jurisprudência solidificada.

[Voto Vogal da Min. ROSA WEBER no MS 35.410/DF, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/4/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 5-5-2021 PUBLIC 6-5-2021]:

[...]

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.**

Já a segunda corrente tem representatividade nos posicionamentos dos ministros Luís Roberto Barroso (MS n. 27.744/DF) e Marco Aurélio (MS n. 27.744/DF). Confira-se (grifou-se):

[Voto-Vista do Min. ROBERTO BARROSO no MS 27.744/DF, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015]:

[...]

A meu ver, não há impedimento para que o CNMP realize esta modalidade de controle. Conforme me pronunciei na sessão do dia 06.05.2014, concordo com o Min. Marco Aurélio no sentido de que quem tem a incumbência de aplicar a norma a uma situação concreta não pode ser compelido a deixar de aplicar a Constituição e aplicar a norma que considera incompatível. Não se trata, aqui, de realizar controle abstrato de constitucionalidade, mas, sim, de deixar de aplicar uma norma ao caso concreto, em face da supremacia da Constituição (controle incidental).

(MS 28.245/DF, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-002. DIVULG 08-01-2021 PUBLIC 11-01-2021):

CARTÓRIOS – REMOÇÃO. A remoção há de ser precedida de certame, viabilizando a participação de interessados – artigo 236, § 3º, da Constituição Federal. ÓRGÃO ADMINISTRATIVO – ATUAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. Possível é a qualquer órgão administrativo deixar de aplicar lei, por considerá-la conflitante com a Constituição Federal, observando esta última.

Feitas essas observações, retoma-se a análise sobre os eventos que se sucederam ao RMS n. 8.372/CE e à fixação da Súmula n. 347 do STF.

De acordo com os referenciais formais e temporais no Portal do STF na internet³⁰, a aprovação da Súmula n. 347, com fundamento no precedente RMS n. 8.372/CE³¹, teria ocorrido na Quinquagésima Sétima Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno do STF, de 13/12/1963, após moção apresentada pelo ministro Victor Nunes Leal³², que assim dispusera:

[...]:

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

Submetidos a votos, foi, [unanimemente] aprovada, tendo o Exmo. Sr. Ministro A.A. Ribeiro da Costa, Presidente, tecido louvores ao trabalho da ilustre [Subcomissão] de Jurisprudência que, realmente, conforme acentuou, elaborou uma súmula que prestará relevantes serviços às letras jurídicas do país, sendo do maior interesse para os Tribunais do País, advogados, juízes e cultura da Ciência do Direito.

A despeito da importância dos debates e dos fundamentos que deram ensejo à elaboração do verbete sumular, a Ata precitada apenas registrou a aprovação pela unanimidade de votos, sem trazer maiores contextos sobre sua apreciação. Ademais, somente fez referência à criação de uma “súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal”.

De fato, o extrato da Súmula n. 347 do STF, verificado no Portal do STF na internet, traz o RMS n. 8.372/CE³³ como o representativo da jurisprudência dominante. Desse modo, a melhor aplicabilidade do enunciado sumular, quanto ao seu alcance, indica ser vinculada aos fundamentos do RMS n. 8.372/CE e, por extensão, à interpretação

³⁰ In Portal do STF. Súmulas. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2149>. Acesso em: 19 maio. 2022.

³¹ In Portal STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula347/false>. Acesso em: 19 maio. 2022.

³² In Ata da Quinquagésima Sétima Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno do STF. 13/12/1963, p. 423. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1qMDRAgoj0BgTVm3rmlnfsDzClq_S0SXz/view?usp=sharing. Acesso em: 19 maio. 2022.

³³ In Portal STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula347/false>. Acesso em: 19 maio. 2022.

conferida ao art. 77 da Constituição de 1946³⁴. Assim, foi proclamada a Súmula n. 347 do STF, *in verbis*:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Sobre a representatividade do enunciado em julgados do STF, foi realizada busca na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do STF, sob o argumento “súmula 347” (entre aspas), cujo resultado logrou a presença de apenas três decisões: **RMS n. 18.655/CE** (23/9/1968), **RE n. 106.923/ES** (26/4/1988) e o **MS n. 35.824/DF** (13/4/2021). Confira-se:

ID	RMS 18655 / CE - CEARÁ
	RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO
1º	Extrato Julgamento: 23/09/1968 Publicação: 25/10/1968 Órgão julgador: Primeira Turma
	Ementa Súmula 347. Equiparação de proventos, vedada pela constituição do ceara. Recurso desprovido.
	Decisão Votação: unânime. Resultado: improvido.

ID	RE 106923 / ES - ESPÍRITO SANTO
	RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES
2º	Extrato Julgamento: 26/04/1988 Publicação: 12/08/1988 Órgão julgador: Primeira Turma
	Ementa Recurso. Legitimidade para recorrer. Mandado de segurança. Tribunal de contas. A jurisprudência mais recente do s.t.f. tem reconhecido aos tribunais de contas legitimidade para recorrerem, como autoridades coatoras, em processo de mandado de segurança, sobretudo quando atuam na defesa de sua competência constitucional. R.E., todavia, não conhecido, no caso, por se tratar de matéria sujeita a óbice regimental (vantagem funcional estatutária (art. 325, iii e iv, 'd', do r.i.s.t.f., c/ a redação anterior a e.r. n. 2/85), sem envolvimento de questão constitucional (sumulas 282 e 356) ou sumular (súmula 347), desacolhida, outrossim, pelo conselho, a arguição de relevância da questão federal.
	Decisão Votação: unânime. Resultado: não conhecido.

ID	MS 35824 / DF
	DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES
3º	Extrato Julgamento: 13/04/2021 Publicação: 17/06/2021 Órgão julgador: Tribunal Pleno
	Ementa Constitucional e administrativo. Impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união. Determinação da cessação do pagamento do “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira”, instituído pela lei 13.464/2017. Mandado de segurança coletivo procedente. Ordem concedida. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. 2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade

³⁴ 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.

	de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), determinou a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017, aos servidores substituídos pelo impetrante. 3. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os julgados que ensejaram a presente impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.
Decisão	O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os julgados que ensejaram a presente impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto; e, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Plenário, Sessão Virtual de 2.4.2021 a 12.4.2021.

Por outro lado, quando utilizada a ferramenta no modo “pesquisa avançada” e aplicação exclusiva do campo “pesquisa por legislação”, sob os argumentos SUSMSTF e 347, foram logrados “9 resultado(s) para: SUMSTF-347”, na base “acórdãos”, julgados entre 13/5/1982 e 27/9/2021 e “48 resultado(s) para: SUMSTF-347”, na base “decisões monocráticas”, julgadas entre 1º/2/2006 e 1º/2/2022.

ID	MS 20310 / DF - DISTRITO FEDERAL
Extrato	MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. SOARES MUNOZ Julgamento: 13/05/1982 Publicação: 04/06/1982 Órgão julgador: Tribunal Pleno
1º	
Ementa	Mandado de segurança. Decadência. O prazo decadencial para requerer mandado de segurança conta-se a partir do dia da publicação, no diário oficial, do ato impugnado. A comunicação pessoal posterior, feita pela autoridade coatora ao impetrante, não reabre aquele prazo, pois e de decadência e, em consequência, fatal e improrrogável quanto ao seu início. mandado de segurança de que se não conhece.
Decisão	Votação unânime. Resultado extinto.

ID	MS 20333 / DF - DISTRITO FEDERAL
Extrato	MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 23/09/1982 Publicação: 18/11/1983 Órgão julgador: Tribunal Pleno
2º	
Ementa	Militar. Reformado. Diária de asilado. Sua transformação em "auxílio-invalidez". Mandado de segurança contra o tribunal de contas da união e ministro de estado. Auxílio-invalidez e benefício que não integra o cálculo dos proventos. Sua concessão independe de registro no tribunal de contas da união. Conhecimento e indeferimento da segurança, contra a corte de contas, dirigindo-se a impetração, também, contra o ministro de estado, porque alterou o ato de reforma do requerente, substituindo a "diária de asilado", pelo "auxílio-invalidez", embora tenha sido reformado o impetrante, anteriormente ao decreto-lei n. 728/1969, competente, para o julgamento da suplica, nessa parte, não e o supremo tribunal federal, mas, sim, o tribunal federal de recursos (constituição, art-122, i, letra "c"). não conhecimento do mandado de segurança, quanto a esse ponto, remetendo-se os autos ao TFR.
Decisão	Votação unânime. Resultado conhecido e indeferido em relação ao Tribunal de Contas da União e não conhecido quanto ao ministro da Marinha.

ID*	RE 106923 / ES - ESPÍRITO SANTO
Extrato	RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 26/04/1988 Publicação: 12/08/1988 Órgão julgador: Primeira Turma *resultado repetido
3º	
Ementa	- Recurso. Legitimidade para recorrer. Mandado de segurança. Tribunal de Contas. A jurisprudência mais recente do STF tem reconhecido aos tribunais de contas legitimidade para recorrerem, como autoridades coatoras, em processo de mandado de segurança, sobretudo quando atuam na defesa de sua competência

	constitucional. r.e., todavia, não conhecido, no caso, por se tratar de matéria sujeita a óbice regimental (vantagem funcional estatutária (art. 325, iii e iv, 'd', do r.i.s.t.f., c/ a redação anterior a e.r. n. 2/85), sem envolvimento de questão constitucional (sumulas 282 e 356) ou sumular (súmula 347), desaccolhida, outrossim, pelo conselho, a arguição de relevância da questão federal.
Decisão	Votação: unânime. Resultado: não conhecido.

ID	ADI 1685 / GO - GOIÁS
Extrato	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 23/10/1997 Publicação: 12/12/1997 Órgão julgador: Tribunal Pleno
4º	Ementa Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 4.453 do tribunal de contas do estado de goiás. Revogação desta norma pela resolução nº 4.726/97-tce. Consequência: perda do seu objeto. Não persistindo o pedido em virtude de ato superveniente que revoga a norma anterior, há perda do objeto da ação. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada.
Decisão	O Tribunal, por votação unânime, julgou prejudicada a ação direta, em virtude de revogação superveniente do ato estatal impugnado. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Sydney Sanches. Plenário, 23.10.97.

ID	Pet 4656 / PB - PARAÍBA
Extrato	PETIÇÃO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 19/12/2016 Publicação: 04/12/2017 Órgão julgador: Tribunal Pleno
5º	Ementa PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014. 2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. 3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho. 4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário. 5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.
Decisão	Preliminarmente, quanto ao conhecimento e competência para processamento e julgamento da ação, o Plenário, por maioria, e nos termos do voto da Relatora, decidiu manter a competência do Supremo Tribunal Federal, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007 da Paraíba, denegando, ainda, os Mandados de Segurança n. 28.112, 28.113, 28.114, 28.115, 28.116, 28.117, 28.118, 28.119, 28.120, 28.121, 28.318, 28.320 e 28.327, com a consequente cassação das liminares deferidas na Ação Cautelar 2.390/PB e nas impetrações mencionadas. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2016.

ID	MS 35410 / DF - DISTRITO FEDERAL
6º	Extrato MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

	<p>Julgamento: 13/04/2021 Publicação: 06/05/2021 Órgão julgador: Tribunal Pleno</p>
Ementa	<p>CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.</p>
Decisão	<p>O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 021.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, prevendo o pagamento do bônus de eficiência, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do Tribunal de Contas da União, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha; e, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Plenário, Sessão Virtual de 2.4.2021 a 12.4.2021</p>

ID	MS 35812 / DF - DISTRITO FEDERAL
Extrato	<p>MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 13/04/2021 Publicação: 10/05/2021 Órgão julgador: Tribunal Pleno</p>
7º Ementa	<p>CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE APOSENTADORIAS CONCEDIDAS A SERVIDORES DETENTORES DO DIREITO AO RECEBIMENTO DO “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA”, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. 2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), considerou ilegais e denegou o registro de aposentadorias de servidores que teriam o direito de auferir em seus proventos a gratificação denominada Bônus de Eficiência e Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017. 3. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos REGISTROS, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017.</p>
Decisão	<p>O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos registros, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falou, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Plenário, Sessão Virtual de 2.4.2021 a 12.4.2021.</p>

ID*	MS 35824 / DF - DISTRITO FEDERAL
8º Extrato	<p>MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 13/04/2021</p>

	Publicação: 17/06/2021 Órgão julgador: Tribunal Pleno *resultado repetido
Ementa	CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DA CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA”, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. 2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), determinou a cessação do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017, aos servidores substituídos pelo impetrante. 3. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os julgados que ensejaram a presente impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.
Decisão	O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os julgados que ensejaram a presente impetração, abstendo-se de afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pelo impetrante, o Dr. Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto; e, pelo impetrado, o Dr. Ricardo Oliveira Lira, Advogado da União. Plenário, Sessão Virtual de 2.4.2021 a 12.4.2021.

ID	ARE 1249630 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Extrato	Julgamento: 27/09/2021 Publicação: 04/10/2021 Órgão julgador: Segunda Turma
9º Ementa	Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. 3. Controle externo. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Lei 14.982/2017, do Estado do Rio Grande do Sul, que autoriza o Poder Executivo a extinguir fundações integrantes da Administração Pública indireta daquele Estado da Federação. 4. Medida cautelar monocrática de Conselheiro da Corte de Contas do Estado que sujeitou o efeito jurídico imediato de Lei Estadual, no caso a autorização para extinguir fundações, à prévia auditoria por parte do órgão de controle externo. 5. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em sede de mandado de segurança originário, concedeu a ordem para anular a decisão cautelar monocrática, fundado na compreensão de que esta “impediu qualquer ato executório, ao argumento de estar observando o princípio da continuidade administrativa e do direito público subjetivo à boa administração. Ou seja, utilizando princípios de matriz constitucional, impediu que a lei, devidamente aprovada pela Assembleia Legislativa, por aqueles eleitos democraticamente para tanto, surtisse os efeitos almejados a partir da sua publicação”. 6. O poder geral de cautela dos Tribunais de Contas não franqueia a adoção de declarações veladas de inconstitucionalidade. 7. Negado provimento ao agravo regimental; sem majoração da verba honorária.
Decisão	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, sem majoração da verba honorária, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 17.9.2021 a 24.9.2021.

Em relação aos nove acórdãos, apenas o **MS n. 35.824/DF** (13/4/2021) e o **RE n. 106.923/ES** (26/4/1988) da primeira pesquisa foram localizados na segunda pesquisa, sendo que o **RMS n. 18.655/CE** (23/9/1968) é o julgado mais antigo logrado no sistema do STF, após a edição da Súmula n. 347.

No caso das decisões monocráticas, nenhuma delas se referiu a período anterior ao ano de 2006. Nesse caso, a ausência de decisões monocráticas anteriores ao ano de 2006 indicaria, em tese, uma intervenção abrupta de tolerância dentro do STF, o que merecerá, oportunamente, análise e diagnóstico.

Confira-se:

2006-2009	2009-2012	2012-2018	2018-2019	2019-2020	2021-2022
RE 116215. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 01/02/2006. Publicação: 13/02/2006	MS 27796 MC Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 27/01/2009 Publicação: 09/02/2009	MS 31439 MC Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 19/07/2012 Publicação: 07/08/2012	MS 34482 Relator(a): Min. LEWANDOWSK I Julgamento: 18/05/2018 Publicação: 23/05/2018	ARE 1241465 Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 26/11/2019 Publicação: 28/11/2019	MS 27337 AgR Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 13/05/2021 Publicação: 19/05/2021
MS 25888 MC Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 22/03/2006 Publicação: 29/03/2006	Rcl 8691 MC Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 08/09/2009 Publicação: 14/09/2009	MS 35410 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 15/12/2017 Publicação: 01/02/2018	RE 863413 ED Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 01/08/2018 Publicação: 03/08/2018	MS 36879 MC Relator(a): Min. LEWANDOWSK I Julgamento: 08/01/2020 Publicação: 05/02/2020	MS 27344 AgR Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 13/05/2021 Publicação: 19/05/2021
MS 26410 MC Relator(a): Min. LEWANDOWSK I Julgamento: 15/02/2007 Publicação: 02/03/2007	RE 423792 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 15/12/2009 Publicação: 11/02/2010	MS 35500 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 06/02/2018 Publicação: 09/02/2018	MS 35836 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 13/08/2018 Publicação: 16/08/2018	MS 26808 Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/02/2020 Publicação: 10/02/2020	MS 28252 AgR Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 03/02/2021 Publicação: 19/05/2021
MS 27232 Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 13/05/2008 Publicação: 20/05/2008	MS 29123 MC Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 02/09/2010 Publicação: 09/09/2010	MS 35498 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 06/02/2018 Publicação: 09/02/2018	MS 35812 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 13/08/2018 Publicação: 16/08/2018	MS 28745 Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/02/2020 Publicação: 10/02/2020	MS 31235 Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 30/07/2021 Publicação: 03/08/2021
MS 27337 Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/05/2008 Publicação: 28/05/2008	MS 29326 MC Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 13/10/2010 Publicação: 22/10/2010	MS 35490 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 06/02/2018 Publicação: 09/02/2018	RE 863413 ED- ED Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 14/08/2018 Publicação: 21/08/2018	MS 28744 Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/02/2020 Publicação: 11/02/2020	RE 1336854 Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 26/08/2021 Publicação: 27/08/2021
MS 27744 Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 27/11/2008 Publicação: 04/12/2008	MS 28744 MC Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 11/11/2010 Publicação: 17/11/2010	MS 35494 MC Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 06/02/2018 Publicação: 09/02/2018	RE 1156908 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 31/08/2018 Publicação: 06/09/2018	MS 32457 Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/02/2020 Publicação: 10/02/2020	MS 32134 Relator(a): Min. LEWANDOWSK I Julgamento: 01/09/2021 Publicação: 03/09/2021
MS 27743 MC Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 01/12/2008 Publicação: 15/12/2008	MS 29326 Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 16/08/2011 Publicação: 22/08/2011	RE 1096926 Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 25/04/2018 Publicação: 30/04/2018	ARE 1207691 Relator(a): Min. LEWANDOWSK I Julgamento: 04/09/2019 Publicação: 09/09/2019	Rcl 41956 Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 04/09/2020 Publicação: 10/09/2020	AI 421133 Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 27/09/2021 Publicação: 28/09/2021
MS 27837 MC Presidente: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/01/2009 Publicação: 05/02/2009	MS 31235 MC Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 26/03/2012 Publicação: 29/03/2012	MS 27796 Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 11/05/2018 Publicação: 16/05/2018	ARE 1208460 Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 19/11/2019 Publicação: 21/11/2019	ARE 1249630 Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 03/12/2020 Publicação: 07/12/2020	RE 1361946 Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 01/02/2022 Publicação: 03/02/2022

Para este tópico do trabalho, sobre a incidência da Súmula n. 347, importa a análise dos acórdãos do STF logrados nas duas pesquisas, a verificação da incidência

abrupta de decisões monocráticas a partir de 2006 e, finalmente, a análise das decisões mais recentes indicadas pelo sistema sob o argumento principal da pesquisa.

Assim, em uma primeira etapa, serão analisados os acórdãos nos julgados do **RMS n. 18.655/CE** (23/9/1968), do **MS n. 20.310/DF** (13/5/1982), do **MS n. 20.333/DF** (23/9/1982), do **RE n. 106.923/ES** (26/4/1988), da **ADI n. 1.685/GO** (23/10/1997), da **Pet n. 4.656/PB** (19/12/2016), do **MS n. 35.410/DF** (13/4/2021), do **MS n. 35.812/DF** (13/4/2021), do **MS n. 35.824/DF** (13/4/2021) e do **ARE n. 1.249.630 AgR/RS** (27/9/2021).

No caso versado no RMS n. 18.655/CE (mais antigo encontrado), de relatoria do ministro Oswaldo Trigueiro, em julgado da Primeira Turma de 23/9/1968, tratara-se, na origem, de mandado de segurança, impetrado por auditor aposentado do Tribunal de Contas do Ceará, contra o ato que lhe negou equiparação de proventos de aposentadoria aos vencimentos dos ministros do mesmo Tribunal.

De acordo com a decisão impugnada, o TCE considerou, em síntese: a) a inconstitucionalidade da Lei 8.674/1966, ante o que dispõe o art. 159, § 1º, da Constituição do Estado, então em vigor com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 7/1966; b) a inaplicabilidade, no caso, do art. 177, § 1º, da Constituição Federal, pertinente a servidores ainda não aposentados à época de sua vigência, não amparando o impetrante, que passara para a inatividade em data anterior.

Por sua vez, ao apreciar o mandado de segurança, o Tribunal de Justiça denegou o pedido, em razão da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 8.674/1966, que criou a equiparação pretendida sob os seguintes fundamentos:

[...]

A razão que conduziu o Tribunal de Contas, ora impetrado, a deixar de aplicar essa lei foi por considerá-la em choque com o parágrafo 1º do art. 159 da então vigorante Constituição do nosso Estado, dispositivo [ilegível] mandado acrescentar pela Emenda Constitucional n. 7 de 28 de fevereiro de 1966.

Quando foi editada a Lei 8.674, invocada em seu favor pelo postulante, já vigorava o precitado parágrafo primeiro do art. 159 da anterior Constituição do Estado, mandado acrescentar pela Emenda Constitucional n. 7, de 28 de fevereiro de 1966, que tem a seguinte redação: “observar-se-á, quanto aos servidores dos três (3) Poderes do Estado e de suas Instituições auxiliares para os cargos ou funções de igual categoria, denominação ou responsabilidade, não admitida, em nenhum caso, a correção monetária como privilégio de quaisquer cargos, grupos ou categorias funcionais, nem a equiparação, vencimentos e vantagens entre cargos e funções de denominação, categoria ou responsabilidade diferentes”.

Quando a lei invocada pelo impetrante veio conceder a permissão, isto é, a equiparação por ele ora pretendida, não mais podia fazer, pois contra isso se

opunha o princípio constitucional acima transcrito, que teve suas origens na própria legislação federal. A citada lei chegou tarde. A lei 8.674 é, portanto inconstitucional e bem andou a nossa Corte Contista em deixando de aplicá-la. Adiu o impetrado em defesa da Constituição e das finanças do Estado, tão carecido de contenção de despesas”.

