

Data do recebimento: 5/06/2021

Data do Aceite: 11/08/2021

.....

# INVALIDIDADE DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS LEGISLATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: UM SILÊNCIO ELOQUENTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

.....

THE INVALIDITY OF CONCRETE CONTROL OF  
CONSTITUTIONALITY BY THE FEDERAL AUDIT  
COURT UPON LEGISLATIVE ACTS: AN ELOQUENT  
SILENCE OF THE 1988 REPUBLIC CONSTITUTION

Eduardo Raffa Valente<sup>1</sup>

Thiago Aguiar de Pádua<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Noções gerais sobre o controle de constitucionalidade; 2 Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade; 3 Natureza jurídica dos atos praticados pelo Tribunal de Contas; 4 Invalidade da realização do controle de constitucionalidade dos atos legislativos pelo Tribunal de Contas da união; 5 Conclusão; Referências.

---

1 - Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Procurador Federal da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4518386629162391>.

2 - Pós-Doutoramento em Direito (Perugia, Univali e UnB). Doutor e Mestre em Direito no UNICEUB. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito do UDF. Membro da Academia Brasileira de Letras - ABrL. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC. Membro da - Associação Brasileira de Processo Civil - ABPC. Membro da Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM. Ex-assessor de ministro do STF. Advogado. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3028359492754395>.



**RESUMO:** o artigo objetiva investigar a possibilidade do exercício do controle in concreto de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, realizado de forma incidental nos casos sujeitos à sua apreciação, após o advento da Constituição da República de 1988, tendo em vista a acirrada divergência doutrinária, bem como a pendência de consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A partir da análise de casos, de pesquisas bibliográficas e da utilização de métodos de hermenêutica jurídica geral e constitucional, é possível delimitar a função estatal exercida pelo TCU, assim como a extensão e profundidade das competências atribuídas ao órgão pela Constituição de 1988, para, ao final, concluir-se no sentido da impossibilidade jurídica do exame concreto de constitucionalidade de atos legislativos pelo TCU.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade. TCU. Atos Legislativos. Reserva de Jurisdição. Função Administrativa.

**ABSTRACT:** the article aims to investigate the possibility of concrete constitutionality review by the Federal Audit Court, carried out incidentally in cases under its judgment, after the advent of the Brazilian Republic Constitution in 1988, considering doctrinal divergences, as well as the pending consolidation of the Federal Supreme Court's jurisprudence about the subject. Parting from case study, bibliographic research and application of general legal and constitutional hermeneutics, it is possible to identify the state function executed by the Federal Audit Court, along with the extension and depth of jurisdiction assigned to this body of government by the Constitution of 1988. The article concludes towards legal impossibility of constitutionality control of legislative acts by that Court.

**KEYWORDS:** Control of Constitutionality. Federal Audit Court. Legislative Acts. Judicial Reserve. Administrative Function.

## INTRODUÇÃO

A validade do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União (TCU) é objeto de décadas de debate doutrinário e jurisprudencial. Se há certa pacificidade quanto à invalidade do controle abstrato de normas pela Corte de Contas, o mesmo não se pode dizer em relação ao controle *in concreto*, realizado de forma incidental nos casos sob julgamento pelo órgão.

A discussão ganha fôlego diante da Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. O enunciado, aprovado em sessão plenária ocorrida em 13 de dezembro de 1963, ainda não foi objeto de apreciação pelo Plenário da Corte, após a promulgação da Constituição da República de 1988 (CRFB), no exercício da competência prescrita pelo art. 7º, inciso VII, do seu Regimento Interno (RISTF).

A aludida súmula baseia-se em interpretação conferida ao art. 77 da Constituição Federal de 1946, realizada no âmbito do julgamento do Mandado de Segurança (MS) n.º 8.372/CE, em 11 de dezembro de 1961, cujas razões do voto condutor do ministro relator, Pedro Chaves, congregaram diminuta carga argumentativa para justificar a conclusão, conforme será demonstrado adiante.