Na ocasião, o ministro Oswaldo Trigueiro fez constar, no relatório, a manifestação da Procuradoria-Geral da República na qual ela invoca a Súmula n. 347, segundo a qual os Tribunais de Contas podem apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Em seu voto, o relator reconheceu que o TJCE julgou inconstitucional a lei invocada na impetração por ser literalmente contrária à Constituição do Estado, que vedava qualquer equiparação de direito, garantias, prerrogativas, vencimentos e vantagens entre cargos de denominação, categoria ou responsabilidade diferente.

Ao final, considerou que a decisão recorrida não envolvia controvérsia de direito federal e que o ato impugnado não configurava ilegalidade ou abuso de poder, remediáveis por via de segurança, para negar o provimento. Os demais ministros da Primeira Turma, por unanimidade de votos, acompanharam o relator, para negar provimento ao recurso.

Verifica-se que, no RMS n. 18.655/CE, a interpretação conferida pelo TCE/CE, a respeito da aplicação da Súmula n. 347 do STF (inclui-se o RMS n. 8.372/CE), para negar o pedido do aposentado, esteve na vertente (a segunda acima analisada) que permitiria aos tribunais de contas a “possibilidade de eles não aplicarem leis inconstitucionais, pois essa última seria uma obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

No mesmo passo, o STF, ao não dar provimento ao RMS, reafirmou, ainda que por via oblíqua, a pertinência sobre a conformidade da observância da Súmula n. 347 (inclui-se o RMS n. 8.372/CE), dando amparo à análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo realizada pelo TCE/CE, desprovida de abstração e cujos efeitos não transcenderam a análise do caso concreto, com a recusa/afastamento da aplicação da norma discordante ou violadora de preceito constitucional.

Sobre o MS n. 20.310/DF (13/5/1982), tratara-se de mandado de segurança contra ato do TCU que, ante pedido de restabelecimento de diária de asilado, feito pelo impetrante, determinou o arquivamento da solicitação, por considerar não ser órgão competente para tal concessão. Entretanto, o relator, ministros Soares Munoz, acolheu a

preliminar de decadência suscitada no parecer da PGR, com o consequente julgamento da extinção do processo, por unanimidade.

Quanto ao MS n. 20.333/DF (23/9/1982), de relatoria do ministro Néri da Silveira, em julgamento do Tribunal Pleno, o impetrante também pretendeu restabelecer o pagamento da rubrica “diária de asilado” (ou “auxílio-invalidéz”), excluída em razão de legislação superveniente, mas que não fora apreciado pelo TCU, nos mesmos termos do MS n. 20.310/DF.

Nesse caso, interessante observar que o TCU se negava a manifestar-se sobre a matéria de constitucionalidade ou não da aplicação do Decreto-Lei n. 957/1969, para os militares reformados, antes do advento do Decreto-Lei n. 728/1969, em face da Súmulas n. 6 e n. 347. Isso porque, entendia-se que a “diária de asilado” ou “auxílio-invalidéz” não se incorporava aos proventos e, assim, não ficava sujeita à apreciação do TCU.

Ao fim do julgamento, foi afastada a participação da Corte de Contas na prática do ato, ou seu registro, remanescendo apenas o ato ministerial. Razão essa para o STF, nesse ponto, conhecer, mas indeferir a segurança contra o TCU.

Agora, como novo ponto de verificação, apresenta-se o RE n. 106.923/ES, de relatoria do ministro Sydney Sanches, em julgado da Primeira Turma de 26/4/1988. Trata-se de um representativo do STF que antecede ligeiramente a promulgação da CRFB/1988 (5/10/1988) e que está distante do marco original de implantação da Súmula n. 347.

Nesse caso, tratara-se de recurso extraordinário interposto pelo TCE/ES, mas não conhecido pela Turma do STF, por unanimidade de votos, nos termos do voto do ministro relator Sydney Sanches. A despeito da controvérsia versando a legitimidade do TCE/ES para recorrer, o relator, no voto condutor do acórdão, assim analisou a alegação de divergência com a Súmula n. 347 do STF:

[...]

Quanto à alegação de divergência com a Súmula 347, também não procede. Seu teor é o seguinte: o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Mas o v. acórdão recorrido não negou ao Tribunal o poder de apreciar a constitucionalidade do ato praticado pela secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos, que deferira aos impetrantes a “gratificação-assiduidade”.

Para recusar o registro das ordens de serviço, o Tribunal de Contas interpretou norma Constitucional Estadual (art. 199). Mas a conclusão foi no sentido de que o ato da Secretaria, assim interpretada tal norma estadual, feria a lei que deferia a vantagem em questão depois de um decênio ininterrupto de serviço (fls. 43/46).

Vale dizer, o Tribunal de Contas apreciou aspecto de legalidade do ato

submetido a seu registro. E não de constitucionalidade.

E a Súmula 347, como se viu, não cuida do poder do Tribunal de Contas de apreciar a legalidade dos atos do Poder Público.

Só por interpretação ampliativa do texto da Súmula é que se poderia concluir que, no caso, foi afrontada.

E interpretação ampliativa da Súmula não tem sido admitida nesta Corte.

Verifica-se, na hipótese, que a questão ventilada não envolvia discordância ou violação de disposição constitucional, entretanto, o TCE/ES, para recusar ao impetrante o registro de vantagem pecuniária de gratificação de assiduidade, teria interpretado norma constitucional estadual, cuja conclusão alcançou a violação de lei, em verdadeiro exercício de apreciação de legalidade de ato submetido a seu registro, não de constitucionalidade.

O relator assinalou que somente por interpretação ampliativa do texto da Súmula n. 347 é que se poderia concluir que, no caso, haveria afronta à Constituição Estadual, mas advertiu que tal possibilidade não vinha sendo admitida pelo STF.

Embora o RE n. 106.923/ES não tenha alcançado o julgamento do mérito, em seu âmago, o voto do relator teria externalizado uma aparente mudança de postura do STF frente a um uso inadvertido da Súmula n. 347, mas que, até aquele momento, em tese, não implicava em mudança de orientação jurisprudencial. Não à toa, empregou o verbo “ser” no particípio passado (“não tem sido”), quando o emissor tem o propósito de indicar uma ação já finalizada ou relacionada com o passado.

Como identificado anteriormente na pesquisa de jurisprudência do STF, a partir de 2006, houve uma intensificação de decisões monocráticas versando a Súmula n. 347, mas antes disso outros dois eventos viriam a impactar nas atribuições do TCU, são eles: a Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) e a reforma administrativa implementada pela EC n. 19/1998.

Previamente, é preciso analisar os efeitos da transição política, a partir da nova ordem constitucional de 1988. Sobre isso, teria o constituinte de 1988 acrescentado conceitos de duvidosa propriedade às competências do TCU, cujo resultado foi o incremento da função fiscalizadora em um emaranhado de termos, mas que, em tese, serviria à ampliação da competência do TCU. Confira-se:

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

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

De acordo com Dutra e Reis (2020, p. 39), a extensão exata dessa função fiscalizadora foi objeto de propostas ampliativas, formuladas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte – ANC, por iniciativa de integrantes dos Tribunais de Contas e mobilização do Tribunal de Contas da União para a ampliação dos poderes dos Tribunais, ou seja, a raiz da redação prolixa do art. 70 da CRFB/1988.

A atuação dos representantes do TCU não teria se limitado ao âmbito da ANC, uma vez que a definição do Tribunal como órgão de controle externo fora rejeitada pelos constituintes, mas ressurgiu por meio da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), nos termos do anteprojeto apresentado pelo TCU à ANC, *in verbis*:

[Constituição da República de 1988]:

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

[Lei n. 8.443/1992]:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

Assim, confirma-se a hipótese de que o TCU buscou efetivar por meio de sua Lei Orgânica aquilo que não obteve no texto constitucional durante a ANC (DUTRA & REIS, 2020, ps. 39 e 48). Conseqüentemente, o patrocínio do legislador ordinário acentuou o alargamento da atuação do TCU na via de julgamento de contas e, nesse passo, aumentou seu potencial para, indiretamente, influir na atividade administrativa (ROSILHO, 2016, p. 169).

No caso da ADI n. 1.685/GO (23/10/1997), de relatoria do ministro Maurício Corrêa, em julgado do Plenário, o Governo do Estado de Goiás requeria a suspensão da eficácia de ato normativo expedido pelo TCE/GO, sob o fundamento de que ele afrontava os art. 71 e 75 da Constituição.

Além disso, o TCE/GO havia negado cumprimento de dispositivos de emenda constitucional estadual sob a alegação de que esses normativos eram patentemente inconstitucionais, razão pela qual emitiu ato de efeito eminentemente concerto.

Para o relator, certo seria que o TCE tivesse representado a um dos agentes autorizados pela CFRB, com legitimidade ativa para a postulação de eventual decretação

de inconstitucionalidade, mas preferiu o caminho da recusa ao cumprimento das normas embutidas na emenda constitucional inovadora, seguindo a orientação da Súmula n. 347/STF. Nesse caso, teria realizado ato concreto insuscetível de controle do STF.

Entretanto, antes de ser levado à julgamento, o requerente protocolizou petição em que afirmou ter a questão submetida perecido, uma vez que o TCE/GO havia revogado a norma objeto da controvérsia. Com isso, o STF, por unanimidade, julgou prejudicada a ADI.

Segue-se que outro embate esteve na potencialização do excerto previsto no art. 73 da CRFB/1988, que estabelece em favor do TCU uma jurisdição em todo o território nacional:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

A Lei n. 8.443/1992, ao seu modo, carregou a controversa expressão de maior relevo, para estabelecer que o TCU “tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência”.

Frise-se que o Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional unitário, de origem anglo-saxônico, pelo qual os julgamentos dos litígios, em que a Administração é parte, competem aos juízes e tribunais comuns (MARQUES NETO, 2010, p. 4).

A atuação do TCU não é idêntica à do Judiciário, mas Marçal Justen Filho (2018, p. 1132-1133) considera que é cabível aludir a uma atuação quase jurisdicional que se justificaria pela forma processual dos atos e da estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento.

Ainda segundo Justen Filho (2018, p. 1132-1133), “nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas”.

Acompanhando essa corrente, o ministro Edson Fachin, no MS n. 35.410/DF, afirmou que o STF teria assentado, em vários julgados, “o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem, já que se trata de atividade meramente administrativa”, sob os auspícios da correção e da economicidade nos gastos públicos.

E, ainda, para fins de assegurar ao TCU o adequado desempenho de suas

atividades, o STF teria reconhecido, segundo “a existência de poderes implícitos, que possibilitam o cumprimento do mister constitucional destinado ao TCU”, como no caso do MS n. 24.510/DF e do MS n. 26.547 MC/DF, conforme os excertos assim ementados:

[...]. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). [...]. (MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

Tribunal de Contas da União. Poder geral de cautela. Legitimidade. Doutrina dos poderes implícitos. Precedente (STF). Consequente possibilidade de o Tribunal de Contas expedir provimentos cautelares, mesmo sem audiência da parte contrária, desde que mediante decisão fundamentada. [...]. Inteligência da norma inscrita no art. 71, inciso IX, da Constituição. Aparente observância, pelo Tribunal de Contas da União, no caso em exame, do precedente que o Supremo Tribunal Federal firmou a respeito do sentido e do alcance desse preceito constitucional (MS 23.550/DF, rel. p/ Acórdão o min. Sepúlveda Pertence). [...]. (MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033)

Em oposição às anteriores está Pedro Lenza³⁵ (2015, p. 743-746), para quem o TCU é órgão técnico e arremata:

Malgrado tenha o art. 73 da CF falado em “jurisdição” do Tribunal de Contas, devemos alertar que essa denominação está totalmente equivocada. Isso porque o Tribunal de Contas é órgão técnico que, além de emitir pareceres, exerce outras atribuições de fiscalização, de controle e, de fato, também a de “julgamento” [...]. Porém, o Tribunal de Contas não exerce jurisdição no sentido próprio da palavra, na medida em que inexistente a “definitividade jurisdicional”. É por esse motivo que reputamos não adequada a expressão “jurisdição” contida no art. 73.

Nessa linha de pensamento, Sundfeld et al. (2017, ps. 872-873) expressa que o TCU não é órgão de controle similar aos tribunais do Poder Judiciário. Suas decisões não têm as mesmas características e o mesmo peso e força jurídica de decisões judiciais. É órgão de auditoria externa peculiar, não é órgão judicial, tampouco produz decisões judiciais.

Noutro ponto, inusitada foi a proposta do TCU apresentada à ANC ao prever que “as normas para o exercício do controle externo serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis a sanções previstas em lei” (ROSILHO, 2016, p. 75). Não

³⁵ Direito constitucional esquematizado. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 743-746.

obstante a sua rejeição, o TCU logrou êxito ao prevê-la, ainda mais ampliada, no art. 3º da Lei n. 8.443/1992, *in verbis*:

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Com isso, o TCU, como fiscal dos recursos públicos da União, encontrou na Lei n. 8.443/1992 um terreno propício ao alargamento do seu escopo de atuação e ao fortalecimento de suas competências institucionais (ROSILHO, 2016, p. 103).

Trata-se de mais um indicador do alargamento da competência do TCU, que “se deve ao fato, excepcional, de existir atualmente no Brasil uma Corte de Contas que se julga competente para intervir na ordem econômica do país” (DUTRA & REIS, 2020, p. 23).

Sobre esse ponto específico, a análise de Dutra e Reis (2020, p. 24), com apoio nas doutrinas de Eduardo Jordão (2014, p. 218) e de André Rosilho (2019, p. 251), é de que, “ao contrário do que tem sucedido, ‘a Constituição não previu explicitamente para o TCU poderes que pudessem ser utilizados no controle da modelagem de projetos de infraestrutura’”. E mais, com fundamento em Sundfeld e Câmara (2011, ps. 113 e 126), defendem que a doutrina também adverte para “a separação clara, no texto constitucional, entre competência do Congresso e a do TCU no que diz respeito à intervenção cautelada sobre contratos”.

A partir da reforma do Estado brasileiro, com a Emenda Constitucional n. 19/1998, houve a elevação da eficiência à condição de princípio constitucional (MIRAGEM, 2017, p. 35), possibilitando o surgimento de um novo perfil da Administração Pública, de natureza gerencial, centrado na ponderação de interesses (MIRAGEM, 2017, p. 46), de modo a assegurar que a atuação mais adequada à realização dos objetivos públicos se dê com a finalidade de levar à eficiência de desempenho (economicidade), sem incorrer em deficiência de juridicidade (MOREIRA NETO, 2016, p. 257).

Assim, junto com a elevação da eficiência à condição de princípio constitucional de regência da Administração, surge um novo corredor com acesso direto para o alargamento da competência do TCU. Nesse sentido, são inúmeras as decisões do TCU

com supedâneo no preceito da eficiência. Veja-se alguns deles:

[Acórdão 3133/2012-Plenário. Relator: AUGUSTO NARDES]:

A competência constitucional do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos pelas entidades fechadas de previdência complementar, direta ou indiretamente, não ilide nem se sobrepõe a outros controles previstos no ordenamento jurídico, como o realizado pelos entes patrocinadores, pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar e por outros órgãos a quem lei ou Constituição Federal atribui competência. Não cabe ao TCU impor parâmetros/metras de rentabilidade/*eficiência* aos fundos de pensão, a seus patrocinadores e aos órgãos de fiscalização, mas é da sua competência verificar a legalidade, a legitimidade, a *eficiência* e a eficácia da aplicação dos recursos públicos.

[Acórdão 2938/2010-Plenário. Relator: AROLDO CEDRAZ]:

Em atenção ao disposto na Constituição Federal, art. 37, caput (princípio da *eficiência*), é recomendável à Administração implementar controles que promovam a regular gestão contratual e que permitam identificar se todas as obrigações do contratado foram cumpridas antes do ateste do serviço.

[Acórdão 1407/2016-Plenário. Relator: VITAL DO RÊGO]:

No que se refere ao Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), o TCU possui competência para exercer o controle de segunda ordem sobre as atividades finalísticas e o controle dos atos de gestão praticados no âmbito da entidade, a fim de verificar se estão de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* (art. 37, caput, da Constituição Federal).

Com isso, chega-se à etapa final do propósito deste tópico sobre a expansão da competência do TCU, com a verificação da causalidade para o abrupto incremento do número de decisões monocráticas pelo STF desde 2006.

Na hipótese, verificou-se que a “quebra da inércia” se deu com a Medida Cautelar no MS n. 25.888/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, em 22/3/2006, que assim decidiu (grifou-se):

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, contra ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24/08/1998, do Exmo. Sr. Presidente da República.

Consta da petição inicial que o Tribunal de Contas da União, ao apreciar o processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria), determinou que a impetrante (Acórdão nº 1.498/2004): a) justifique, de modo circunstanciado, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, garantindo prévia defesa da contratada e mantendo no respectivo processo administrativo os documentos que evidenciem tais procedimentos; b) obedeça ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/93 no que se refere às modalidades de licitação e seus respectivos limites, tendo em vista o valor estimado de contratação (fl. 48).

[...]

Ao analisar o pedido de reexame, o TCU negou-lhe provimento (fls. 29-42), com base nos seguintes fundamentos (Acórdão nº 1.767/2005): a) o Parecer da AGU vincula tão-somente os órgãos do Poder Executivo, não se estendendo ao TCU; b) na Decisão nº 633/2002 (fls. 121-177), **o TCU já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, determinando que a Petrobrás observasse os ditames da Lei nº 8.666/93; c) segundo a 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".**

A Petrobrás interpôs embargos de declaração, os quais não foram acolhidos pelo TCU (Acórdão nº 39/2006) (fls. 23-27).

Contra essa decisão do TCU (Acórdão nº 39/2006), a Petrobrás impetra o presente mandado de segurança, alegando que:

a) **o Tribunal de Contas de União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição;**

[...]

É o relatório.

Passo a decidir.

Existe plausibilidade jurídica no pedido. [...].

[...]

A hipótese prevista no art. 177, § 1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação.

A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que "os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República". A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás.

[...]

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, **parece estar em confronto com normas constitucionais**, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". **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-jurispcionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A**

amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

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

A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das consequências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. **Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança.**

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria).

Comunique-se, com urgência.

Requisitem-se informações ao Tribunal de Contas da União e à Advocacia-Geral da União.

Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 22 de março de 2006.

Ministro GILMAR MENDES Relator

Em consulta ao acompanhamento processual eletrônico no Portal do STF na internet, verificou-se que a decisão monocrática não chegou a ter o mérito da ação julgado, pois, em nova decisão monocrática, em 14/9/2020, o ministro Gilmar Mendes julgou prejudicado o mandado de segurança ante a perda superveniente do seu objeto e revogou a medida liminar deferida.

Apesar disso, o ministro não se furtou a tecer críticas à Súmula n. 347 do STF, ao reputar “abusiva” a “utilização inadequada” que o TCU fez da citada súmula, diante do que chamou de desbordamento “[...] de suas competências ao determinar que a Petrobras observasse os art. 22 e 23 da Lei 8.666/93 em seus certames, e não as regras previstas em seu procedimento licitatório próprio, que fora veiculado pelo Decreto n. 2.745/1998, este com fundamento direto de validade no art. 67 da Lei n. 9.478/1997, que o previu; tudo isso ao fundamento de que os diplomas normativos seriam inconstitucionais”.

Desse modo, tem-se averiguado, como inicialmente se ventilou, que houve, de fato, uma abrupta mudança de posicionamento dentro do STF sobre a validade da Súmula n. 347, tendo como baliza o MS n. 25.888/DF, que ofereceu um salto espantoso no debate interno a partir de suas elucubrações impondo uma derrota sem precedência para o TCU.

O Pet n. 4.656/PB (19/12/2016), é outro exemplo emblemático, porém no âmbito da competência constitucional do CNJ. Nesse julgado, o STF validou decisão do CNJ, após o órgão de controle, em declaração incidental de inconstitucionalidade, julgar que havia evidente burla ao comando constitucional previsto no art. 37, V, da Constituição da República.

Segundo o voto da relatora ministra Cármen Lúcia, não houve declaração de inconstitucionalidade da qual resultasse a anulação ou revogação da lei discutida, com a exclusão de sua eficácia. O que houve, foi a nulidade dos atos questionados para o que se afirmou inaplicável, administrativamente, lei estadual com vício de inconstitucionalidade, exclusivamente na ordem de atuação administrativa do órgão judicial.

No caso, chegou-se à conclusão de que o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura (CNJ) atuou “nos limites de sua competência, afastando a validade de atos administrativos e, para tanto, adotando como fundamento a invalidade da lei estatual, que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público, por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores para a criação de cargos comissionados” (LENZA 2020, p. 290).

Com isso, não teria havido invasão na competência do STF, nos termos da ementa, onde se lê:

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual

embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

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

4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente. (Pet 4656, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 01-12-2017 PUBLIC 04-12-2017)

Já no contexto recente, o ministro Edson Fachin, em decisão monocrática no RE n. 1.336.854/RS, de 26/8/2021, decidiu pelo não provimento do recurso com fundamento na recente jurisprudência firmada pelo STF, no âmbito do MS n. 35.410/DF, de 13/4/2021, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, quando o Plenário entendeu que o TCU não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Sobre o caso fático, o acórdão recorrido do TJRS foi assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REGISTRO DE APOSENTADORIA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS. NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DE LEI MUNICIPAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADA. [...] 3. O TCE, no exame do ato de aposentadoria da impetrante para fins de registro, ao negar, no caso concreto, executoriedade ao artigo 3º da Lei Municipal nº 3.557/2014 por afronta aos princípios enumerados no caput do artigo 37 da Constituição Federal, extrapolou a competência que lhe foi auferida pelo art. 71, incisos III, IX e X, da Constituição Federal, pois negou vigência à lei municipal cuja constitucionalidade se presume. 4. Precedentes do STF e do Grupo. 5. Segurança concedida para anular a decisão do Tribunal Pleno do TCE que negou executoriedade ao artigo 3º da Lei Municipal nº 3.557/2014 e negou registro ao respectivo ato de aposentadoria, bem como para determinar que o IPAG se abstenha de reduzir os proventos da impetrante com base na decisão do TCE impugnada SEGURANÇA CONCEDIDA.