Noutro lado, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, tendo basicamente o princípio da supremacia da Constituição e a envergadura constitucional da Corte de Contas da União como premissas, substanciosos trabalhos monográficos foram desenvolvidos no campo doutrinário com silogismo favorável ao controle concreto de constitucionalidade pelo TCU.

Entretanto, essas premissas, por si sós, não são suficientes para justificar a validade do controle de constitucionalidade pelo TCU, ainda que exercido de forma incidental. Com efeito, ao invés de redundar em respeito à Constituição e na sua manutenção no patamar cimeiro do sistema jurídico-positivo, a adoção indiscriminada e isolada do princípio da supremacia da Constituição no campo da sindicância da constitucionalidade das leis pode resultar justamente no efeito contrário de fragilização da sua força normativa.

Diante disso, este trabalho objetiva analisar a temática da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos pelo Tribunal de Contas da União, na vigência da Constituição da República de 1988. Para tanto, é necessário abordar algumas noções gerais sobre o instituto do controle de constitucionalidade, a natureza jurídica da função exercida pelo TCU no exercício da sua atividade finalística e, por fim, tratar da validade ou não da realização de controle de constitucionalidade em concreto pelo órgão de contas.

Por último, mas não menos importante, convém elucidar que o emprego do substantivo “validade”, em vez de “possibilidade”, “admissibilidade” etc., deriva do modo como concebemos o direito positivo e a Ciência do Direito: o primeiro como um sistema de normas jurídicas postas pelo Estado, caracterizado por uma linguagem com função prescritiva (lógica deôntica), cujas valências são validade e invalidade, enquanto a Ciência do Direito encerra uma metalinguagem descritiva (lógica alética) em relação ao direito positivo (linguagem objeto), cujas valências são verdade e falsidade.

## 1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico-positivo encerra um sistema de normas jurídicas válidas postas pelo Estado, no exercício da sua soberania, que se manifestam unicamente por meio da linguagem prescritiva, em um dos seus únicos três modais deônticos possíveis: obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V).

A norma jurídica é a significação obtida a partir da leitura dos textos do direito positivo (CARVALHO, 2014, p. 38). O suporte físico (texto) pode, por vezes, se manifestar por meio de uma linguagem descritiva. No entanto, o produto da interpretação (significação), representado pela norma jurídica, sempre redundará em uma prescrição (dever ser), seja para obrigar, permitir ou proibir determinada conduta: “se H (hipótese) é, deve ser O, P ou V”.

É o que ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao explicar que o *funtor* deôntico pode estar somente implícito, como no “(...) caso da maioria das normas penais que proíbem comportamentos, ao imputar-lhes uma sanção: matar alguém, pena de 20 anos de prisão” (2003, p. 125).

As normas do ordenamento jurídico estão estruturadas de forma hierarquizada, o que implica a existência de uma norma suprema, com a qual todas as demais normas inferiores devem estar em conformidade. Essa norma suprema, que confere *unidade* ao sistema e o caracteriza como tal, é a constituição do Estado. Seu ponto final de referência é o poder constituinte originário, cuja legitimidade decorre de uma norma fundamental, a qual não é expressa, mas pressuposta com o objetivo de fundar o sistema (norma pressuposta fundamental), de forma que a busca pelo seu fundamento implica sair do sistema, pois não se trata de um problema jurídico propriamente dito, mas jusfilosófico; uma discussão sobre a justificação do poder em sentido absoluto (BOBBIO, 2014, p. 58-69; KELSEN, 1998, p. 221-228).

Essa estrutura una e escalonada do sistema jurídico-positivo redundando na intuitiva necessidade da existência de algum sistema de controle da validade das normas subalternas em relação à norma fundamental. Todavia, a configuração do sistema de sindicância da constitucionalidade das normas encerra mais um problema jurídico-positivo do que lógico-jurídico, eis que depende do tratamento dado pela constituição de cada país.