Verifica-se que o TCE/RS, no exame do ato de aposentadoria do impetrado para fins e registro, negou, no caso concreto, executoriedade ao art. 3º da Lei Municipal n. 3.557/2014 por afronta aos princípios enumerados no art. 37, *caput*, da CRFB/1988. Para o ministro relator, o TCE/RS teria extrapolado a competência que lhe foi auferida pelo art. 71, III, IX e X, da Constituição, pois negou vigência à lei municipal cuja constitucionalidade se presume.

Na sua fundamentação, o ministro fez constar expressamente o inteiro teor da ementa do MS n. 35.410/DF, da qual, oportunamente, destacamos os seguintes excertos, dada a sua pertinência:

[...]

1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal.

2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal.

3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes.

[...].

Conforme expressado na decisão monocrática, o ministro afirmou que, embora o TCE não tenha declarado a inconstitucionalidade de dispositivo da lei local, “ao negar executoriedade ao aludido diploma por razão de afronta aos princípios enunciados no *caput* do art. 37 da [CRFB/1988], negou vigência à lei municipal cuja constitucionalidade se presume”.

Ao fazer referência, na forma de síntese, do MS n. 35.410/DF, o ministro Edson Fachin consignou que o “Plenário entendeu que o Tribunal de Contas da União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes”. Na decisão, o ministro chegou a consignar ressalva à manifestação pessoal no referido julgamento (MS n. 35.410/DF), mas ressaltou que o Plenário do STF havia revertido o entendimento, até então predominante, a respeito da possibilidade de órgãos fiscalizadores e de controle procederem à análise da constitucionalidade de atos administrativos submetidos à sua inspeção e à eventual determinação de limitação do alcance da norma.

Porém, manteve-se firme na posição de que, em deferência ao princípio da colegialidade, para compartilhar o posicionamento adotado pelo Grupo “quanto à falta de competência dos Tribunais de Contas para exercer o controle de constitucionalidade das leis, superando-se o teor da Súmula n. 347 do STF, a partir da ordem constitucional implementada pela Constituição de 1988”.

Não resignada, a parte interpôs agravo regimental.

No âmbito do RE n. 1.336.854 AgR/RS (9/3/2022), o relator, em seu voto, reafirmou que a “Suprema Corte tem entendido que a possibilidade dos Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade representa, como via de regra, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos”, a propósito do voto proferido no MS n. 35.812, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, de 10/5/2021:

Porém, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões para todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública.

O controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois, na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, **mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos**, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal.

A decisão do TCU configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, ‘a’), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X).

[...]

Trata-se da denominada transcendência dos efeitos do controle difuso que o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não permitiu a si mesmo, se autolimitando no julgamento da Reclamação 4.335/AC, julgada em 16 de maio de 2013, por entender que a Corte Suprema não poderia invadir competência constitucional do Senado Federal, prevista no artigo 52, X, do texto atual, pois a Constituição Federal previu um mecanismo específico de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, autorizando que a Câmara Alta do Congresso Nacional edite resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional incidentalmente por decisão definitiva do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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

Veda-se, portanto, a utilização de instrumentos processuais que visem à obtenção de efeitos gerais nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não importando se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido incidental, pois, mesmo nesta última hipótese, a declaração de inconstitucionalidade **poderá não se restringir somente às partes daquele processo.**

Veja-se que o precedente utilizado pelo relator (MS n. 35.812/DF), em julgado da mesma sessão do MS n. 35.410/DF, é claro quanto à aplicação da orientação jurisprudencial sempre que o “controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas [trouxer] consigo a transcendência dos efeitos”, cujo efeito prático resultaria em “afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal”.

É que, segundo os termos do voto proferido pelo ministro Alexandre de Moraes, no MS n. 35.812/DF, houve a conclusão de que a decisão “também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes no âmbito daquele tribunal”.

O relator votou pelo não provimento do agravo regimental, o que foi acompanhado pelos demais ministros da Segunda Turma, os ministros Nunes Marques (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e André Mendonça, por unanimidade de votos, nos termos da decisão assim ementada:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE CONTAS. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO JURISDICIONAL. DECISÃO RECORRIDA QUE SE AMOLDA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que a possibilidade dos Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade representa, como via de regra, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos. Precedente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 1336854 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2022 PUBLIC 12-04-2022)

Na decisão colegiada *supra*, foi recepcionada a argumentação, por unanimidade, de que “a jurisprudência firmada acerca da *impossibilidade* de órgãos administrativos fiscalizadores e de controle procederem à análise da constitucionalidade em atos administrativos submetidos à sua inspeção *não se limita àquela com efeitos erga omnes e vinculantes*” (grifou-se).

Assim, nos termos do MS n. 35.812/DF, a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade representa, como via de regra, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos.

Embora o julgamento dos MSs n. 35.410/DF n. 35.812/DF tenham ocorrido na mesma sessão plenária, de 13/4/2021, as publicações dos acórdãos ocorreram em datas diferentes. Enquanto o primeiro se deu em 6/5/2021, o segundo se deu em 10/5/2021. O que, possivelmente, conferiu margem para um melhor aprimoramento dos fundamentos do segundo acórdão publicado.

É que, em análise mais detida do MS n. 35.812/DF, o relator, ministro Alexandre de Moraes, chegou à conclusão de que a atuação do TCU, inevitavelmente, “também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes no âmbito daquele tribunal”.

Ou seja, a mera possibilidade de Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade representa, por si só, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos. Outrossim, é possível afirmar que a análise de constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Tribunais de Contas, como um órgão de cúpula, resultaria em obrigar, a partir de um caso concreto, toda a Administração Pública Federal a deixar de aplicar uma lei quando verificada situações idênticas (efeitos vinculantes).

A vedação conferida no citado precedente tem como objetivo impedir a utilização de instrumentos processuais que visem à obtenção de efeitos gerais, não importando se a análise consta como pedido principal ou como pedido incidental, pois a análise poderia não se restringir somente às partes daquele processo.

Exemplo disso, pode-se extrair facilmente a partir o excerto da Súmula n. 285 do TCU, que dispõe: “a pensão da Lei 3.373/1958 somente é devida à filha solteira maior de 21 anos enquanto existir dependência econômica em relação ao instituidor da pensão, falecido antes do advento da Lei 8.112/1990”.

Nesse âmbito, independentemente de deliberação expressa do TCU, seja de caráter concreto, seja de caráter abstrato, enquanto persistirem pensões dessa natureza, as unidades de fiscalização externa e interna manterão vigilância sobre a manutenção da condição de solteira das beneficiárias da Lei n. 3.373/1958. Nesse aspecto, a Súmula n. 285 do TCU, isoladamente, sem qualquer provocação, já exerceria efeitos “*erga omnes*”, no sentido de que os gestores públicos devem observância à jurisprudência do TCU, sob pena de responderem no caso de descumprimento ou inobservância.

Quanto ao MS n. 35.824/DF, também julgado pelo Plenário do STF, na sessão de 13/4/2021, o relator ministro Alexandre de Moraes consignou em preliminar se tratar “de apreciação de desdobramentos concretos da concessão de medida liminar no MS n. 35.494, que não se confundem, pela natureza concreta do ato aqui impugnado, com a discussão originária levada a cabo não só no MS n. 35.494, mas também nos MSs n. 35.410, n. 35.490 e n. 35.498”.

No caso, buscava-se o reconhecimento da ofensa a direito líquido e certo dos substituídos pelo impetrante pela decisão do TCU, que, com o afastamento da eficácia do Acórdão 021.009/2017-1 da Corte de Contas, recusava-se à revisão administrativa dos atos de homologação de aposentadoria anteriores à cientificação daquela decisão provisória. Consequentemente, haviam ex-servidores em situação absolutamente desigual.

Isso porque, havia “a recusa da autoridade administrativa em rever atos anteriores que, fundada em premissa normativa afastada por decisão posterior que não lhe produz efeitos diretos, violava direito líquido e certo”.

Nesse caso, o Plenário do STF, por maioria, afastou os atos praticados pelo TCU, que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), determinou a exclusão da parcela remuneratória do Bônus de Eficiência, apreciados antes do recebimento da notificação acerca do deferimento da medida liminar no Mandado de Segurança n. 35.494.

Já no ARE n. 1.249.630 AgR/RS (27/9/2021), de relatoria do ministro Gilmar Mendes, em julgado da Segunda Turma do STF, em apreciação de ato do TCE/RS que, em princípio, havia afastado a aplicabilidade de lei local com fundamento em princípios de matriz constitucional. Sobre isso, o relator consignou o seguinte raciocínio:

Concebido em tais termos, o tratamento de questões constitucionais por parte de um Tribunal de Contas passa a ostentar a função de reforço da normatividade constitucional. Da Corte de Contas passa-se a esperar a postura de cobrar da administração pública a observância da Constituição, mormente mediante a aplicação dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas ao controle externo.

Vislumbra-se, com essa impositação, uma renovada aplicabilidade da Súmula 347 do STF: confere-se aos Tribunais de Contas a possibilidade de afastar-se a aplicação de normas manifestamente inconstitucionais quando já houver entendimento pacificado do STF acerca da inconstitucionalidade chapada, notória ou evidente, da solução normativa eventualmente em exame.

Com isso, a Segunda Turma do STF, por unanimidade, considerou que, por meio de decisão monocrática, o TCE/RS desempenhou controle de constitucionalidade, em matéria de competência do Executivo, ao relativizar a autorização do Poder Legislativo de proceder à extinção de entidades da administração indireta, em detrimento de condicionar os efeitos pretendidos pela lei à conclusão de auditoria daquele TCE.

Portanto, se a *ratio decidendi* do RE n. 1.336.854 AgR/RS (9/3/2022) for confirmada eventualmente pelo Tribunal Pleno do STF, a jurisprudência caminha no sentido de inviabilização da apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo por órgãos não jurisdicionais, segundo duas vertentes:

(a) a ascensão da tese patrocinada, principalmente, pelos ministros Gilmar Mendes (DM no MS n. 25.888/DF) e Dias Toffoli (MS n. 29.002/DF) e pela ministra Rosa Weber (MS n. 35.410/DF), segundo a qual caberia “aos órgãos não jurisdicionais [...] apenas aplicar[pelo voto da maioria absoluta de seus membros], a jurisprudência uniforme da Corte constitucional ao caso concreto e concluir pelo afastamento ou pela aplicação de determinado ato normativo, tendo em vista a sua (in)compatibilidade com o texto constitucional, segundo a interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal”; ou

(b) a abstenção absoluta de realizar a apreciação de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em obediência ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, para não incorrer no que tem sido estabelecido como “usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo”.

Em que pese ao fato de qualquer das alternativas precitadas não se emoldurarem ao propósito maior da Administração, como primeiro estágio à efetiva proteção de direitos fundamentais, a possibilidade de os órgãos da administração, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afastar a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, somente em “jogo de matéria pacificada pela Suprema Corte”, embora seja uma acepção extremada, como preleciona a doutrina de Lenza (2020, p. 290), é ainda melhor, ou muito melhor, que a abstenção total de qualquer exercício.

3 – A CONTENÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TCU PELO STF

Com a finalização dos dois primeiros capítulos, que foram destinados à materialidade do tema objeto desta dissertação, passa-se ao estudo do MS n. 35.410/DF, por meio do qual o STF firmou maioria para reformular o alcance da Súmula n. 347 (13/12/1963), a fim de conter e redefinir os limites da competência do TCU sobre a apreciação da constitucionalidade das leis ou atos normativos e, com isso, assegurar a inviolabilidade da competência privativa do STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Para tanto, o estudo do MS n. 35.410/DF foi segmentado em dois períodos. No primeiro, de natureza descritiva, procurou-se sistematizar os acontecimentos, a doutrina referenciada, os precedentes judiciais e as linhas de argumentação dos diversos personagens do julgado do STF. No segundo, de natureza analítica, tem-se o cruzamento desses elementos materiais (descritivo), para posterior comprovação da coerência, da congruência e da validade das argumentações jurídicas desenvolvidas pelo atuentes (impetrante, impetrado, PGR, AGU e ministros), e finaliza-se com a avaliação crítica sobre o desfecho do caso.

3.1 – Estudo de caso: o julgamento do MS n. 35.410/DF pelo STF

3.1.1 – Aspectos preliminares

O resultado alcançado pela maioria, no MS n. 35.410/DF, consoante o voto médio formulado pelo ministro Alexandre de Moraes, assim foi ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal.
2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal.
3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo

Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes.

4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.

(MS 35.410/DF, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 05-05-2021 PUBLIC 06-05-2021)

Impetrado pelo sindicato representativo da categoria, questionou-se a validade de o TCU, pós Constituição de 1988, poder, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a CRFB de 1988, consoante a Súmula n. 347 do STF, considerada a aprovação do seu enunciado em 1963, na vigência da Constituição de 1946.

Em princípio, a Súmula n. 347 teria ficado comprometida pela promulgação da CRFB de 1988, de modo que o exercício de controle de constitucionalidade pelo TCU violaria a competência do próprio STF, para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, e a competência privativa do Senado, para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF.

Durante os debates, a celeuma se concentrou na distinção entre “declaração de inconstitucionalidade” e “não aplicação de leis inconstitucionais”, com revés para o TCU, por maioria, sob o entendimento de que o STF é firme quanto à impossibilidade de a decisão jurisdicional e incidental de inconstitucionalidade de juiz ou de tribunal em um caso concreto extrapolar seus efeitos entre as partes, para gerar consequências reflexas *erga omnes*.

Na hipótese, a maioria chegou à conclusão de que a decisão do TCU, por meio do Acórdão n. 2000/2017, alcançou efeitos *erga omnes* e vinculantes, pois, ao afastar a eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei n. 13.464/2017, sobre toda a Administração Pública Federal, transcendeu o âmbito da decisão proferida no processo TC n. 021.009/2017-1, provimento vedado pela Constituição.

Ao final, o acórdão firmou entendimento de que o TCU, “órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal” e da

“impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo [TCU] trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes”.

3.1.2 – O pano de fundo da questão principal

O debate por trás da controvérsia esteve no chamado bônus de eficiência, que foi estabelecido pela Lei n. 13.464, de 10 de julho de 2017, após alteração da estrutura remuneratória dos cargos de Analistas-Tributários e Auditores-Fiscais, para remunerá-los no formato “vencimento básico e gratificação de natureza permanente”, em substituição ao subsídio.

A gratificação criada pelo legislador ordinário possui uma metodologia de apuração própria que decorre de verbas que integram o FUNDAF, que é o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, previsto no Decreto-Lei n. 1.437/1975.

Ocorre que, nos termos do art. 237, VI, do Regimento Interno do TCU³⁶, a Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip representou junto ao Tribunal a ocorrência de irregularidade³⁷, com proposta de medida cautelar, “de modo a evitar que se efetue o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas da Carreira de Auditoria Fiscal do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho”.

No entendimento da unidade técnica do TCU, “o pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade aos aposentados e pensionistas, apesar de ter previsão legal, viola os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no *caput* do art. 40 da Constituição Federal, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ARE 669573 AgR, rel. min. Roberto Barroso; RE 450855 AgR, rel. min. Eros Grau; AI 710.361 AgR, rel. min. Cármen Lúcia)”, e, inclusive, a do TCU (Acórdão n. 1286/2008 – Plenário e Acórdão n.

³⁶ Art. 237. Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas da União: [...] VI – as unidades técnicas do Tribunal; e

³⁷ Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992: [...] XVI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, mesmo as de ministro de Estado ou de autoridade de nível hierárquico equivalente;

2553/2013 – Plenário).

Ainda, de acordo com a Sefip, “os arts. 14 e 24 da Lei 13.464/2017, aplicáveis, respectivamente, às carreiras Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, [excluiriam] o recém instituído bônus da base de cálculo da contribuição previdenciária”. Ela questiona ainda que “os arts. 7º e 17 da supramencionada lei estenderam o pagamento do bônus aos inativos e pensionistas, o que contraria o regime solidário e contributivo da previdência social, bem como o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial”.

Ao apreciar a questão, na decisão monocrática, referendada pelo Plenário do TCU na sessão de 30/8/2017, o ministro Benjamin Zymler concedeu, de ofício, no TC n. 021.009/2017-1, a medida cautelar propugnada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip, a fim de determinar aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstivessem de pagar aos inativos e aos pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que tratava a Lei 13.464/2017, até a apreciação final da representação da unidade técnica do TCU.

O ministro Benjamin Zymler determinou a suspensão do pagamento do referido bônus dos servidores inativos **por entendê-lo inconstitucional**, em razão de não incidir desconto de contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor – CPSS na referida parcela.

Contra a decisão monocrática, a União interpôs o agravo. Ao apreciá-lo, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão n. 2.000/2017 do Plenário, decidiu conhecê-lo e dar-lhe provimento, para negar conhecimento à representação da Sepif e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida.

Porém, antes do seu processamento, o TCU deliberou por:

a) “autorizar a Sepif a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei n. 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso”;

b) “alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada **nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado**

no enunciado n. 347 da Súmula do STF”; [grifou-se]

c) “encaminhar cópia do inteiro teor do [...] processo, assim como desta deliberação, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República, ambos legitimados universais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, para que tenham ciência do entendimento deste Tribunal e possam adotar as providências que entenderem cabíveis”; e

d) “recomendar à Casa Civil da Presidência da República a revisão dos artigos 14 e 24 da Lei n. 13.464/2017, que instituiu o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, no sentido de se autorizar a sua inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária, tornando-a compatível com o regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal”.

3.1.3 – O mérito sob a ótica do TCU

Para o ministro relator, Benjamin Zymler, a impugnação recursal sobre a medida cautelar trouxe dois fundamentos:

a) “a impossibilidade de o [TCU] declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, tendo em vista a sua natureza jurídica de órgão auxiliar do Poder Legislativo fixada pela Constituição Federal, cabendo-lhe tão somente efetuar o controle de legalidade dos atos administrativos”; e

b) “a legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei n. 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas dos Ministérios do Trabalho e da Fazenda, por se tratar de vantagem cujo pagamento não representa qualquer ônus imposto ao Tesouro Nacional, já que será custeada pela divisão direta dos recursos do FUNDAF, além de não apresentar qualquer repercussão de natureza previdenciária”.

Ater-se-á apenas aos fundamentos do primeiro argumento, posto que é a linha de pesquisa desta dissertação. Confira-se.

De acordo com o voto condutor do acórdão, a recorrente (União) afirmou que (a.1) “a Súmula 347 do STF foi editada em 13/12/1963 e tomou como referência o art. 77 da Constituição de 1946, ‘o que poderia indicar qualquer coisa acerca da defasagem desse comando sumular’”, e que (a.2) “a análise adequada da Súmula 347 STF e do precedente

que a embasa revela a não adequação de se pretender garantir ao TCU a declaração de inconstitucionalidade de lei (ADI 2645: ADI 1140: Q0/ADI 870)”.

Para a União, “o entendimento do STF dizia respeito tão-somente à não-aplicação de lei que já havia sido declarada inconstitucional pelo próprio STF”. Daí a razão, segundo a recorrente, para a Súmula n. 437 do STF trazer a sentença “apreciar a constitucionalidade” ao invés de declarar a constitucionalidade. Nunca houve “manifestação do STF no sentido de se garantir aos Tribunais de Contas a declaração de inconstitucionalidade de lei”, defendeu a recorrente.

Em relação ao argumento *a.1*, o ministro Benjamin Zymler o refutou: “o fato de a Súmula 347 ter sido editada à época da Constituição de 1946, por si só, não a torna ineficaz”. Se assim fosse, “todas as súmulas do Supremo Tribunal Federal anteriores à Constituição de 1988 igualmente não seriam mais aplicáveis, o que, de fato, não ocorre”.

De acordo com o ministro Benjamin Zymler, “as súmulas do Pretório Excelso somente perdem a validade quando são por ele revogadas, não sendo este o caso da súmula mencionada”. Reforçou, inclusive, que “a Carta de 1988 não só manteve as competências do TCU presentes na Constituição de 1946, como as alargou consideravelmente”, oportunidade em que fez constar quadro comparativo das atribuições e competências do TCU entre as Constituições de 1946 e a de 1988.

Em defesa da ampliação das competências do TCU, que haveria de ter sido reconhecida pelo STF após o advento da CRFB de 1988, o relator evocou o MS n. 21466/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, onde se lê (grifou-se):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL - APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DE ATO CONCESSIVO DE APOSENTADORIA - POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - CARÁTER NÃO-VINCULANTE DA DELIBERAÇÃO DO TCU - JUIZ CLASSISTA - PRERROGATIVAS - À QUESTÃO DA SUA EQUIPARAÇÃO AOS MAGISTRADOS TOGADOS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A UM MESMO REGIME JURÍDICO - WRIT DENEGADO.

Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta. [...] (MS 21466, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1993, DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-01743-02 PP-00295)

No campo das ideias, o relator do Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário apoiou-se nas doutrinas de:

- **Ricardo Lobo Torres**³⁸ e de **Humberto Ávila**³⁹, para traçar o caráter auxiliar do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

- **Paulo Gustavo Gonet Branco**⁴⁰, para “vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais, [...] resultando daí [a defesa de] que os tribunais de contas, cuja natureza jurídica [seria] de Tribunais Constitucionais Administrativos, [deveriam] obediência sobretudo à Constituição e aos princípios nela estabelecidos”; e

- **José Joaquim Canotilho**, a fim de invocar que “a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, só deve executar as leis constitucionais” e que, “ao praticar *actos* de execução de leis constitucionais [...], deve executá-las constitucionalmente”.

Sob esses argumentos, o relator do acórdão do TCU fixou a premissa de que “todos os órgãos públicos encontram-se vinculados à Constituição” e, em razão disso, “a alegação da recorrente no sentido de que o controle de constitucionalidade é atribuição exclusiva do Poder Judiciário não [merecia] prosperar”.

Para o ministro Benjamin Zymler, “o controle de constitucionalidade [seria] o único meio pelo qual os poderes constituídos [poderiam] fazer exame da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição [...], em estrita observância ao princípio da compatibilidade vertical, segundo o qual a validade e, portanto, a aplicação da norma inferior [dependeria] de sua compatibilidade com a Constituição Federal”.

E, ainda, afirma que o controle de constitucionalidade mais comum é o jurisdicional, mas “não é ele, contudo, a única forma de controle prevista no ordenamento jurídico pátrio”.

O ministro do TCU, após discorrer sobre o controle de constitucionalidade preventivo, realizado pelas comissões das casas legislativas, pelo presidente da República (via sanção e veto), pelo Poder Judiciário nos mandados de segurança, dedicou-se ao relato do controle repressivo de constitucionalidade, que visa excluir normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

Sobre isso, concluiu que, em princípio, “[poderia] o administrador - e por que

³⁸ *In* Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. P.358.

³⁹ *In* Teoria dos Princípios.

⁴⁰ *In* Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 126.

não o Tribunal de Contas? -, em determinados casos, realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la dissonante de um direito fundamental”, e, assim, “o controle de constitucionalidade, na atual sistemática adotada pela Constituição da República, [poderia] e [deveria] ser realizado por todos os poderes constituídos, impondo-se que a análise do enunciado n. 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal se [daria] sob este contexto”.

O ministro Benjamin Zymler, no seu voto condutor do Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário, também procurou afastar o argumento da União, quanto à natureza jurídica, e o regime constitucional dos tribunais, como obstáculos à possibilidade de eles declararem a inconstitucionalidade de atos normativos.

Para esse debate, o ministro Zymler trouxe as doutrinas de:

- **Carlos Ayres Britto**⁴¹, para justificar o caráter ontológico dos processos de contas, que não são “processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos”; e

- **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**⁴², por sua vez, apoiado nas doutrinas de **Celso de Mello** e de **Odete Medauar**, para defender o TCU, em relação ao primeiro, como um “conjunto orgânico perfeitamente autônomo” e, em relação à segunda, como um “órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes”.

E, assim, concluiu, sobre a natureza do TCU:

Do que se tem do acima exposto, é o TCU órgão público especializado de auxílio ao Congresso Nacional. Possui estatura constitucional e visa orientar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, sem, contudo, subordinar-se a ele. Por isso, possui autonomia, cumprindo-lhe, primordialmente, praticar atos administrativos de fiscalização, tendo a Constituição Federal outorgando-lhe diversas competências para o cumprimento deste mister, inclusive a competência jurisdicional, se se considerar jurisdição todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver de forma definitiva (in Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, pág. 466). Em verdade, segundo consta da ementa do MS 23.550, Redator para o Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 31.10.2001), o Tribunal de Contas da União é de “colorido quase-jurisdicional”.

Por outro lado, o ministro Zymler reconheceu que não pretendeu negar o controle jurisdicional dos atos do TCU, sobretudo em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estatuído no art. 5º, XXXV, da CRFB de 1988, mas contrastar com a natureza da decisão do Poder Judiciário, que, nessa hipótese, seria rescindente, não substitutiva.

⁴¹ Segundo artigo publicado na Revista Diálogo Jurídico (v. I, n. 9, de 2001).

⁴² In “A ação do controle”, texto extraído do Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=336>. Acesso em 27/3/2022.

Assim, para o relator do caso, “a CRFB de 1988 teria reservado ao TCU a competência para exercer a jurisdição nos processos que lhe são afetos”. Novamente, ele afirmou que esse entendimento teria acolhimento no próprio STF, a propósito do citado MS n. 21466/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, “com indubitável incidência analógica na espécie”.

Para o relator do Acórdão TCU n. 2.000/2017 – Plenário, “onde há jurisdição, [haveria] o poder-dever de se declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativos incompatíveis com a Constituição”, lugar em que se situaria o TCU, segundo afirmou.

Isso porque, para o ministro Benjamin Zymler, o TCU cumpre a “missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade”, não sendo possível admitir que “atos contrários aos princípios constitucionais fossem tolerados, mesmo quando travestidos de lei. Daí a atualidade do entendimento do [STF], consubstanciado na Súmula n. 347”.

Ressalvou, entretanto, que a competência do TCU se referiria à “apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito *erga omnes*, somente compete ao STF”.

Segundo o ministro Zymler, a análise de conformidade de atos praticados por gestores públicos tem vértice na Constituição da República e que, em muitos casos, essa análise dependeria da interpretação de normas que regem tais atos e de seu confronto com a própria Constituição. Logradouro em que se situaria a Súmula n. 347 do STF.

A revogação da Súmula n. 347 do STF, representaria, de acordo com o relator, “uma *capitis diminutio* das competências constitucionais atribuídas [ao TCU] pelo constituinte originário”, pois a análise de controle “passaria a se subordinar tão somente à lei e não à [CF]”.

Quanto à inexistência de autorização constitucional ou legal expressa para que o TCU possa apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, o ministro Benjamin Zymler optou por colacionar a doutrina citada pelo ministro Celso de Mello, no MS n. 24510/DF, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente,

que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Carta Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

(...) Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao Tribunal de Contas da União.”

Com base nesse entendimento, para o ministro Benjamin Zymler, o STF teria reconhecido “ao Tribunal de Contas da União o poder geral de cautela” e o “poder de afastar a aplicação das leis por ele consideradas inconstitucionais, no regular exercício de suas atribuições constitucionais”. E que, “segundo o STF, pode o TCU deixar de aplicar ao caso concreto sob sua análise lei que considere inconstitucional”, pois permaneceriam “válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula de n. 347 em 1963”.

Com isso, segundo o ministro Zymler, “não [restaria] a menor dúvida de que [o TCU], em observância aos princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial e do regime solidário e contributivo da previdência social, consoante afirmado na decisão impugnada, [poderia] e [deveria] afastar a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017 nos casos concretos submetidos à sua apreciação”, cabendo aos prejudicados o interesse de provocar o Poder Judiciário, para a tutela do que entende ser de seu direito.

Para fixar seu posicionamento, na órbita constitucional da Suprema Corte, Zymler invocou como precedente o voto do ministro relator Octavio Gallotti, no SS n. 514 AgR (6/10/1993), que, no seu inteiro teor, assim dispôs sobre o assunto:

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Foi acolhendo a seguinte fundamentação expedida no requerimento do ilustre Procurador-Geral da República, que o eminente Presidente SYDNEY SANCHES (fls. 288/91) suspendeu a segurança de que tratam estes autos, concedida a funcionária cujas aposentadorias haviam sido invalidadas pelo Tribunal de Contas do Amazonas:

“1. O Tribunal de Contas do Estado, ao desfazer os atos de concessão de aposentadoria de seus servidores, pendentes de registro, e ao anular atos de registro de aposentadorias já consumadas, atuou na esfera de

sua competência de controle interno de legalidade de seus próprios atos, no exercício de seu poder de autotutela (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal) e de controle externo da atividade administrativa do próprio Tribunal (CF/88, arts. 71, III, e 75).

O exercício dessa atividade inclui-se na esfera de sua competência constitucional, prescindido de provocação judicial, embora os atos praticados, evidentemente, sejam passíveis de controle do Poder Judiciário.

[...]

No tocante aos atos do Tribunal de Contas que anularam atos de concessão pendentes de registro, não parece razoável cogitar-se de inobservância do contraditório, [uma vez que] se trata aqui de procedimento unilateral do Tribunal de Contas na apreciação da legalidade, sem necessidades de intervenção do interessado.

Por último, a existência de direito adquirido é inteiramente dependente, subordinada à questão prévia em torno da legalidade ou ilegalidade dos atos de aposentadoria. A proteção ao direito adquirido não acoberta a aquisição ilegítima de aposentadorias, assim declarada pelo Tribunal de Contas, porque os atos nulos são insuscetíveis de gerar direitos individuais.

[...]

É o Relatório.

[...]

VOTO

[...]

Da decisão do Tribunal de Contas que, em grau de revisão, julgou ilegal a concessão de aposentadoria à Agravante [...], destaco o seguinte trecho:

[...]

Considero que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional para o julgamento de legalidade da concessão de aposentadorias (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas), esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absoluto incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição, desde os albores da República.

Mais grave, ainda, é supor que, para reprimir ilegalidades de ordem das que resolveu coibir, esteja o Tribunal de Contas limitado à possibilidade de provocar o Poder Judiciário, ao invés de reservar-se este ao controle judicial do ato, quando instado pelo prejudicado (não antecipadamente pela Corte de Contas).

É, portanto, de manifesta plausibilidade a sustentação de grave lesão à ordem administrativa, que se apresenta como virtualmente subvertida, na espécie em julgamento.

Entendo que essa ameaça justifica, por si só, a subsistência da suspensão de segurança, independente de reavaliação dos efeitos financeiros, ao sabor dos incidentes da execução, e das cautelas nele adotadas pelo Tribunal Estadual.

É a lesão, em si, diretamente decorrente da concessão da segurança, que cabe ao Supremo Tribunal aquilatar, sem importar a postergação que venha sofrendo, na execução perante a Justiça local.

O ministro relator do Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário do TCU, com base no precitado SS n. 514 AgR, finalizou a sua argumentação defendendo que não seria razoável inverter essa ordem (“o exercício da atividade de controle prescinde de provocação judicial”) e exigir do TCU que, previamente, reclame ao Poder Judiciário ou tenha de

provocar o Procurador-Geral da República, para que possa exercer suas competências de controle externo, as quais já teriam sido outorgadas pela própria Constituição da República.

3.1.4 – A judicialização

A decisão do TCU deu origem a diversos mandados de segurança: 35.410; 35.490; 35.494; 35.498; 35.500; 35.812; 35.824; e 35.836.

Em 5/12/2017, o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil – SINDIRECEITA impetrou mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, contra ato do TCU, consubstanciado na determinação de que “os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado n. 347 da Súmula do STF”.

Segundo o sindicato representativo, o TCU já havia começado a notificar aposentados que se encontravam com os processos de aposentadoria para análise do Tribunal, a fim de apresentar esclarecimentos sobre inconsistências em suas aposentadorias, as quais se referiam justamente ao “recebimento da rubrica Bônus de Eficiência”.

O MS n. 35.410/DF foi recebido pela secretaria do STF e, procedida a sua autuação, distribuído eletronicamente ao ministro Dias Toffoli. Em 6/12/2017, o então relator se declarou impedido para atuar no feito, nos termos do art. 144 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Em seguida, os autos foram redistribuídos ao ministro Alexandre de Moraes.

3.1.5 – A concessão da medida cautelar

Assim, em 18/12/2017, a partir da decisão liminar do ministro Alexandre de Moraes, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.410/DF, deu-se início à construção do mais recente precedente do STF contra o futuro do controle de constitucionalidade pelo TCU.

Nessa nova ótica, o ministro Alexandre de Moraes sustentou que seria “inconcebível” o TCU, “órgão sem qualquer função jurisdicional”, realizar controle difuso de constitucionalidade no julgamento de seus processos – ainda que

“eufemisticamente” chamado de competência administrativa para deixar de aplicar lei considerada inconstitucional (TRISTÃO, 2021, p. 77).

Verifica-se que a argumentação teve base em situação semelhante, segundo análise publicada pelo ministro, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, *in textu*:

[...]

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. (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes).

A decisão do ministro ressalta que não cabe ao TCU exercer controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise, por configurar desrespeito à competência exclusiva do STF.

Assim, **ao revés do perfilhado no acórdão do TCU, para o ministro, a Súmula n. 347 teria ficado comprometida pela promulgação da Constituição de 1988, de modo que o exercício de controle de constitucionalidade pelo TCU violaria as competências privativas do Senado para suspender lei declarada inconstitucional pelo STF⁴³, e do próprio STF para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual⁴⁴ (TRISTÃO, 2021, p. 78).**

O ministro Alexandre de Moraes concedeu a medida liminar pleiteada e “suspendeu os efeitos do ato impugnado na TC n. 021.009/2017-1, unicamente, em relação aos substituídos pelo impetrante e, conseqüentemente, determinar que o Tribunal de Contas da União, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, se abstenha afastar a incidência dos os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017”.

Em 2/4/2018, o TCU interpôs recurso de agravo contra a decisão que deferiu a

⁴³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁴⁴ 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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

medida liminar requerida, seguidamente, em 20/4/2018, houve apresentação das contrarrazões pelo impetrante ao recurso interposto.

Em 22/3/2021, o feito foi incluído em pauta para julgamento pelo Plenário Virtual do STF. Em 24/3/2021, o TCU apresentou requerimento com a finalidade de sobrestá-lo até o julgamento final da ADI n. 6532/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, visando a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 6º a 25 da Lei n. 13.464/2017, mas este foi indeferido pelo relator do MS, em 25/3/2021, nestes termos:

O pedido não comporta provimento. Não se vislumbra prejudicialidade decorrente do risco de decisões contraditórias entre o objeto deste Mandado de Segurança e o objeto da ADI 6.532. Aqui, fundamenta-se o pedido na inconstitucionalidade da decisão do Tribunal de Contas da União por incompetência para a declaração de inconstitucionalidade e afastamento da eficácia de lei em sentido estrito, a partir da análise de aposentadorias de servidores federais submetidas ao

TCU. A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 13.464/2017 não é causa de pedir ou pedido específico, até mesmo pela impossibilidade de fazê-lo por meio de Mandado de Segurança. Na ADI, discute-se a inconstitucionalidade de normas previstas na Lei 13.464/2017, que preveem o pagamento de determinada parcela a servidores da ativa, aposentados e pensionistas, sem previsão de contrapartida decorrente de incidência de contribuição de natureza previdenciária.

As matérias não se aproximam de forma alguma. Não há, portanto, risco de efeitos contraditórios das decisões a serem emitidas neste *mandamus* e na ação de controle concentrado.

Por estes fundamentos, INDEFIRO o pedido.

3.1.6 – O parecer da Procuradoria-Geral da República

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da liminar e, no mérito, pela concessão da segurança, com a seguinte ementa do parecer:

Mandado de segurança coletivo contra ato do presidente do Tribunal de Contas da União, com o “objetivo impedir que o Tribunal de Contas da União afaste a aplicação dos §§2º e 3º dos arts. 7º e 17 da lei no 13.464/2017, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, como aventado no acórdão proferido no TC 021.009/2017-1”. liminar deferida. impossibilidade de o TCU, órgão sem qualquer função jurisdicional, exercer controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise. superação da Súmula 347/STF.

Do ato coator, já decorreram diversos outros atos, em que o TCU, sob o entendimento de que dispositivos da lei 13.464/2017 são inconstitucionais, determinou a cessação do pagamento do bônus de eficiência a analistas tributários aposentados. assim, poder-se-ia até entender que o presente mandado de segurança coletivo foi impetrado com viés preventivo, o que doutrina e jurisprudência amplamente admitem.

Não se está a dizer que o TCU e os demais tribunais de contas são “inimigos do estado ou do administrador público, ou ainda, um usurpador dos poderes, funções e instituições constitucionais da República” (trecho do voto do Acórdão atacado), mas apenas que é inconcebível que o Tribunal de Contas da

União possa “permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347/STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988” (trecho da decisão que deferiu o pedido liminar).

Manifestação pela concessão da segurança, confirmando-se, no mérito, a liminar inicialmente deferida.

Em análise preliminar, por meio da Manifestação n. 229/2018-CAV, a PGR se pronunciou favoravelmente à legitimidade ativa para a propositura do MS coletivo, à legitimidade passiva do TCU e ao prazo de decadência de 120 dias entre a data do ato coator (13/7/2017) e da impetração do MS (5/12/2017).

Sobre a legitimidade ativa do SINDIRECEITA, a PGR apontou sua relação nos termos do art. 5º, LXX, *b*, da CRFB/1988 e do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009. Quanto à legitimidade passiva do TCU, destacou que, *in verbis*:

[...]. “Tanto o Presidente daquela Corte de Contas quanto os das respectivas Câmaras podem figurar como autoridades coatoras. O Supremo, no entanto, não faz essa distinção, conhecendo dos mandados de segurança impetrados contra o Presidente do TCU [MS n. 23.919, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 20.06.2003], contra os Presidentes de suas Câmaras [MS n. 25.090, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 01.04.2005 e MS n. 24.381, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ 13.05.2004] ou, simplesmente, contra o Tribunal de Contas da União [MS n. 23.596, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 18.05.2001]” (MS 26381 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2007, DJe-077 DIVULG 09-08-2007 PUBLIC 10-08-2007 DJ 10-08-2007 PP-00020 EMENT VOL-02284-01 PP-00062)

No mérito, a PGR contrariou as alegações do impetrado e afirmou que “existia sim ato coator”, pois o MS coletivo voltava-se “contra ato de seu presidente” e teria “como objetivo impedir que o Tribunal de Contas da União afaste a aplicação dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei n. 13.464/2017, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, como aventado no acórdão proferido no TC n. 021.009/2017-1”.

Com apoio na doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2018, p. 147-152), a PGR introduziu o debate questionando se a “administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais”, pois o “problema que desafia os juristas está em saber se, diante da vinculação da Administração aos direitos fundamentais, pode o administrador realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la discordante de um direito fundamental”.

Para tanto, foram apresentados os pensamentos de José Joaquim Canotilho (2018, p. 147-152), de Márcio André Lopes Cavalcante⁴⁵ (2017, p. 72) e de Pedro Lenza⁴⁶ (2015, p. 743-746).

Desse repertório, a PGR extraiu que “a doutrina e a jurisprudência têm sinalizado mudança de entendimento no tocante ao controle difuso de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais, o que inclui o [TCU]”, segundo o qual “os agentes administrativos não dispõem de competência para apreciar a lei segundo critérios constitucionais, devendo, no caso em que entenda haver inconstitucionalidade, provocar a autoridade hierarquicamente superior a respeito”.

Em posição diversa das anteriores estiveram Vieira de Andrade e Otto Bachof (apud MENDES & BRANCO, 2018, p. 147-152), que admitem *a possibilidade de recusa de aplicação da lei pelo administrador*, que não se confunde com a “competência para apreciá-la segundo critérios constitucionais”, “sempre que um sereno sopesamento entre os princípios da constitucionalidade e da legalidade o autorize”.

A PGR também deferiu nota à balizada doutrina em sentido contrário, a propósito dos comentários de Roberto Rosas⁴⁷ (2006, p. 151-152) sobre a Súmula n. 347 do STF, *in verbis*:

Exprimiam os arts. 200 da CF/46 e 116 da CF/69, e o anuncia o art. 97 da Carta atual, a necessidade do voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

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

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que dá essa competência aos tribunais enumerados no art. 92 (Carlos Casimiro Costa, “Competência dos Tribunais de Contas”, RDA 84/430; Themístocles Cavalcanti, “O Tribunal de Contas e sua competência constitucional”, RDA 3/21).

Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição, o Tribunal de

⁴⁵ *Vade mecum* de jurisprudência dizer o direito. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 72.

⁴⁶ Direito constitucional esquematizado. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 743-746.

⁴⁷ ROSAS, Roberto. Direito sumular: comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 151-152.

Contas pode negar-se à aplicação, porque “há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois está é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado” (RMS 8.372, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 11.12.1961; Hahnemann Guimarães, “Parecer”, Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios do Interior 2/101; Ivan Lins, “Apreciação da constitucionalidade das leis pelo Tribunal de Contas”, Revista da Procuradoria-Geral da Guanabara 81/28; Adroaldo Mesquita da Costa, Parecer, t. II/65, 1967; RF 194/121).

Porém, para a PGR, era latente que “o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade” e que essa evolução “está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional”, que, ao seu modo de ver, “encontrava-se superada”.

Ao fim de sua manifestação, a PGR ressaltou que seria inconcebível que o TCU pudesse “permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347/STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988’ (f. 151 – trecho da decisão que deferiu a liminar)”.

Assim, opinou pela concessão da segurança, confirmando-se, no mérito, a liminar inicialmente deferida.

3.1.7 – Do agravo (TCU) e das contrarrazões (impetrante)

Em 2/4/2018, o TCU interpôs recurso de agravo contra a decisão que deferiu a medida liminar requerida e, em 20/4/2018, o impetrante apresentou contrarrazões ao recurso interposto.

Porém, não foi possível ter acesso ao teor dessas peças processuais, por meio do portal do STF na internet, pois exige “o credenciamento do consulente e a utilização de certificação digital nos padrões definidos pela ICP-Brasil”⁴⁸.

3.1.8 – O voto do ministro relator Alexandre de Moraes

Em 13/4/2021, o ministro relator iniciou o voto ressaltando que, “estando os autos em termo para o conhecimento do seu mérito”, ficou prejudicada a apreciação do agravo interposto pelo TCU contra decisão concessiva da medida liminar.

⁴⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processoManualeSTF&pagina=informacaoVerPecaEletronica>. Acesso em: 31/3/2022.

Em seguida, reconheceu a legitimidade ativa do impetrante para manejo do MS coletivo e a tempestividade do *mandamus* dentro do prazo decadencial fixado no art. 23 da Lei n. 12.016/2009.

Ao discorrer sobre os pressupostos do MS, o relator afirmou que “se o fato é certo, isto é, provável de plano a ilegalidade ou o abuso de poder praticado, aquele e obviamente este, por autoridade pública, há caso para mandado de segurança”, para, adiante, limitar o pedido à verificação prévia da existência de direito líquido e certo decorrente de eventual ilegalidade atribuída ao TCU, que, segundo o impetrante, “não [poderia] recusar-se a aplicar a lei, não [poderia] fazê-lo em sede de controle abstrato [...] e nem [poderia] exercer esse controle difuso que se pretende exercer” no caso do bônus de eficiência dos Analistas-Tributários da RFB aposentados e pensionistas.

Nesse caso, segundo o ministro relator, teria razão o impetrante, consoante os seguintes atributos:

A “determinação concreta pelo Acórdão do TCU para que a unidade administrativa, ao apreciar a legalidade das aposentadorias de servidores substituídos pelo Impetrante, afaste a incidência dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei 13.464/2017, com fundamento na autorização entendida por existente por força da Súmula 347 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sendo certa a aplicação do entendimento afirmado por violador de direito líquido e certo dos servidores, reconhece-se a legitimidade do uso do mandado de segurança preventivo, a fim de evitar a concretização do afastamento de norma legal pelo Tribunal de Contas da União, por conta do exercício de sua competência.

No entender do ministro Alexandre de Moraes, embora se reconhecesse “a inexistência de submissão do [TCU] aos demais Poderes instituídos, tendo autonomia na realização técnica de sua função fiscalizadora”, era preciso reconhecer os limites constitucionais de tal competência “ao exercício de atos de verificação, fiscalização e julgamento de contas, nos termos do art. 71 da Constituição Federal”.

Isso porque, segundo o relator, o TCU seria “um órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com competência funcional claramente estabelecida pela Constituição Federal”, mas não seria admissível “o extrapolamento de tais limites sob pena de usurpação, no caso, de competência específica do Poder Judiciário”.

Para o relator do MS n. 35.410/DF, é inconcebível a hipótese de o TCU, “órgão sem qualquer função jurisdicional”, permanecer a exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe é permitido em virtude de sua competência constitucional para zelar, em auxílio ao CN, pelo controle externo da Administração Pública. Haveria, após a promulgação da CRFB de 1988, sido

comprometido o teor do referido Enunciado Sumular n. 347 do STF.

Nesse ponto, o relator procurou traçar um paralelo comum entre o TCU e o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, os quais teriam atribuições expressas na Constituição Federal para defender princípios e normas constitucionais, dos quais não se resulta poder para usurpar o exercício da função de outro órgão, sobretudo da função jurisdicional de controle de constitucionalidade.

Para o ministro Alexandre de Moraes, “o exercício dessa competência jurisdicional pelo TCU acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto *contra o Poder Legislativo*, quanto *contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário* e *as competências privativas do STF*”.

Em relação ao Poder Judiciário, o primeiro desrespeito se consubstanciaria no alargamento de suas competências, uma vez que estaria “usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio [STF] (‘guardião da Constituição’)”.

Para esse mérito, argumentou com base na declaração incidental de inconstitucionalidade, ou ampla revisão judicial, citando a denominação do *Chief Justice MARSHALL* (1 Chanch 137 – 1803 – Marbury v. Madison), segundo a qual somente seria permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, sendo devido ao magistrado afiançar a supremacia das normas constitucionais ao estabelecer a solução definitiva no caso concreto sob juízo.

Dessa forma, segundo o relator, o controle de constitucionalidade é uma “excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo”⁴⁹.

No entanto, para o ministro Alexandre de Moraes, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU **seria algo ainda mais grave, não somente uma configuração de usurpação de função jurisdicional por um órgão administrativo, uma vez que os efeitos de suas decisões alcançariam todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública**, a exemplo do MS n. 35.410/DF.

⁴⁹ O relator fez constar a referência “cf. HENRY ABRAHAM, THOMAS COOLEY, LAWRENCE BAUM, BERNARD SCHWARTZ, CARL BRENT SWISHER, KERMIT L. HALL, JETHRO LIEBERMAN, HERMAN PRITCHETT, ROBERT GOLDWIN, entre outros”.

Isso porque, nos termos do voto do relator, o controle difuso exercido administrativamente pelo TCU teria o condão de transcender seus efeitos, pois, ao afastar incidentalmente a aplicação de lei federal, o TCU, além de julgar o caso concreto, também determinaria aos órgãos sob seu controle que deixassem de aplicar a lei declarada inconstitucional, para os demais casos idênticos, portanto, “extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* no âmbito daquele tribunal”.

Com isso, de forma categórica, o ministro relator afirma que a decisão do TCU teria configurado, “além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do [STF]”, nos termos do art. 102, I, *a*, da CRFB/1988, em face do controle abstrato de constitucionalidade, “quanto do Senado Federal”, nos termos do art. 52, X, da Constituição, como mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade (segundo desrespeito), *in textu*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

No caso do MS n. 35.410/DF, ao afastar a MP n. 765/2016, convertida na Lei n. 13.464/2017, nos casos concretos submetidos a sua apreciação, o TCU teria retirado totalmente a eficácia da lei e, por sua vez, deixado de produzir efeitos no mundo real, argumentou o ministro Alexandre de Moraes.

É que, para o relator, o TCU havia impedido a aplicação desses dispositivos jurídicos pelos órgãos de administração, não apenas para o caso que foi julgado, mas também para todos os demais, o que configuraria uma decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito do TCU, a quem incumbe a aplicação de lei.

Com isso, o TCU estaria retirando os dispositivos impugnados do ordenamento jurídico, caracterizando típica transcendência dos efeitos do controle difuso, sendo que o próprio STF não lhe permitia tal conduta, a propósito da Reclamação n. 4335/AC, de

16/5/2013, quando houvera se autolimitado nesse julgamento.

No citado caso, conforme o voto condutor do acórdão, houve entendimento de que o STF não poderia invadir a competência constitucional do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da CRFB/1988, uma vez que a Carta Maior “previu um mecanismo específico de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, autorizando que a Câmara Alta do Congresso Nacional edite resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional incidentalmente por decisão definitiva do [STF]”.

Além disso, **o STF é firme quanto à impossibilidade de que a decisão jurisdicional e incidental de inconstitucionalidade de juiz ou de tribunal em um caso concreto extrapole seus efeitos entre as partes**, para gerar consequências reflexas *erga omnes*, segundo o ministro relator.

Em relação ao terceiro desrespeito, o ministro Alexandre de Moraes argumenta que o TCU teria atingido as funções do Legislativo, uma vez que “atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (*check and balances*) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes”, notadamente uma das cláusulas pétreas do sistema normativo brasileiro, conforme o art. 60, § 4º, III, da CRFB de 1988, e, ainda, porque carece de legitimidade constitucional, tanto o TCU quanto qualquer outro órgão administrativo, para “afastar leis devidamente emanadas do Poder Legislativo”, frisou o relator.

Para apoiar seus argumentos, no âmbito de precedência do STF, consignou diversas decisões monocráticas, em casos análogos⁵⁰, das quais fez constar, pela precisão de seus ensinamentos, o que asseverou o ministro Gilmar Mendes, no MS n. 25.888, em julgado de 22/3/2006, *in verbis*:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobras, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Não me impressiona o teor da Súmula n. 347 desta Corte, segundo o qual “*o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a*

⁵⁰ Foram citadas as decisões nos seguintes mandados de segurança: MS n. 26783/ MC-ED, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 19/12/2011; MS 27.337, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 28/5/2008; MS 27.743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 15/12/2008; MS 27.796 MC, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 9/2/2009; MS 28.745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/5/2010; MS 29.123 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 9/9/2010.

constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. 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-jurispcionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

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

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

Antes de finalizar o seu voto, o ministro relator trouxe a manifestação convergente da PGR, que considerou superada a Súmula STF n. 347, em razão do novo modelo constitucional inaugurado com a Constituição da República de 1988.

Diante da situação narrada nos autos, o ministro entendeu que havia direito inquestionável, necessário para a concessão da ordem (MS n. 21.865, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 1º/12/2006), pois, “em lição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *o mandado de segurança é instrumento adequado à proteção do direito, desde que presentes os seus pressupostos, notadamente o direito líquido e certo, que ocorre quando a regra jurídica incidente sobre fatos incontestáveis configurar um direito da parte* (STJ, 4ª Turma, ROMS 10.208, DJ de 12/4/1999)”.

E, por fim, votou pela concessão da segurança, para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão n. 2.000/2017 do TCU, proferido no Processo TC n. 021.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos fossem analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei n. 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei n. 10.887/2004, prevendo o pagamento do bônus de eficiência, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do TCU.

3.1.9 – Os votos que acompanharam o relator

Seguiram integralmente o voto do relator os ministros Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux (presidente), Gilmar Mendes e a ministra Cármen Lúcia, sem destaques adicionais.

3.1.10 – Os votos que acompanharam o relator, mas com ressalvas

O ministro Roberto Barroso e a ministra Rosa Weber acompanharam o relator, mas com ressalvas quanto à fundamentação.

3.1.10.1 – O voto do ministro Roberto Barroso

Em máxima síntese, no voto do ministro Roberto Barros, ficou expresso seu entendimento quanto:

a) à impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo TCU; e

b) aos efeitos transcendentais na decisão proferida no processo TC n. 021.009/2017-1, que equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei n. 13.464/2017.

Assim, no entender do ministro, houve “provimento vedado pela Constituição”.

Porém, quanto aos dois primeiros fundamentos expostos pelo ministro relator ministro Alexandre de Moraes, divergiu por considerar que “toda autoridade administrativa de nível superior pode [...] incidentalmente declarar a incompatibilidade de lei, desde que limitada ao caso concreto”.

Para o ministro Barroso, no MS n. 35.410/DF, não houve essa observância, razão pela qual votou pelo afastamento das determinações contidas no acórdão pugnado.

3.1.10.2 – O voto da ministra Rosa Weber

No voto da ministra Rosa Weber, houve a preocupação de objetivar a subsistência e o alcance do preconizado no enunciado da Súmula n. 347/STF, a partir do precedente paradigma que deu origem ao citado verbete sumular. Confira-se, conforme a ementa e o voto do relator Pedro Chaves, no RMS n. 8372 (DJ 26.04.1962):

Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido.

[...]

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

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.

Segundo a ministra Rosa Weber, o próprio precedente que embasou a edição da Súmula n. 347/STF assentou a distinção entre a não aplicação de leis inconstitucionais, “obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”, e a declaração de inconstitucionalidade, que é a “atribuição de competência específica do STF”.

Em razão da Súmula n. 347/STF preceder a vigência da Constituição de 1946, a ministra destacou que alguns precedentes do STF vêm questionando a sua subsistência.

No seu entender, a ordem jurídica inaugurada pela Carta de 1988 não permitiria ao TCU “a fiscalização da validade de lei em caráter absoluto”, mas apenas possibilitaria que ele, “pelo voto da maioria absoluta de seus membros”, afastasse a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, somente em “jogo de matéria pacificada [pela] Suprema Corte”.

Para fundamentar a divergência, quanto aos aspectos específicos da fundamentação no voto do relator Ministro de Moraes, trouxe o MS n. 28112, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, em julgado do Plenário de 19/12/2016, o MS n. 27744, de relatoria do ministro Luiz Fux, em julgado da Primeira Turma de 14/4/2015, o MS n. 28942, de relatoria do ministro Celso de Mello, em julgado da Segunda Turma de 29/11/2019 e, por fim, o MS n. 29002, de relatoria do ministro Dias Toffoli, em julgado da Segunda Turma de 7/8/2018.

O MS n. 28.112, conforme a ementa reproduzida no voto da ministra Rosa Weber, cuidou de apreciar a competência do CNJ para afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle desse órgão, cuja determinação estava adequada “aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros [do] Conselho”.

Sob a guarda do MS n. 27.744, em caso versando o CNMP, a ministra Rosa Weber sustentou a “impossibilidade do órgão administrativo ou de controle atuar na

fiscalização abstrata da validade de diploma legal”. À época desse julgado, a ministra integrava a Segunda Turma e seguiu a tese dos demais integrantes para, por unanimidade, conceder a ordem, conforme o excerto do acórdão assim ementado:

[...]

2. O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (art. 130-A, § 2º, da CF/88). Precedentes (MS 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno; AC 2.390 MCREF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno; MS 32.582 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno). 3. In casu, o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 141, in fine, da Lei Orgânica do MP/SC, exorbitou de suas funções, que se limitam, como referido, ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Parquet. 4. Segurança concedida para cassar o ato impugnado. (MS 27744, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015)

Foi assim que, antes de apresentar seu desfecho para o MS n. 35.410/DF, ela trouxe outros dois precedentes da Segunda Turma, MS n. 28.942 e MS n. 29.002, ambos relacionados a atos do CNJ. Confira-se os excertos destacados, onde se lê:

EMENTA. [...] – Limitações que incidem sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça (cf, art. 103-b, § 4º), considerado o caráter estritamente administrativo de que se reveste o seu perfil institucional – precedentes – magistério da doutrina – a questão do controle de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça – inadmissibilidade de referida fiscalização, segundo orientação firmada pelo STF e, também, pelo próprio CNJ [...] (MS 28924 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 11-02-2020 PUBLIC 12-02-2020)

EMENTA. [...] 4. Não compete ao Conselho Nacional de Justiça, mesmo em pretenso controle de legalidade dos atos do Poder Judiciário, emitir juízo acerca da constitucionalidade de norma em face de dispositivo ou princípio constitucional. Exorbitância do rol de atribuições do art. 103, § 4º, da CF. Precedentes. Exceção apenas admitida quando se trate de matéria já pacificada no STF, o que aqui não ocorre. (...) 11. Segurança concedida. (MS 29002, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 23-07-2020 PUBLIC 24-07-2020)

Destarte, à luz da disciplina constitucional das atribuições do [TCU], sob o traçado de precedentes do Plenário e de ambas as Turmas do STF, a ministra Rosa Weber concluiu que é inviável entender que o referido órgão de controle pudesse, “em deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração, como a proferida no processo TC n. 021.009/2017-1, implementar fiscalização concentrada de validade de dispositivos

legais”.

Porém, ressaltou que a matéria abordada pela autoridade impetrada não se encontrava pacificada em precedentes específicos do STF, de modo que não seria adequado falar em excepcional legitimidade do afastamento *tout court* (sem haver mais nada a acrescentar) da aplicação das referidas disposições legais por parte do órgão de controle.

Com essas ressalvas, votou a ministra Rosa Weber pela concessão da ordem, tal qual o ministro relator, mas com vênias à divergência quanto à fundamentação indicativa.

3.1.11 – Os votos divergentes, para negar a segurança e manter a validade da decisão do TCU

Os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio votaram pela negativa dos pedidos, mantendo a validade da decisão do TCU.

3.1.11.1 – O voto do ministro Edson Fachin

O ministro Edson Fachin abriu a divergência destacando três temas que deveriam ser enfrentados pelo Plenário do STF:

- a) a possibilidade de o TCU afastar a aplicação de lei na análise de casos concretos;
- b) a constitucionalidade ou não dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.464/2017; e
- c) a possibilidade de a decisão guerreada ter violado os princípios do contraditório e da ampla defesa ao não determinar a notificação dos interessados.

Tratar-se-á apenas do primeiro argumento, por ser o objeto específico deste estudo acadêmico.

Dessa maneira, quanto ao posicionamento do relator, que entendeu não “ser possível ao TCU, via de regra, exercer controle de constitucionalidade de leis, na análise de atos submetidos a sua apreciação”, o ministro tratou dos limites do poder do TCU, diante da possibilidade de controle de legalidade de ato administrativo de inativação, a fim de destacar que “as competências do Tribunal de Contas da União estão descritas no texto constitucional e consistem em grande avanço no controle orçamentário, financeiro e de legalidade e legitimidade dos atos da Administração Pública”, conforme previsto no

art. 70 e seguintes da CRFB.

No entender do Ministro, o STF já teria assentado, em vários julgados, “o colorido quase-jurisdicional que as tarefas do TCU assumem, já que se trata de atividade meramente administrativa”, sob os auspícios da correção e da economicidade nos gastos públicos.

Com patrocínio da doutrina de Marçal Justen Filho (2018, p. 1132-1133), trouxe o seguinte ensinamento para o seu voto divergente:

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

Logo, para fins de assegurar ao TCU o adequado desempenho de suas atividades, o STF teria reconhecido, segundo o ministro Edson Fachin, “a existência de poderes implícitos, que possibilitam o cumprimento do mister constitucional destinado ao TCU”, como no caso do MS n. 24510 e do MS n. 26547, conforme os excertos assim ementados:

[...]. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). [...]. (MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

Tribunal de Contas da União. Poder geral de cautela. Legitimidade. Doutrina dos poderes implícitos. Precedente (STF). Consequente possibilidade de o Tribunal de Contas expedir provimentos cautelares, mesmo sem audiência da parte contrária, desde que mediante decisão fundamentada. [...]. Inteligência da norma inscrita no art. 71, inciso IX, da Constituição. Aparente observância, pelo Tribunal de Contas da União, no caso em exame, do precedente que o Supremo Tribunal Federal firmou a respeito do sentido e do alcance desse preceito constitucional (MS 23.550/DF, rel. p/ Acórdão o min. Sepúlveda Pertence). [...]. (MS 26547 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033)

Sob a regência do caso posto para julgamento, o ministro entendeu que a questão era saber se dentre esses poderes estaria “a possibilidade de o TCU, na análise dos casos

concretos submetidos à sua apreciação, afastar fundamento legal dos atos com base em inconstitucionalidade, nos termos da Súmula n. 347 do STF”.

Como hipótese aplicável como solução para esse desfecho, trouxe o julgamento da PET n. 4656/PB, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, em julgado do Plenário de 19/12/2016, em que se distinguiu a não aplicação da lei reputada inconstitucional e a declaração de sua inconstitucionalidade.

Frise-se que, no julgamento da PET n. 4656/PB, houve o reconhecimento da competência do CNJ para, uma vez concluída a apreciação da inconstitucionalidade de determinado diploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador da lei inconstitucional, na ementa, onde se lê:

EMENTA: [...]

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

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

[...]. (Pet 4656, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-278 DIVULG 01-12-2017 PUBLIC 04-12-2017)

Do voto da ministra relatora Cármen Lúcia, foram extraídos, como fundamentais para a solução da controvérsia, os seguintes destaques:

[...]

Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, parecem ser suas premissas aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

[...]

15. Daí não se extrai legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que repute contrário à Constituição por interpretação singular.

Tampouco se admite conferir efeito erga omnes à inconstitucionalidade arguida por órgão ao qual a Constituição da República atribuiu o controle de validade jurídica de atos administrativos.

[...]

16. O exercício dessa competência implícita do Conselho Nacional de Justiça revela-se na análise de caso concreto por seu Plenário, ficando os efeitos da

inconstitucionalidade incidentalmente constatada limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional.

[...]

18. Há que se ter como indispensável, condição mesma de eficácia jurídica tanto da declaração de inconstitucionalidade assentada incidentalmente quanto da decisão administrativa extensiva dos seus efeitos, a manifestação da maioria absoluta dos membros do Conselho Nacional de Justiça.

[...]

A exigência de observância do postulado da reserva de plenário pelos órgãos colegiados de controle administrativo também decorre da necessidade de se conferir maior segurança jurídica à conclusão sobre o vício, pois somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros ter-se-á entendimento inequívoco do colegiado sobre a inadequação constitucional da lei discutida como fundamento do ato administrativo controlado.

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

[...]

Esse parece o entendimento que contribui para uma interpretação pluralista da Constituição da República e homenageia os postulados de segurança jurídica e duração razoável do processo administrativo, não significando tal comportamento desrespeito à atuação deste Supremo Tribunal como guardião da Constituição da República.

A partir desses precedentes, o ministro Edson Fachin defendeu que o STF teria assentado a diferenciação entre (i) declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, e a possibilidade de (ii) não aplicação da norma no caso concreto, quando não há a exclusão da norma do ordenamento jurídico, reconhecendo a órgãos como o CNJ, o CNMP e o TCU a competência para esse último caso, no estrito exercício de suas competências.

Interessante destacar que, nesse ponto, o ministro Edson Fachin fez referência à doutrina do ministro Roberto Barroso⁵¹ (2011, p. 91-93), que acompanhou o voto do relator do MS n. 35.410/DF, mas divergiu de seus fundamentos, para enfatizar que o posicionamento *supra* deveria ser interpretado à luz do princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual “[impediria] a permanência de atos flagrantemente contrários ao texto constitucional, e [elevaria] os diversos atores sociais à condição de partícipe do amplo processo de controle constitucional”.

Além do mais, ressaltou o ministro Edson Fachin que todos os atos do TCU “estão submetidos ao controle judicial, donde ser inequívoca a possibilidade de tutela à

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

parte que se sinta prejudicada pelo juízo formulado [por aquele órgão]”.

E, desse modo, no seu entender, inexistiria razão para a superação do entendimento esposado na Pet n. 4656, sendo que a mesma *ratio* deveria ser aplicada na hipótese do MS n. 35.410/DF, a fim de se reconhecer ao TCU “a possibilidade de, por maioria absoluta de seus membros, no desempenho de suas competências constitucionais, deixar de aplicar em caso concreto lei que considere flagrantemente inconstitucional, mantendo-se hígida a redação da Súmula n. 347 do STF”.

Com isso, o ministro houve por concluir seu voto com a denegação da segurança, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do art. 7º, §§ 2º e 3º, e do art. 17, §§ 2º e 3º, da Lei n. 13.464/2017.

3.1.11.2 – O voto do ministro Marco Aurélio

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio seguiu a divergência inaugurada pelo ministro Edson Fachin, mas, no fundamento, destacou que o TCU não exerce o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional, portanto “teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma”.

Para o ministro, seria “verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade”, pois, assim, prevaleceria a lei inconstitucional, muito embora no campo administrativo.

“O que não pode o órgão administrativo é exercer o controle concentrado de constitucionalidade. É algo diverso”. E, assim, encerrou seu voto, com o indeferimento da ordem.

3.1.12 – O desfecho final

O caso serviu de precedente para a concessão de medidas cautelares em outros mandados de segurança similares, todos decididos pelo próprio ministro Alexandre de Moraes. Confira-se: MS n. 35490 MC, j. em 6/2/2018; MS n. 35494, j. em 21/4/2018; MS n. 35498 MC, j. em 6/2/2018; MS n. 35500 MC, j. em 6/2/2018; MS n. 35824 MC, j. em 13/8/2018; MS n. 35812 MC, j. em 13/8/2018; e MS n. 35836 MC, j. em 13/8/2018.

3.2 – Análise do caso

3.2.1 – Considerações introdutórias

Não seria de qualquer absurdo considerar que o alargamento da atuação do TCU sobre a apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos remonta à Carta da República de 1946, quando o mandado de segurança, previsto no art. 141, § 24, da CF/1946, não previa qual seria a instância judicial competente para julgar mandados de segurança contra atos do TCU (TRISTÃO, 2021, p. 39).

Inclusive, foi o que expressou o próprio STF, no MS n. 1.1915/DF (8/4/1953), na ementa, onde se lê: “mandado de segurança contra o ato do Tribunal de Contas da União; não pode conhecer dele, originariamente, o Supremo Tribunal Federal”. Destarte, ao não conhecer do MS n. 1.1915/DF, embora tenha declinado, naquela ocasião, da atribuição constitucional, a Suprema Corte também não trouxe solução para a competência, optando-se por permanecer *in albis*.

Entre seus meandros, houve quem percebeu a controvérsia inaugurada pelo voto divergente do ministro Hahnemann Guimarães, no citado MS n. 1.1915/DF, quando exteriorizou a tese segundo a qual, em matéria de organização, jurisdição e composição, o TCU vincular-se-ia ao Tribunal Federal de Recursos – TFR por equiparação constitucional (KANIA, 2020, p. 148), razão pela qual, contra seus atos, comportaria a impetração de MS junto ao STF para conhecê-lo e deliberá-lo.

De tal modo que, passados apenas oito meses do revés no MS n. 1.1915/DF (8/4/1953), houve a superação do paradigma, por meio do MS n. 2.278/DF (30/12/1983), com o reconhecimento, por maioria de votos, da competência originária do STF, por interpretação construtiva constitucional, para conhecer e julgar MS contra decisão do TCU.

Mais tarde, já durante a redemocratização do país, com a promulgação da Carta da República de 1988, o texto constitucional passou a prever expressamente a competência originária do STF para julgar mandados de segurança contra atos do TCU, a propósito do art. 102, I, *d*, da CRFB.

De qualquer forma, há que reconhecer-se o próprio mérito do TCU, sobretudo durante o período conhecido como a República Populista (1945-1964)⁵², ao empenhar esforços nas enseadas política e jurídica, para ter reconhecida a competência privativa do STF para julgar MS contra seus atos (TRISTÃO, 2021, p. 80).

⁵² In Portal do Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2018/09/21/terceiro-periodo-republicano-no-brasil-republica-nova>. Acesso em 14 abr. 2022.

Com isso, chega-se, finalmente, ao vértice do objeto deste estudo, em que se localiza o MS n. 35.410/DF, do qual, ao que tudo indica, partiu a curva diatópica das pretensões do TCU. Isso porque, no período marcado pela Nova República (a partir de 1985), não é exagero considerar que o MS n. 35.410/DF foi, até este momento, o maior algoz da Súmula n. 347 do STF, em vista do limite imposto à atuação do TCU.

Outro não, porque o STF, embora estivesse rediscutindo desde a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, a propósito da liminar deferida no MS n. 25.888/DF, em 18/12/2017, não chegou a deliberar sobre o mérito da ação, pois, em nova decisão monocrática, em 14/9/2020, portanto antes da concessão da segurança no MS n. 35.410/DF, em 13/4/2021, o ministro Gilmar Mendes julgou prejudicado o mandado de segurança ante a perda superveniente do seu objeto e revogou a medida liminar deferida.

Na citada decisão liminar (18/12/2017), o ministro relator chegou a alvitrar que “a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se revisitar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”.

O ministro Gilmar Mendes, já em decisão póstuma (14/9/2020), não se furtou de críticas à Súmula n. 347 do STF, ao reputar “abusiva” a “utilização inadequada” que o TCU fez da citada súmula, diante do que chamou de desbordamento “[...] de suas competências ao determinar que a Petrobras observasse os art. 22 e 23 da Lei 8.666/93 em seus certames, e não as regras previstas em seu procedimento licitatório próprio, que fora veiculado pelo Decreto n. 2.745/1998, este com fundamento direto de validade no art. 67 da Lei n. 9.478/1997, que o previu; tudo isso ao fundamento de que os diplomas normativos seriam inconstitucionais”.

Antes do MS n. 35.410/DF, a falta de um posicionamento definitivo do STF em relação ao tema, sobretudo em razão de a Súmula n. 347 não ter sido cancelada ou, ao menos, alterada, inevitavelmente, não inibiu a sua invocação pelo TCU para justificar o afastamento de normas que ele mesmo entendeu como inconstitucionais. O desfecho adotado no MS n. 35.410/DF, embora não seja um ponto final sobre a celeuma, ainda é uma evolução dentro do STF.

3.2.2 – Os meandros por trás do precedente firmado no MS n. 35.410/DF

a) a questão central a ser respondida

No MS n. 35.410/DF, reputou-se ilegal e abusivo o Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário, que, ao apreciar recurso de agravo (art. 277, V, do RITCU), ultimou sequência de decisões do TCU, prolatadas no âmbito do Processo TC n. 021.009/2017-1.

No ato apontado como coator, o TCU teria extrapolado sua competência constitucional ao autorizar a Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sepif, unidade técnica do TCU, a realizar a fiscalização do pagamento do bônus de eficiência e produtividade aos aposentados e pensionistas, previsto nos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória n. 765/2016, convertida na Lei n. 13.464/2017. A fundamentação foi pela inconstitucionalidade do ato, pois o TCU já havia iniciado a notificação dos aposentados que se encontravam com processos de homologação da aposentadoria sob sua análise.

Percebe-se que o tema que exsurge no pano de fundo da controvérsia em análise tem forte conotação constitucional: o controle de constitucionalidade exercido por órgão administrativo autônomo de controle, a propósito das atribuições previstas no art. 71 da CRFB de 1988, que as elencaria em benefício do TCU.

Concernente à constitucionalidade dos dispositivos impugnados pelo TCU, por meio do Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário, no âmbito do Processo TC n. 021.009/2017-1, sob a esteira de violação aos princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos do art. 40, *caput*, da Constituição de 1988, tem-se que eles não representariam parcela relevante para o objeto deste trabalho acadêmico.

No caso, o âmago encontra-se delimitado pelo ato de controle de constitucionalidade exercido administrativamente pelo TCU, que trouxe consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal (Lei 13.464/2017), não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes.

Assim, a questão primária a ser respondida, a partir do MS n. 35.410/DF, é saber se o TCU, órgão administrativo autônomo, pode ou não exercer controle de constitucionalidade na via incidental, isto é, no caso concreto. Mas, se não transbordar de suas competências constitucionais, é válido afirmar que o TCU poderá deixar de aplicar a norma inconstitucional, sustar ou recusar a prática de ato com base em norma infringente constitucional. É o que se analisará adiante mais detidamente.

b) A concepção de uma deliberação abstrata a partir de mecanismos regimentais

Em face da decisão monocrática do ministro Benjamin Zymler, referendada pelo Plenário do TCU, na sessão de 30/8/2017, que concedeu, de ofício, no TC n. 021.009/2017-1, a medida cautelar propugnada pela Sefip, a fim de determinar aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstivessem de pagar aos inativos e aos pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que tratava a Lei n. 13.464/2017, até a apreciação final da representação, a União interpôs agravo.

Tal recurso foi provido pelo Plenário do TCU, consoante o voto do relator, no Acórdão n. 2.000/2017, para negar conhecimento à representação da Sepif e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, em face da limitação da atuação do Tribunal, uma vez que “a unidade técnica propõe verdadeiro controle prévio e *in abstracto* de constitucionalidade de norma legal, o que não se insere no rol de competências [do TCU] e é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal”, com a seguinte ementa:

SUMÁRIO:

AGRAVO CONTRA MEDIDA CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.464/2017 QUE INSTITUIU O BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE À CARREIRA DE AUDITORIA FISCAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA E DO TRABALHO. NÃO-CONHECIMENTO, UMA VEZ QUE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE IN ABSTRATO DE NORMA LEGAL É COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. DETERMINAÇÕES. RELATÓRIO

O voto do relator assentou que:

É certo que o Tribunal pode, nos casos concretos, examinar a constitucionalidade de norma, mas não é essa a proposta da Sefip, que busca impedir todo e qualquer pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas da Carreira de Auditoria Fiscal do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho, afastando-se a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 7º e dos §§ 2º e 3º do art. 17, ambos da Lei 13.464/2017, por estarem em desconformidade com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no caput do art. 40 da Constituição Federal.

[...]

Com efeito, tudo leva a crer que a presente representação foi formulada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade na esfera administrativa, resultando daí a inviabilidade do exame da questão na forma proposta, haja vista que o exame de constitucionalidade por parte desta Corte de Contas,

assegurado pela Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal, somente poderia se dar de forma incidental.

À guisa de fortificar a proposição acima, e para enfrentar a causa de pedir recursal que reputava o TCU incompetente para afastar a aplicação de leis e atos normativos ao fundamento de inconstitucionalidade, a instrução do recurso vislumbrou que o TCU exercia jurisdição, *in verbis* (grifou-se):

Não se quer com isso negar o controle jurisdicional dos atos do TCU, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Ocorre que, mesmo nessas hipóteses, a natureza da decisão do Poder Judiciário é rescindente, mas não substitutiva, porquanto a Constituição e a lei reservou ao TCU **a competência para exercer a jurisdição nos processos que lhe são afetos**. É dizer, verificada a ilegalidade, pode o Judiciário cassar a decisão desta Corte de Contas, declarando-lhe a nulidade, mas não determinar que o TCU interprete a lei (ou a Constituição) em um determinado sentido.

Tudo isso para, em seguida, exarar posicionamento pelo afastamento dos §§ 2º e 3º do art. 7º e dos §§ 2º e 3º do art. 17, ambos da Lei n. 13.464/2017. O comando derivado do Acórdão n. 2.000/2017 proferido pelo TCU transcendeu os seus efeitos para toda a Administração Pública, extrapolando, pois, os efeitos concretos e interpartes tornando-os *erga omnes* e vinculantes, com o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 289 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do agravo interposto pela União, para, no mérito, dar-lhe provimento, para se negar conhecimento à presente representação e determinar o seu arquivamento, com a consequente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, sem prejuízo de autorizar a Sefip a realizar a fiscalização do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso;

9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;

[...].

Veja-se que o artifício regimental adotado pelo TCU deu azo à própria declaração de inconstitucionalidade, a qual já havia sido afastada na apreciação da cautelar, mas que ressurgiu como ato de fiscalização, embora o objeto da ação original tenha sido revogado pelo próprio TCU.

Ao que tudo indica, pretendeu o TCU, por meio de um malabarismo jurídico,

alcançar múltiplas situações fáticas, que se conectavam pela identidade com o fundamento legal atacado, para conceber celeridade e economicidade no controle do gasto público, mas à revelia do devido processo legal e da observância ao direito fundamental do contraditório e da ampla defesa dos administrados.

c) a argumentação defendida pelo TCU

A exposição dos fundamentos do Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário, pertinente a esta análise, baseou-se:

- (i) na ampliação das competências do TCU, com o advento da CRFB/1988, reconhecida pelo STF (MS n. 21.466/DF);
- (ii) no “poder geral de cautela” do TCU, também reconhecido pelo STF (MS n. 24.510/DF);
- (iii) em face do princípio da supremacia da Constituição, pois havia imposição para reconhecer ao TCU o poder de afastar a aplicação das leis por ele consideradas inconstitucionais, no regular exercício de suas atribuições constitucionais, mesmo na ausência de autorização constitucional ou previsão legal expressa; e
- (iv) na possibilidade de deixar de aplicar, no caso concreto sob sua análise, lei que considere inconstitucional, permanecendo válidos os pressupostos que ensejaram a edição pelo STF da Súmula de n. 347 em 1963.

d) a falha na invocação de precedente do STF

Prima facie, verifica-se que o relator do Acórdão TCU n. 2.000/2017 – Plenário, em defesa da ampliação das competências do TCU, como justificação da legitimidade desse órgão para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos federais, invocou o MS n. 21.466/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, como um representativo do STF, que havia de reconhecer a nova atribuição da Corte de Contas após Constituição de 1988.

Entretanto, ao fazê-lo, o relator do Acórdão n. 2.000/2017 – Plenário destacou, *data venia*, apenas o raciocínio introdutório do julgado, onde se lê (grifou-se):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUNAL DE CONTAS DA

UNIÃO - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL - APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DE ATO CONCESSIVO DE APOSENTADORIA - POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - CARÁTER NÃO-VINCULANTE DA DELIBERAÇÃO DO TCU - JUIZ CLASSISTA - PRERROGATIVAS - À QUESTÃO DA SUA EQUIPARAÇÃO AOS MAGISTRADOS TOGADOS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A UM MESMO REGIME JURÍDICO - WRIT DENEGADO.

Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta. [...] (MS 21466, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1993, DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-01743-02 PP-00295)

Não obstante, para a certificação do que se afirmou, é necessária a transcrição completa da ementa do precedente do STF, citada no julgado do TCU, que assim concluiu a respeito da questão (grifou-se):

Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta. No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, a verificação da legalidade da aposentadoria, e determina - tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo - a efetivação, ou não, de seu registro. O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame. Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União - especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora - recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro. Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução a diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União - reafirmando, assim, o seu entendimento quanto a plena legalidade da concessão da aposentadoria -, caberá a Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro. - Os representantes classistas da Justiça do Trabalho, ainda que ostentem títulos privativos da magistratura e exerçam função jurisdicional nos órgãos cuja composição integram, não se equiparam e nem se submetem, só por isso, ao mesmo regime jurídico-constitucional e legal aplicável aos magistrados togados. A especificidade da condição jurídico-funcional dos juízes classistas autoriza o legislador a reservar-lhes tratamento normativo diferenciado daquele conferido aos magistrados togados. O juiz classista, em consequência, apenas faz jus aos benefícios e vantagens que lhe tenham sido expressamente outorgados em legislação específica. Assiste-lhe o direito de ver computado, para efeito de gratificação adicional por tempo de serviço, tão-somente o período em que

desempenhou a representação classista nos órgãos da Justiça do Trabalho, excluído, portanto, desse computo, o lapso temporal correspondente a atividade advocatícia. A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rp. nº 1.490-DF, ao art. 65, VIII, da LOMAN e ao art. 1.º do Decreto-lei nº 2.019/79 concerne, estritamente, aos magistrados togados. (MS 21466, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1993, DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-01743-02 PP-00295)

Nesse sentido, embora a ementa tenha assinalado expressamente a ampliação da competência do TCU com a superveniência da Constituição do STF, *data venia*, nada menciona quanto à possibilidade de o TCU “declarar a inconstitucionalidade de atos normativos”.

Tão somente referenciou, em máxima síntese, que a nova ordem jurídica, advinda da Carta de 1988, ampliou as competências dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

Nesse âmbito, onde está situado o “exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, a verificação da legalidade da aposentadoria”. Inclusive, ficou assentado que o TCU, “no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame”.

É o que externalizou a ementa do citado MS n. 21.466/DF do STF, sem aparente conexão imediata com a competência do TCU para a apreciação da constitucionalidade das normas.

Noutra enseada, tem-se que a atuação do TCU se deu no âmbito de um processo de auditoria (TC n. 021.009/2017-1). Nele, o órgão técnico considerou que o pagamento do bônus aos inativos e pensionistas contraria o regime solidário e contributivo da previdência social, bem como o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

Contra a tese de inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei n. 13.464/2017, militou a ausência de representativo jurisprudencial do STF que amparasse a conclusão a que chegou o órgão de controle.

Frise-se que, recentemente, em 8/3/2022, o Plenário Virtual do STF, por unanimidade, conheceu da ADI n. 6.562/DF e julgou improcedente o pedido, para reconhecer a constitucionalidade do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e da Auditoria-fiscal do Trabalho, respeitando-se, em todo caso,

o teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988, nos termos do voto do relator Gilmar Mendes, com a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA E DA AUDITORIA-FISCAL DO TRABALHO. LEI FEDERAL 13.464, DE 2017. SISTEMA REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL DE SUBSÍDIO. RESERVA LEGAL ABSOLUTA NA FIXAÇÃO E ALTERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. VEDAÇÃO À VINCULAÇÃO E À EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS. 1. A instituição do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e da Auditoria-fiscal do Trabalho não ofende o regime constitucional de remuneração por subsídio. As carreiras a que se destinam exerceram opção constitucional por remuneração sob a sistemática de vencimentos (Art. 39, § 8º da CF/88). 2. O Bônus de Eficiência não macula a exigência constitucional de lei específica a fixar e alterar a remuneração dos servidores públicos (Art. 37, X da CF/88). Legislação própria fixa o limite mínimo (vencimentos), enquanto a Lei 13.464/2017 ressalta a observância do teto remuneratório do funcionalismo. A remuneração por desempenho encontra suas balizas, seu intervalo, satisfatoriamente previstas em lei formal e se amolda ao respaldo constitucional do princípio da eficiência (Art. 37, caput c/c Art. 39, § 7º da CF/88). 3. Não ofende a regra constitucional de vedação à vinculação ou à equiparação de remuneração de servidores públicos (Art. 37, XIII da CF/88) o incremento salarial condicionado à satisfação de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico dos órgãos a que vinculados os servidores. Precedentes da Corte. Distinções. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 6562, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022)

A referência à ADI n. 6.562/DF justifica-se para trazer à tona o teor do voto do ministro Edson Fachin, que, embora tenha acompanhado o relator, apresentou ressalvas em face do julgado nos MSs n. 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.812, 35.824 e 35.836, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que trataram do objeto de estudo desta dissertação, *in verbis*:

[...]. Os casos tratavam da possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, e a decisão da Corte de Contas impugnada fazia referência a artigos da lei por ora impugnada, quanto a não incorporação do bônus de produtividade aos servidores inativos. Naquela oportunidade fiquei vencido e prevaleceu o entendimento do Min. Alexandre de Moraes, que de modo que se assentou a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos erga omnes pelo Tribunal de Contas da União. Reproduzo a ementa respectiva:

[...]

Na oportunidade, aderi à tese da possibilidade de o Tribunal de Contas da União afastar a aplicação de lei na análise de casos concretos e apreciei o mérito da constitucionalidade dos dispositivos por esta enfrentados. Peço vênias para registrar o posicionamento vencido na oportunidade, em que declarei a inconstitucionalidade do artigo 7º, §§ 2º e 3º, e do artigo 17, §§ 2º e 3º da Lei nº 13.464/2017, também questionados na presente ADI, em posição que restou

vencida e entendi assistir razão à Corte de Contas, sendo inconstitucional o pagamento de verbas de natureza remuneratória a servidores inativos, sem o devido desconto da contribuição previdenciária:

[...]

Como o mérito do julgamento mencionado não se confunde com as alegações da presente ADI, me curvo ao entendimento do plenário e acompanho o E. Relator com ressalvas.

Com isso, tem-se confirmado que, antes do MS n. 35.410/DF, não havia, de fato, precedente representativo que corroborasse a interpretação conferida pelo TCU quanto à inconstitucionalidade do art. 7º, §§ 2º e 3º, e do art. 17, §§ 2º e 3º da Lei n. 13.464/2017, posição que restou vencida no citado julgado, como bem destacou o ministro Edson Fachin, no julgamento da ADI n. 6562/DF.

Assim sendo, pode-se vislumbrar que a invocação da Súmula n. 347 do STF pelo TCU, ao menos, obscureceu o órgão de controle quanto à observância do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos⁵³.

No MS n. 35.410/DF, ainda foi ventilada a intenção de restringir a possibilidade de o TCU, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, apenas afastar a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada pelo STF, isto é, entendimento, notório ou evidente, da solução normativa em questão, segundo as manifestações dos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes e da ministra Rosa Weber.

Entretanto, essa tese não foi acolhida pela maioria do STF. Em primeiro, porque, se aplicada como regra, configuraria uma acepção de máxima rigidez e, em segundo, porque seria necessário parametrizar a significação de “matéria pacificada”, algo que o STF, aparentemente, não estaria disposto a iniciar.

Aliás, por entendimento jurisprudencial pacificado não se alude apenas às decisões *erga omnes* ou dotadas de efeito vinculante, como bem explica Juarez Freitas (2011, p.160):

[...] existe vinculação dos agentes públicos em face das ‘definitivas’ decisões tomadas no controle difuso e no controle concentrado, quando se admite que a jurisprudência representa momento culminante da positivação do direito. Justamente em função dessa característica indelével, impende reiterar que a jurisprudência iterativa dos Tribunais – fonte material do direito administrativo, por excelência, inclusive no sistema romanístico-continental (e desde os primórdios) – vincula constitucionalmente o administrador público, e

⁵³ BRASIL. Mandado de Segurança 25.888 Distrito Federal. Impetrante Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras. Impetrado Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344408829&ext=.pdf>. Acesso em 15 abr. 2022.

não somente nas hipóteses de súmulas vinculantes.

Semelhante proposição foi verificada no MS n. 25.888/DF, a propósito da sua citação na manifestação da PGR, com referência à doutrina de Pedro Lenza (2015, p. 743-746), nestes termos:

Pedro Lenza reafirma que o TCU é órgão técnico e arremata:

[...]

Especificamente sobre o exercício do controle difuso de constitucionalidade pela Corte de Contas, o mesmo autor leciona que:

Conforme já estudamos no capítulo sobre *controle de constitucionalidade*, destacamos novamente a 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”.

Estamos, assim, diante de exemplo de *controle de constitucionalidade posterior* ou *repressivo* não jurisdicional, fugindo ao direito brasileiro que adotou a regra do *judicial review*.

[...]

Devemos alertar, contudo, e conforme já o fizemos, que a subsistência da S. 347 está em discussão no STF e vem sendo criticada a partir de decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes, em 22.03.2006, ao deferir pedido de medida liminar no MS 25.888 impetrado pela PETROBRAS, atacando ato do TCU que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o *Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado*, aprovado pelo Dec. n. 2.745/98, devendo ser observadas as regras da Lei n. 8.666/93 ...

Nesse caso, apesar da prejudicialidade do mandado de segurança, ante a perda superveniente do seu objeto, o ministro Gilmar Mendes fez questão de expressar em sua decisão que “a jurisprudência do STF deve ser pacífica no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade de um tema, para que os órgãos não jurisdicionais possam decidir afastar a aplicação de determinado ato normativo que diga respeito àquele assunto, por inconstitucionalidade”.

Assim, segundo o posicionamento do ministro Gilmar Mendes, caberia “aos órgãos não jurisdicionais [...] apenas aplicar a jurisprudência uniforme da Corte constitucional ao caso concreto e concluir pelo afastamento ou pela aplicação de determinado ato normativo, tendo em vista a sua (in)compatibilidade com o texto constitucional, segundo a interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal”.

De acordo com Pedro Lenza (2020, p. 290), “essa perspectiva extrema lançada por Gilmar Mendes parece ter se enfraquecido em apreciação pelo STF de decisão do CNJ que considerou irregular a contratação, pelo TJ da Paraíba, de 100 assistentes de administração nomeados sem concurso público”.

A referência de Lenza (2020, p.290), o Pet n. 4.656/PB, é outro exemplo

emblemático que retrata o atual momento da jurisprudência da Suprema Corte sobre o objeto deste estudo.

Nesse julgado, o STF validou decisão do CNJ, após o órgão de controle, em declaração incidental de inconstitucionalidade, julgar que havia evidente burla ao comando constitucional previsto no art. 37, V, da Constituição da República.

Conforme o voto da relatora ministra Cármen Lúcia, não houve declaração de inconstitucionalidade da qual resultasse a anulação ou revogação da lei discutida, com a exclusão de sua eficácia. O que houve, de fato, foi a nulidade dos atos questionados para o que se afirmou inaplicável, administrativamente, lei estadual com vício de inconstitucionalidade, exclusivamente na ordem de atuação administrativa do órgão judicial.

No caso, o órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura (CNJ) atuou “nos limites de sua competência, afastando a validade de atos administrativos e, para tanto, adotando como fundamento a invalidade da lei estatual, que ele reputou contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público, por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores para a criação de cargos comissionados” (LENZA 2020, p. 290).

Assim, diferentemente do Acórdão TCU n. 2.000/2017-Plenário, no caso do CNJ (Pet 4.656/PB), não houve invasão na competência do STF, nos termos da ementa, onde se lê:

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da

magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

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

4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.

(Pet 4656, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 01-12-2017 PUBLIC 04-12-2017)

Dentro dessa perspectiva, Pedro Lenza (2020, p. 290) declara concordância. Para o autor, “a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento’, deve se dar por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho (aplicação analógica do art. 97, CF/88)”.

É, inclusive, o posicionamento deste trabalho, quanto ao ponto em específico (maioria absoluta do órgão administrativo de controle), que, dentro dos limites de sua competência constitucional (TCU, CNJ e CNMP), poderá afastar a validade de atos administrativos e, para tanto, adotará como fundamento a invalidade da lei que for contrária a um específico postulado constitucional.

e) o escopo doutrinário: órgão administrativo e a apreciação da constitucionalidade das leis ou dos atos normativos

Noutro ponto, o relator do MS n. 35.410/DF considerou que o TCU teria realizado autêntica declaração de inconstitucionalidade, com impositiva dotada de traço nitidamente geral que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Medida Provisória n. 765/2016, convertida na Lei n. 13.464/2017, no âmbito da

Administração Pública Federal.

Outrossim, também expôs que o TCU, como órgão sem função jurisdicional, não detém competência para “declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal”.

Sobre esses pontos, tanto na instrução quanto no julgamento do MS n. 35.410/DF, foram diversas as indicações doutrinárias como fundamento, cujas citações serão adiante detidamente analisadas, observando-se o escopo citado na epígrafe.

Destarte, tanto no Acórdão TCU n. 2.000/2017 – Plenário quanto na Manifestação da PGR n. 229/2018-CAV, houve deferência à doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2018, p. 147-152), com identidade de passagens de textos, mas que foram empregadas pelos personagens (TCU e a PGR) em contextos diametralmente opostos.

No Acórdão do TCU, constou a seguinte lição do autor:

[...]

Nesse sentido, ao tratar das características dos direitos fundamentais, preconiza Paulo Gustavo Gonet Branco que:

“O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem. Os direitos fundamentais qualificam-se, juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado.” (in *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pág. 126 – grifou-se).

Já na Manifestação da PGR n. 229/2018-CAV, assim foi referenciada:

[Manifestação da PGR n. 229/2018-CAV]:

[...]

Paulo Gustavo Gonet Branco[4] ensina que os Poderes Públicos vinculam-se aos direitos fundamentais, pois “o fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos”. [p.8]

Ocorre que a PGR também procurou explorar “a face oposta da moeda”, que foi omitida na argumentação do TCU, quando da referência à doutrina Paulo Gustavo Gonet Branco.

Isso porque, o autor (2018, p. 147-152) questiona se a “administração deve

interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais”, pois o “problema que desafia os juristas está em saber se, diante da vinculação da Administração aos direitos fundamentais, pode o administrador realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la discordante de um direito fundamental”.

A partir desse ponto, Paulo Gustavo Gonet Branco passa a descrever as faces representativas da doutrina sobre o tema, fazendo constar pensamentos de José Joaquim Canotilho (2018, p. 147-152, também explorado no voto do ministro Benjamin Zymler/TCU), Vieira de Andrade e Otto Bachof. Confira-se:

Canotilho propõe, como princípio básico, que se recuse à Administração em geral e aos agentes administrativos o poder de controle de constitucionalidade das leis, abrindo a estes, porém, a perspectiva da representação à autoridade incumbida de provocar uma decisão judicial sobre a validade do diploma. Admite exceção para os casos em que o agente recebe ordem de cumprir lei violadora de direitos fundamentais, quando a ordem implicar o cometimento de crime.

[...]

[...], Vieira de Andrade sugere, ainda, que a decisão administrativa de aplicação da lei fique suspensa até a decisão da controvérsia sobre a legitimidade constitucional do diploma a ser aplicado. Lembra, no entanto, a lição da Bachof, para quem isso só é possível se a medida não prejudicar direitos individuais, nem vier a afrontar o interesse público.

Para Gonet Branco (2018, p. 147-152), existe um consenso doutrinário no sentido de que, em princípio, “os agentes administrativos não dispõem de competência para apreciar a lei segundo critérios constitucionais, devendo, no caso em que entenda haver inconstitucionalidade, provocar a autoridade hierarquicamente superior a respeito”.

Destaque-se, nesse ponto específico, que o autor se refere ao termo “agentes administrativos”, que não se confunde com a “Administração Pública” ou o “colegiado administrativo” representativo do órgão ou entidade da Administração Pública. Essa diferenciação é importante para a avaliação final da solução abordada no caso do MS n. 35.410/DF.

Nada obstante, o autor (2018, p. 147-152) reconhece que, em situações excepcionais, o agente poderia deixar de cumprir a lei, por entendê-la inconstitucional, “em especial quando o direito fundamental agredido o for francamente e puser em imediato risco a vida ou a integridade pessoal de alguém, resultando da aplicação da lei inválida o cometimento de fato definido como crime”.

A colocação do autor é racional e não configura um absurdo considerá-la válida,

assim como a doutrina de Lenza (2020, p. 289), que reconhece a possibilidade de os órgãos não jurisdicionais, no caso concreto, verificarem a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária.

Em posição diversa, segundo o próprio Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 147-152), estão Vieira de Andrade e Otto Bachof, que admitem a possibilidade de recusa de aplicação da lei pelo administrador, mas que não se confunde com a “competência para apreciá-la segundo critérios constitucionais”, “sempre que um sereno sopesamento entre os princípios da constitucionalidade e da legalidade o autorize”. Veja-se:

Outros casos são mais controvertidos. Vieira de Andrade, apoiado em Bachof, sugere que [...] não se deve desconsiderar a possibilidade de recusa de aplicação da lei pelo administrador, sempre que um sereno sopesamento entre os princípios da constitucionalidade e da legalidade o autorize. Por esse critério, a lei não deve ser aplicada se a inconstitucionalidade se mostrar evidente ou se o agente, possuindo conhecimentos jurídicos para isso, estiver convencido (não bastando a dúvida) da inconstitucionalidade. Ainda, haveria de se assegurar que os efeitos negativos da não aplicação da lei não superam os prejuízos decorrentes da sua aplicação.

[...]

[...] De outro lado, admite-se que não seria de bom alvitre estabelecer a obediência cega pela Administração de todas as leis, como que criando para ela uma presunção absoluta de constitucionalidade, esquecendo que também a Administração está vinculada aos direitos fundamentais.

Semelhante é a abordagem doutrinária de Barroso (1990, p. 393-394), para quem a interpretação do texto constitucional não é monopólio do Poder Judiciário, como também não é a observância da Constituição. Também o Executivo tem o poder-dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior.

Posição também defendida por Miguel Reale (1990, p. 394-395), segundo o qual:

[...] A atividade administrativa, que exige plena e total conformidade com a ordem jurídica que assenta, fundamentalmente, nos países de Constituição rígida, como é o nosso, no texto da Constituição - a única conclusão possível é, repetimos, a de que não somente pode o Executivo recusar cumprimento a disposições emanadas do Legislativo, mas evidentemente inconstitucionais, como é de seu dever zelar para que não tenham eficácia na órbita administrativa

E, inclusive, do ministro Themistocles Brandão Cavalcanti (1990, p. 394-395). Confira-se:

O que tem sido, entretanto, admitido é que a autoridade superior do poder

executivo, na orientação da política administrativa, pode verificar a constitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la, usando do processo usual de interpretação que consiste na aplicação da lei hierarquicamente superior, que exclui, desde logo, a aplicação da lei menor que com ela vem colidir. [...] A meu ver, nada justifica a aplicação de uma lei inconstitucional. Mesmo em caso de dúvida fundada, esta deve ser afastada por um exame judicial da controvérsia, desde que os interessados se insurjam contra a recusa do executivo. [...]

Nenhum Tribunal, estou certo, poderia considerar o ato do executivo estadual inconstitucional, de momento que o responsável pelo cumprimento da lei venha justificar o seu procedimento, pelo manifesto atrito ente a lei ou leis em questão e as normas constitucionais vigentes.

No entanto, em oposição às doutrinas anteriores está José Joaquim Canotilho (2018, p. 147-152), também citado por Paulo Gustavo Gonet Branco, que “rejeita a abordagem embasada no princípio da proporcionalidade a ser aferido por funcionários da Administração, por serem ‘insuficientes e inseguros os critérios que a doutrina tem até agora desenvolvido’ para tanto”.

No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (2019, p.132) assinala que o afastamento da norma, isto é, a sua não aplicação, iguala-se, de certa maneira, ao método incidental de controle de inconstitucionalidade, sob a perspectiva de que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais”, mas que, no caso da administração pública, exigiria um cuidado para não incorrer em nível de equivalência com a declaração de inconstitucionalidade da norma, cujo efeito prático culminaria em removê-la do mundo jurídico.

No âmbito do STF, destaca-se a avaliação do ministro Gilmar Mendes, a propósito de seu posicionamento no já citado MS n. 25.888/DF⁵⁴, que considera a possibilidade de os órgãos de controle administrativo deixarem de cumprir decisão legislativa, com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade. Para ele, essa possibilidade seria controversa sob o regime constitucional anterior, mas certamente já perdeu muito do seu significado prático, em face da nova disciplina conferida à ação direta de inconstitucionalidade, e mais:

Órgãos administrativos, como o Tribunal de Contas da União, não encontram esteio no novo texto constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade, dados o franco acesso ao Poder Judiciário e a existência de instrumental seguro e célere no controle abstrato de constitucionalidade,

⁵⁴ BRASIL. Mandado de Segurança 25.888 Distrito Federal. Impetrante Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras. Impetrado Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344408829&ext=.pdf>. Acesso em 15 abr. 2022.

dirigido diretamente ao STF.

Nessa linha de pensamento, manifestou o ministro relator Celso de Mello, na ADI n. 748/RS, em julgado do Plenário de 6/11/1992, que o controle repressivo de constitucionalidade é restrito, primordialmente, ao Poder Judiciário e, excepcionalmente, ao Poder Legislativo.

De todo o modo, no que se refere à administração pública, “o entendimento tradicionalmente esposado pelo direito constitucional brasileiro é no sentido de que lhe assiste a possibilidade de deixar de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional”⁵⁵.

f) a formação da maioria e a composição do voto médio

Para o relator do MS n. 35.410/DF, o TCU, como órgão sem função jurisdicional, não deteria competência, via de regra, “para exercer controle de constitucionalidade de leis, na análise de atos submetidos a sua apreciação”, sendo que “as competências do Tribunal de Contas da União estão descritas no texto constitucional e consistem em grande avanço no controle orçamentário, financeiro e de legalidade e legitimidade dos atos da Administração Pública”, conforme previsto no art. 70 e seguintes da CRFB.

Seguiram integralmente o voto do relator os ministros Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux (presidente), Gilmar Mendes e a ministra Cármen Lúcia, sem destaques adicionais. O ministro Roberto Barroso e a ministra Rosa Weber acompanharam o relator, mas com ressalvas quanto à fundamentação.

O ministro Barroso divergiu dos fundamentos expostos pelo relator por considerar que “toda autoridade administrativa de nível superior pode [...] incidentalmente declarar a incompatibilidade de lei, desde que limitada ao caso concreto”.

No caso da ministra Rosa Weber, embora fosse consenso entre a maioria que “é inviável entender que o referido órgão de controle pudesse, em deliberação dotada de acentuado coeficiente de abstração, como a proferida no processo TC n. 021.009/2017-1, implementar fiscalização concentrada de validade de dispositivos legais”, não foi acolhida a tese de o TCU poder afastar a “aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, somente em jogo de matéria pacificada [pela] Suprema Corte”. O

⁵⁵ BRASIL. Mandado de Segurança 25.888 Distrito Federal. Impetrante Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras. Impetrado Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344408829&ext=.pdf>. Acesso em 15 abr. 2022.

ministro Gilmar Mendes teve um posicionamento semelhante ao dela.

Vencidos, os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio votaram pela negativa dos pedidos, mantendo a validade da decisão do TCU.

O voto do ministro Edson Fachin conclui pela denegação da segurança, com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do art. 7º, §§ 2º e 3º, e do art. 17, §§ 2º e 3º da Lei n. 13.464/2017.

Interessante ressaltar que, embora tenha operado resultado totalmente divergente, a *ratio decidendi* do voto do ministro Edson Fachin foi muito semelhante ao desenvolvido pela maioria dos ministros, a propósito da seguinte passagem:

Desta feita, esta Corte assentou na oportunidade a diferenciação entre declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, e possibilidade de não aplicação da norma no caso concreto, não excluindo a norma do ordenamento jurídico, reconhecendo a órgãos como CNJ, CNMP e TCU a competência para a última hipótese, no estrito exercício de seu mister.

[...]

Assim, inexistindo razão para a superação do entendimento esposado na Pet 4656, compreendo que a mesma *ratio* deve ser aplicada na hipótese presente, reconhecendo ao Tribunal de Contas a possibilidade de, por maioria absoluta de seus membros, no desempenho de suas competências constitucionais, deixar de aplicar em caso concreto lei que considere flagrantemente inconstitucional, mantendo-se hígida a redação da Súmula 347.

Com a máxima vênia, o entendimento exarado na Pet n. 4.656/PB não parece ser o mesmo ventilado no voto do ministro Edson Fachin. Isso porque, conforme afiança Pedro Lenza (2020, p. 291), teve-se “a nulidade dos atos questionados para o que se afirmou inaplicável, administrativamente, lei estadual com vício de inconstitucionalidade, vinculando-se apenas a atuação de órgão judicial cujos atos administrativos foram submetidos ao controle do Conselho Nacional de Justiça”.

No julgamento da Pet n. 4.656/PB, havia um ato administrativo, situação concreta, sobre o qual o órgão de controle administrativo (CNJ) decidiu afastar a sua validade, em razão de a aplicação de lei estadual como seu fundamento representar violação do princípio constitucional de ingresso no serviço público, que exige a precedência da aprovação em concurso público.

Cabe lembrar que o Plenário do TCU, consoante o voto do relator, no Acórdão n. 2.000/2017, negou conhecimento à representação da Sepif e determinou o seu arquivamento, com a conseqüente revogação da medida cautelar anteriormente deferida, em face da limitação da atuação do Tribunal, uma vez que “a unidade técnica propõe

verdadeiro controle prévio e *in abstracto* de constitucionalidade de norma legal, o que não se insere no rol de competências [do TCU] e é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal”.

Ocorre que, da decisão que arquivou os autos do Processo de Auditoria TC n. 021.009/2017-1, uma nova decisão foi proferida, desvinculada de qualquer aspecto anterior, pois se quer existiu uma única deliberação sobre a situação fática, do que se concluiu que a apreciação foi, na verdade, “em tese”.

Portanto, a solução alcançada no voto do ministro Edson Fachin, *data venia*, não considerou a determinação dos efeitos da decisão abstrata do TCU no âmbito de toda a Administração Pública Federal, principal elemento para o reconhecimento do caráter *erga omnes* e vinculante.

Seguindo a divergência inaugurada pelo ministro Edson Fachin, votou o ministro Marco Aurélio, mas, no fundamento, destacou que o TCU não exerce o controle difuso, propriamente dito, por não ser órgão jurisdicional, portanto “teve como viável julgar caso administrativo concreto de determinada forma”.

Para o ministro, seria “verdadeira incongruência afastar-se essa possibilidade”, pois, assim, prevaleceria a lei inconstitucional, muito embora no campo administrativo. Assim, encerrou seu voto, com o indeferimento da ordem, por entender que não houve controle concentrado de constitucionalidade.

Verifica-se, assim, que a ressalva apresentada pelo ministro Barroso foi fundamental para a formulação da solução final do julgado, uma vez que o ministro Alexandre de Moraes acolheu a propositura e previu na ementa da decisão: a) “a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes pelo TCU”; e b) o reconhecimento dos “efeitos transcendentais na decisão proferida no processo TC n. 021.009/2017-1, que equivaleu ao afastamento da eficácia dos arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 17 da Lei n. 13.464/2017”.

3.3 – Conclusões

Sem meandros, quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade pelo TCU, de acordo com o precedente firmado no MS n. 35.410/DF, o STF foi firme no sentido de que “apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”, que remete a Súmula n. 347, não é sinonímia de “afastar a aplicação de lei federal considerada

inconstitucional com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal”.

Prima facie, ressalte-se que ficou aberta a possibilidade de o TCU poder afastar a aplicação de lei federal no caso concreto, isto é, desde que desprovida de qualquer “coeficiente de abstração” e sem extrapolar as fronteiras da situação analisada. Em outros termos, isso significa: “não um grupo de casos concretos”, “não um âmbito ou esfera administrativa”, “não uma categoria de servidores públicos”, etc.

Por outro lado, para essa plausibilidade, não ficou estabelecida a fonte de sua fundamentação, o que, necessariamente, precisará ser enfrentado pelo STF, cujo esteio se desenvolveu a partir do seguinte aforismo: “o problema que desafia os juristas está em saber se, diante da vinculação da Administração aos direitos fundamentais, pode o administrador realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la discordante de um direito fundamental” (BRANCO, 2018, p. 147-152).

Desse raciocínio, no MS n. 35.410/DF, foram aventadas as argumentações que, seguramente, voltarão ao centro dos debates sobre a controvérsia, para o estabelecimento de qual delas (uma, umas ou todas elas) deve permear a Administração (leia-se: órgão colegiado administrativo). Veja-se, ao menos, as seguintes linhas de pensamento ventiladas:

- (i) a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais, sendo permitido deixar de cumprir a lei, no caso concreto, em razão de um direito fundamental agredido (BRANCO, 2018, p. 147-152);
- (ii) a possibilidade de recusa de aplicação da lei pela Administração, quando não se confundir com a competência para apreciá-la segundo critérios constitucionais, sempre que um sereno sopesamento entre os princípios da constitucionalidade e da legalidade a autorize (ANDRADE & BACHOF apud BRANCO, 2018, p. 147-152); e/ou
- (iii) toda autoridade administrativa de nível superior [ou órgão colegiado, por maioria absoluta de seus integrantes,] pode incidentalmente declarar a incompatibilidade de lei, desde que

limitada ao caso concreto (Barroso, 1990, p. 393-394).

De fato, a vertente desenvolvida por Vieira de Andrade e Otto Bachof (ii) se apresenta como a mais plausível entre as ventiladas no MS n. 35.410/DF.

Apesar de toda a controvérsia, o conteúdo da Súmula n. 347 ainda não foi alterado, de modo que o tema ainda está em aberto e múltiplos cenários podem ser conjecturados para o futuro próximo, na hipótese de novas investidas do órgão de controle em descompasso com as orientações proferidas no MS n. 35.410/DF.

Portanto, há margem para imposição de mais restrições à atuação do TCU, mas que poderá ter efeitos reflexos (negativos) sobre outros órgãos da administração pública (CNJ e CNMP), que, em tese, já atuam conforme os atuais parâmetros definidos pelo STF.

O próprio ministro Alexandre de Moraes, no MS n. 36.190, em decisão monocrática de 11/4/2019, chegou a dizer que a possibilidade de controle constitucional pelo TCU ainda era tema pendente de análise definitiva.

O que também foi exteriorizado no voto vogal da ministra Rosa Weber, no MS n. 35.410/DF, para quem a matéria abordada pela autoridade impetrada não se encontrava pacificada em precedentes específicos do STF, de modo que não seria adequado falar em excepcional legitimidade do afastamento, sem mais, da aplicação das referidas disposições legais por parte do órgão de controle.

Ressalte-se que, embora não tenham sido acolhidos os posicionamentos do ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber, ainda assim são válidos, pois não há empecilho para que a Administração Pública deixe de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional ou interpretação tida como incompatível com o texto constitucional pelo STF. Ademais, não seria racional conceber a possibilidade de a Administração Pública desprezar determinada interpretação conferida pelo STF.

Assim, frise-se que a Suprema Corte apenas não concebeu o posicionamento *supra* como regra, em razão de ser uma aceção de máxima rigidez, confirmando-se o que foi antecipadamente previsto por Pedro Lenza (2020, p. 290).

Assim, em seu aspecto primário (item 1 da ementa), o acórdão STF, no MS n. 35.410/DF, teve caráter disciplinador, a fim de afastar qualquer possibilidade de o TCU “declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal”.

Em segundo plano (item 2 da ementa), procurou declarar a situação encontrada na hipótese verificada no julgamento do MS n. 35.410/DF, enquanto o aspecto terciário (item 3 da ementa) reconheceu a violação do aspecto primário (item 1 da ementa).

No plano quaternário (item 4 da ementa), a decisão traz os efeitos das incidências dos três planos anteriores, para a caracterização do desfecho final do julgamento decidido pela maioria.

Isto é, a decisão do TCU “acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal”, equiparada à declaração de inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes, não sendo possível “o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes”.

Outrossim, independentemente de ser caso concreto ou situação abstrata, está vedada a possibilidade de controle de constitucionalidade exercido administrativamente pelo TCU, que traga consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes.

Quanto à nova aceção, em abstrato, da Súmula STF n. 347, enquanto a sua redação não é modificada, onde se lê “no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade”, deve-se compreender “no exercício da função constitucional de controlar a validade de atos administrativos, poderá afastar a aplicação de lei ou ato normativo que viola a Constituição, desde que não extrapole os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes”.

De todo modo, deve-se sobretudo creditar a importância e a significação do TCU para a ordem jurídica brasileira, tendo em vista a sua capacidade de bem produzir jurisprudência administrativa de qualidade, que contribui para o debate e o enriquecimento do Direito Público e para o desenvolvimento das matrizes jurídicas de vanguarda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da virada do século XXI, o Tribunal de Contas da União – TCU passou a sofrer deveras derrotas no Supremo Tribunal de Federal – STF versando a sua legitimidade para apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, mas não somente isso.

Na cena político-institucional, os órgãos denominados “não jurisdicionais”, nos quais se incluem o TCU, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, vêm, ao longo das últimas duas décadas, travando um processo contínuo de contenção da competência para examinar a constitucionalidade de atos administrativos submetidos à inspeção deles e eventual determinação de limitação do alcance da norma.

No caso do TCU, objeto específico deste trabalho, a limitação da competência de apreciação constitucional, na estrita função de controlar a validade de atos administrativos, pode ser compreendida como um fenômeno colateral do seu processo de aproximação aos órgãos jurisdicionais, na qualidade de órgão que exerce uma forma especial de jurisdição administrativa, mas não função jurisdicional.

A partir de elementos históricos, pertinentes à institucionalização e instrumentalização do TCU, foi possível compreender que o efeito adverso teve sua genealogia na ascensão da competência originária do STF para conhecer de mandado de segurança contra ato praticado pelo TCU. Nesse sentido, a Corte de Contas encontrou, na Súmula n. 347 do STF, condições precípua para o expansionismo do controle de constitucionalidade sobre as matérias sujeitas à sua competência, mas que, passou a ser combatido pelo mesmo STF, com a finalidade de frear e limitar o alargamento de sua competência, sob o fundamento de que havia uma invasão na função jurisdicional por um órgão administrativo.

Com efeito, criou-se a premissa de não se reconhecer uma jurisdição administrativa do TCU, a propósito de uma possível usurpação da função jurisdicional, de caráter privativo do Poder Judiciário, hipótese essa que, neste trabalho, se demonstrou ser algo além de uma retórica de seus opositores, *data venia*, mas não algo almejado pelo próprio TCU.

Não foi possível aferir com exatidão se o STF foi, pouco a pouco, revendo as suas posições a fim de afirmar uma jurisprudência em favor do Poder Judiciário, na defesa de um exame mais aprofundado sobre o mérito das decisões do TCU, ou se a mudança do STF pode ter sido justamente uma reação ao incremento o uso da possibilidade de o TCU exercer controle de constitucionalidade. O mais provável é que ambas tenham sido as razões que impulsionaram o STF a conter o alargamento da atuação do TCU.

Isso porque, até meados de 2006, viu-se um TCU atuar, como denominado pela doutrina, com “competência por mão própria” (ampla e irrestrita) sobre as pessoas e matérias sujeitas ao seu controle, mas cuja “quebra da inércia”, deu-se com a Medida Cautelar no MS n. 25.888/DF, em 22/3/2006, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

Com efeito, houve uma abrupta mudança de posicionamento dentro do STF sobre a validade da Súmula n. 347, tendo como baliza a medida cautelar no MS n. 25.888/DF, que ofereceu um salto espantoso no debate interno a partir de suas elucubrações impondo uma derrota sem precedência para o TCU.

Isso porque, o ministro Gilmar Mendes reputou “abusiva” a “utilização inadequada” que o TCU fazia da citada súmula, diante do que chamou de “desbordamento de suas competências”, de modo a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula n. 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

Desde então, constatou-se que, entre 2006 (MS n. 25.888/DF MC) e 2021 (MS n. 35.410/DF MC), no afã de conformar a validade de atos administrativos aos ditames constitucionais, o TCU viu a sua atuação de controle ser neutralizada por uma série histórica de medidas cautelares, deferidas por membros do STF, em mandados de segurança, contra atos por ele expedidos, sob o fundamento de que o exercício de controle incidental de constitucionalidade representaria, como via de regra, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos.

Até a formação da maioria do STF no MS n. 35.410/DF, quando o Tribunal Pleno do STF decidiu que “o TCU, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal”, duas correntes marcantes vigoravam no STF, uma de caráter restritivo e outra de caráter extensiva.

a) restritiva (subdivide-se em):

a.1) restritiva imediata ou absoluta (ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Alexandre de Moraes): falta competência aos órgãos não jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade das leis, com a superação do teor da Súmula n. 347 do STF, a partir da ordem constitucional implementada pela Constituição de 1988. A apreciação de constitucionalidade de lei ou ato normativo é competência privativa do STF. Registre-se que o recente empossado ministro Nunes Marques seguiu esta linha de pensamento no MS n. 35.410/DF;

a.2) restritiva mediata ou relativa (ministra Rosa Weber e ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli): aos órgãos não jurisdicionais cabe apenas aplicar, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a jurisprudência uniforme do STF ao caso concreto e concluir pelo afastamento ou pela aplicação de determinado ato normativo;

b) extensiva (ministra Cármen Lúcia e ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Edson Fachin): não há a possibilidade de órgãos não jurisdicionais declararem a inconstitucionalidade, mas é possível eles não aplicarem leis inconstitucionais (recusar ou anular ato), pois essa última seria uma obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado, desde que desprovida de abstração e que seus efeitos não transcendessem a análise do caso concreto.

Com a chegada do acórdão paradigma no MS n. 35.410/DF, por maioria de votos, o Tribunal Pleno do STF foi firme no sentido de que “apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”, que remete à Súmula n. 347, não é sinonímia de “afastar a aplicação de lei federal considerada inconstitucional com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal”.

De fato, o MS n. 35.410/DF pode ser compreendido como uma reação colateral exacerbada do STF contra a “utilização inadequada” e “abusiva” da Súmula n. 347 pelo TCU, como instrumento para o “desbordamento de suas competências”.

Entretanto, no MS n. 35.410/DF deixou em aberto, em tese, a possibilidade de o TCU poder afastar a aplicação de lei federal no caso concreto, isto é, desde que desprovida de qualquer “coeficiente de abstração” e sem extrapolar as fronteiras da situação analisada. Em outros termos, isso significa: “não um grupo de casos concretos”, “não um órgão administrativo”, “não um âmbito ou esfera administrativa”, “não uma categoria de servidores públicos”, etc.

Por outro lado, para essa plausibilidade, não ficou estabelecida a fonte de sua

fundamentação, o que, necessariamente, precisará ser enfrentado pelo STF, cujo esteio está em saber se o TCU poderá realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la discordante de um direito fundamental. Portanto, o MS n. 35.410/DF deixou margem para imposição de mais restrições à atuação do TCU.

Embora não tenham sido acolhidos as teses defendidas pelo ministro Gilmar Mendes e pela ministra Rosa Weber, ainda assim são válidos, pois não há empecilho para que a Administração Pública deixe de aplicar lei ou ato normativo inconstitucional ou interpretação tida como incompatível com o texto constitucional pelo STF. Ademais, não seria racional conceber a possibilidade de a Administração Pública desprezar determinada interpretação conferida pelo STF.

Nada obstante, o julgado da Segunda Turma do STF, no RE n. 1.336.854 AgR/RS, de 9/3/2022, traz uma melhor compreensão do dimensionamento do precedente no MS n. 35.410/DF.

No acórdão do RE n. 1.336.854 AgR/RS, o relator ministro Edson Fachin afirmou que a “Suprema Corte tem entendido que a possibilidade dos Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade representa, como via de regra, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos”, a propósito do voto proferido no MS n. 35.812/DF, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, de 10/5/2021.

Isso porque, embora o julgamento dos MSs n. 35.410/DF n. 35.812/DF tenham ocorrido na mesma sessão plenária, de 13/4/2021, as publicações dos acórdãos ocorreram em datas diferentes. Enquanto o primeiro se deu em 6/5/2021, o segundo se deu em 10/5/2021. O que, possivelmente, conferiu margem para um melhor aprimoramento dos fundamentos do segundo acórdão publicado.

É que, em análise mais detida do MS n. 35.812/DF, o relator, ministro Alexandre de Moraes, chegou à conclusão de que a atuação do TCU, inevitavelmente, “também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes no âmbito daquele tribunal”.

A partir desse detalhamento, a Segunda Turma do STF, no RE n. 1.336.854 AgR/RS, recepcionou a argumentação, por unanimidade, de que a jurisprudência firmada acerca da impossibilidade de Tribunais de Contas procederem à análise da constitucionalidade em atos administrativos submetidos à sua inspeção não se limita àquela com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Ou seja, a mera possibilidade de Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade representa, por si só, um alargamento indevido da competência fiscalizadora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, frente à ausência de função jurisdicional dos órgãos administrativos.

Assim, a partir do MS n. 35.812/DF, chega-se à conclusão de que análise de constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo TCU resultaria em obrigar, a partir de um caso concreto, toda a Administração Pública Federal a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (efeitos vinculantes).

Portanto, se a *ratio decidendi* do RE n. 1.336.854 AgR/RS (9/3/2022) for confirmada eventualmente pelo Tribunal Pleno do STF, é factível a inviabilização da apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo por órgãos não jurisdicionais, segundo duas vertentes:

- a) em obediência ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, o órgão não jurisdicional terá de se abster de realizar a apreciação de constitucionalidade de lei ou ato normativo, para não incorrer no que tem sido estabelecido como “usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo”; ou
- b) pelo voto da maioria absoluta de seus membros, o órgão não jurisdicional teria possibilidade de aplicar a jurisprudência uniforme do STF no caso concreto e concluir pelo afastamento ou pela aplicação de determinado ato normativo, tendo em vista a sua (in)compatibilidade com o texto constitucional, segundo a interpretação do próprio STF.

Diante dessas estreitas possibilidades, tem-se que a possibilidade de Tribunais de Contas (ou órgãos não jurisdicionais), pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afastarem a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, somente em “jogo de matéria pacificada pela Suprema Corte”, embora seja uma acepção extremada,

como preleciona a doutrina de Lenza (2020, p. 290), é ainda melhor, ou muito melhor, que a abstenção total de qualquer exercício.

Por outro viés, tem-se verificada uma questão que torna a medida ainda mais severa quando se avalia o impacto sobre todos os níveis da Federação da República, em especial o municipal. Inclusive, o Distrito Federal é um exemplo de produtor contumaz de leis inconstitucionais seja por vício formal (iniciativa), seja por vício material (reserva constitucional).

No portal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFDT na internet, há duas páginas dedica exclusivamente à publicidade de “normas distritais declaradas inconstitucionais”, diferenciando entre as declaradas pelo Conselho Especial do TJDFDT⁵⁶ e pelo Plenário do STF⁵⁷. Apenas no caso de “Leis Distritais”, o órgão especial do TJDFDT⁵⁸ declarou 594 vezes, entre 1985 e 2022, enquanto o Plenário do STF⁵⁹ declarou 96 vezes, entre 1993 e 2021 (última modificação: 25/06/2021 11:30).

Assim, vê-se um indicativo de que a proximidade da fonte de produção normativa poderia levar a uma maior celeridade/efetividade do controle de leis ou atos normativos inconstitucionais, mas, frise-se, é apenas um indicativo.

Ocorre que, em muitos casos, dentro de uma realidade longínqua das capitais e dos centros urbanos, é o TCU, ou os TCEs, o responsável pela análise da aplicação e da utilização de recursos oriundos do Tesouro Nacional, que, ao se deparar com atos ou normativos flagrantemente inconstitucionais, vê-se na obrigação de afastá-los para salvaguardar o erário (ALMEIDA, 2021).

Deve-se, sobretudo, sopesar a possibilidade de órgãos não jurisdicionais (TCU, TCEs, CNJ e CNMP) poderem exercer, ainda que por um suspiro, a apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo em conformidade com as peculiaridades do caso concreto, como um primeiro estágio à efetiva proteção de direitos fundamentais, não muito raros de serem violados neste país de extremos.

⁵⁶ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/inconstitucionalidades/conselho-especial/normas-declaradas-inconstitucionais-pelo-conselho-especial-do-tjdft>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁵⁷ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/inconstitucionalidades/plenario-do-stf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁵⁸ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/inconstitucionalidades/lei-distrital>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁵⁹ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/inconstitucionalidades/lei-distrital-1/pagina-1>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Thaíse Gonçalves. O futuro do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas no Brasil. In Escola de Contas do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, 2021. Disponível em: <https://www.tcm.go.gov.br/escolatcm/artigo-o-futuro-do-controle-de-constitucionalidade-exercido-pelos-tribunais-de-contas-no-brasil/>. Acesso em: 20 maio. 2022.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, Volume 30, n. 82, out/dez/ 1999, p. 253-262. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113>. Acesso em; 12 abr. 2022.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. TCU: Presença na História Nacional. In BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998*: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, 1999. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF226D053E0>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 387–397, 1990. DOI: 10.12660/rda.v0.1990.46278. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46278>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional moderno: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de Contas. In Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1891. 18 v. 3 t.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 270-280.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, Planalto. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de nov. 2019.

BRASIL, Planalto. Decreto n. 966-A de 7 de novembro de 1890. Criação do Tribunal de Contas da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html. Acesso em: 3 de dez. 2020.

BRASIL, Planalto. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13 de nov. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 12 de dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Conhecendo o Tribunal. 8ª edição. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/conhecendo-o-tribunal.htm>. Acesso em: 18 maio. 2022.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. TCU e as constituições. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm>. Acesso em 3 de dez. 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Vade mecum de jurisprudência dizer o direito. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

COUTO, Devisom Carlos de França. “*O controle judicial do julgamento de contas realizado pelo TCU: parâmetros de legitimação*”. In Repositório Institucional do Banco Nacional de Desenvolvimento Institucional - BNDS, 2013. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/1741>. Acesso em: 8/12/2020.

DANTAS, Fábio Wilder da Silva. A jurisdição especial do Tribunal de Contas. Orientador: Prof. Alexandre Freire Pimentel. 2016. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, 2016. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/581/1/fabio_wilder_silva_dantas.pdf. Acesso em: 20 maio. 2022.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura. São Paulo: Editora Singular, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado”. In Revista de informação legislativa - Biblioteca Digital do Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/483>. Acesso em: 8/12/2020.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho & BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. “Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional”. In Revista de informação legislativa - Biblioteca Digital do Senado Federal, 2011, p. 105-131. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>. Acesso em: 8/12/2020.

FERNANDES DO NASCIMENTO, L. Letramento dominante e prática social: reflexões sobre a linguagem jurídica e a relação de poder com o jurisdicionado. Letrônica, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 1–9, 2021. DOI 10.15448/1984-4301.2021.2.38712. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=151945173&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 4 nov. 2021.

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbabilidade por quebra de princípios. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 258, p. 141–167, 2011. DOI: 10.12660/rda.v258.2011.8612. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8612>. Acesso em: 15 abr. 2022.

GOMES, Maria Alice Pinheiro Nogueira. “Judicialização do controle externo: limite à atuação do Poder Judiciário sobre os atos do Tribunal de Contas”. In Revista Controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/551>. Acesso em: 8 dez. 2020.

GREGÓRIO, Carlos Eduardo Róllo. A natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas da União. Orientador: Prof. Leandro Zannoni Apolinário de Alencar. 2012. 52 p. Monografia (Pós-graduação em Direito e Jurisdição) – Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA, 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B21110852E2>. Acesso em: 23 jun. 2022.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? RBDP, n. 47, p. 209-230, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19207>. Acesso em: 18 maio. 2022.

KANIA, Cláudio Augusto. Relevância Constitucional dos Tribunais de Contas no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. Esquematizado: Direito Constitucional (livro eletrônico). São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LIMA, E. P. Os Tribunais de Contas e a sociedade. Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Fortaleza, 16 de ago. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2lyInMk>. Acesso em: 3 de dez. 2019.

LIRA, José Pereira. O tribunal de constas e o ministério republicano de Serzedelo Correia. Revista do Serviço Público, ano 1959, v. 85, n. 2 e 3, p. 102-112. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/201> Acesso em: 12 abr. 2022.

LOBO, Cândido. Autarquia - Ordem dos Advogados - Prestação de contas ao Tribunal de Contas da União. Revista De Direito Administrativo, 29, 124–147. São Paulo, 1952a. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12457/11357>. Acesso em 19 mar. 2022.

LOBO, Cândido. Autarquia - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Prestação de contas ao Tribunal de Contas. Revista De Direito Administrativo, 29, 147–182. São Paulo, 1952b. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12457/11357>. Acesso em: 19 mar. 2022.

MAGALHÃES, Dario Almeida. Ordem dos Advogados do Brasil - sua natureza jurídica, seus poderes, funções e encargos - conceito de autarquia e face da doutrina e da lei - prestação de contas ao Tribunal de Contas. Revista De Direito Administrativo, 20, 340–351. São Paulo, 1950. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11582/10522>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MARIUTTI, Francesca Raglione. Tribunais de Contas ou Tribunais Constitucionais? Uma análise da Súmula n. 347/STF. Orientador: Rodolfo da Costa Arruda Silva. 2021. 57 f. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2022/02/FrancescaMariutti.pdf>. Acesso em: 19 maio. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra ‘indiferença’ à regulação. *In* Consultor Jurídico - Opinião, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniaio-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao>. Acesso em: 8/12/2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Grandes desafios do controle da administração pública. Fórum de contratação e gestão pública, ano 9, n. 100, pp.1-34, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>. Acesso em: 16/3/2022.

MARTINS, A. Controle externo e *drift institucional* na Primeira República. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, RJ, 2022. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/85570>. Acesso em: 13 abr. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 34, n. 134. Brasília: Senado Federal, abril-junho de 1997, p. 18-19. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/220/r134-02.PDF?sequence=4>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Álvaro Guilherme. *Mudança institucional do Tribunal de Contas: os oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização do Brasil*. Orientador: Charles Pessanha. 2009. 154 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://minerva.ufrj.br/F/?func=direct&doc_number=000759190&local_base=UFR01#.YoXG05PMJD8. Acesso em: 19 maio. 2022.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. *Revista Forense*. Vol. 79, n. 284, outubro-dezembro de 1983, p. 101-119;

MORAES, Alexandre de. *Controle externo do Poder Judiciário – inconstitucionalidade*. In *Revista de informação legislativa - Biblioteca Digital do Senado Federal*, 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/418>. Acesso em: 8/12/2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo no século XXI: um instrumento da democracia substantiva. *Revista da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 9-23, jul.-set. 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista59/revista59_9.pdf. Acesso em: 19 maio. 2022.

NERY JUNIOR, Nelson, ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro (livro eletrônico)*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Matheus Menelli de. “A *controvérsia acerca da natureza jurídica do Tribunal de Contas da união e de suas decisões*”. 5 de jul. 2019. Artigo. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/matheus_oliveira.pdf. Acesso em: 3/12/2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação da Administração à juridicidade*. Coimbra: Almeida, 2017.

PEIXOTO, Floriano. Vieira. (1893). Mensagem dirigida ao Congresso Nacional pelo Marechal Floriano Peixoto, vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, por ocasião de abrir-se a 3ª sessão ordinária da 1ª legislatura. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles/126#?c=4&m=0&s=0&cv=0&r=0&xywh=-1451%2C179%2C5060%2C3570>. Acesso em: 13 abr. 2022.

PEIXOTO, Floriano Vieira. (1894). Mensagem dirigida ao Congresso Nacional pelo Marechal Floriano Peixoto, vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, por ocasião de abrir-se a 1ª sessão ordinária da 2ª legislatura. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional. Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles/126#?c=0&m=2&s=0&cv=0&r=0&xywh=-3459%2C317%2C9012%2C3844>. Acesso em: 13 abr. 2022.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Orientador: Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. 2016. 358 f. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Control_e_Admnistracao_Publica_pelo_TCU_INT_EGRAL.pdf. Acesso em: 19 maio. 2022.

ROSILHO, André Janjácomo. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartir Latin, 2019.

RUSSELL, João Frederico Mourão. *Autarquias - prestação de contas - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial*. *Revista De Direito Administrativo*, 22, 234–238. São Paulo, 1950. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11778/10712>. Acesso em 19/3/2022.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. *O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje*. In BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras*. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, 1999. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF226D053E0>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Direito, correção normativa e institucionalização da justiça*. *Revista de Direito do Estado*. São Paulo, a. 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998*: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, 1999. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AF226D053E0>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia (atual.). 28ª ed. Rio de Janeiro: 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 132.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 257, p. 111–144, 2011. DOI: 10.12660/rda.v. 257.2011.8589. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8589>. Acesso em: 18 maio. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Controle sabotando controle. *Jota*, 22 mar. 2017. Disponível em: < <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/11/Controle-sabotando-controle-JOTA-Info.pdf> >. Acesso em 16 mar. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. “O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos”. In *Revista Direito FGV*. V13 n. 3, 2017, p. 866-890. SSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73331>>. Acesso em: 8/12/2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almeida Brasil, 2020.

TRISTÃO, Conrado Valentini. *Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir dos julgamentos de mandados de segurança*. Orientador: Carlos Ari Sundfeld. 2020. 101 f. Dissertação (mestrado) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/29280> Acesso em: 16 mar. 2022.

VILLAR, Mauro Salles (coord.). *Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos*. 2ª edição. São Paulo: Publifolha, 2008.