O controle da constitucionalidade das leis pelos órgãos do Poder Judiciário, ou por uma Corte Constitucional específica, apresenta-se como um instituto relativamente novo na história contemporânea ocidental, que remete à superação do dogma da soberania do parlamento.

Guardadas algumas originalidades históricas latino-americanas, como as apontadas por André Ramos Tavares (2014, p. 245-262), a doutrina trata o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, como o primeiro precedente de controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário (*judicial review*), mesmo sem previsão expressa na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. João Carlos Souto traz interessante trecho do voto prevalente do *chief justice*, John Marshall, no caso:

A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível [...]

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consonante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência da função judicial.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam (2015, p. 23).

O voto de Marshall estabeleceu os dois pressupostos fundamentais para o controle judicial de constitucionalidade das normas: (a) a *supremacia da constituição* e (b) a *rigidez constitucional*, na medida em que as normas constitucionais estão sempre em posição de supremacia em relação às demais normas, e sua criação e modificação exige um processo mais complexo e solene do que o demandado para a criação e modificação das normas ordinárias. Com efeito, se as normas constitucionais fossem criadas e modificadas mediante adoção do mesmo processo para criação e modificação das normas infraconstitucionais, eventual contradição entre umas e outras não significaria inconstitucionalidade, mas simples revogação das primeiras pelas últimas.

Mais do que isso: *Marbury v. Madison* marca o nascimento do sistema difuso de controle de constitucionalidade, também batizado como sistema norte-americano, em contraposição ao sistema concentrado ou austríaco, que surgiria somente com a Constituição Austríaca, de 1º de outubro de 1920, sob influência de Hans Kelsen (CHEVALLIER, 2013, p. 68), com a criação de uma Corte Constitucional dotada de competência exclusiva para realizar o controle de constitucionalidade.

Contudo, embora a admissão do sistema de controle concreto de constitucionalidade decorra de uma lógica do sistema (questão lógico-jurídica), ao contrário do sistema de controle abstrato, que depende de previsão constitucional expressa (questão jurídico-positiva), como bem apontado pelo ministro Moreira Alves, no voto vista proferido no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 91.740, alguns sistemas jurídicos, ainda que fundados por constituições escritas, dotadas de supremacia e rigidez, vedam expressamente a realização da *judicial review* por qualquer juiz ou tribunal, atribuindo-se o monopólio da censura a uma Corte Constitucional, como ocorre na Alemanha, em que a competência está concentrada no Tribunal Constitucional Federal (art. 100, (1), da Lei Fundamental de Bonn).

Deste modo, o instituto do controle judicial de constitucionalidade encerra uma garantia de existência (CANOTILHO, 2003, p. 888) da Constituição, ínsita à função jurisdicional, mas sujeita à conformação a ela conferida pela Constituição de cada país (quando a admite), cuja gênese e evolução podem ser tributadas à sucessão de múltiplos eventos históricos.

## 2. SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição brasileira de 1988 criou um sistema peculiar de controle judicial de constitucionalidade, pois admite tanto a sindicância em concreto, por qualquer juiz ou tribunal, mediante controle realizado *incidenter tantum*, quanto o controle em abstrato, operado pela via de ação direta, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, ou, nos casos em que o paradigma de controle for a Constituição Estadual, no respectivo tribunal de justiça (CRFB, art. 125, § 2º).

A validade do controle realizado em concreto por qualquer juiz ou tribunal decorre da própria natureza da função jurisdicional, como bem pontuado no voto de Marshall em *Marbury v. Madison*, bem como da ausência de proibição constitucional expressa. Com efeito, a prescrição das cláusulas da separação e harmonia entre os Poderes (art. 2º), da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), da imutabilidade relativa da coisa julgada, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), da reserva de plenário (art. 97) e da competência do STF para julgar recursos extraordinários interpostos contra decisões judiciais proferidas em única ou última instância, que declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, inc. III, alíneas “b” e “c”), torna indene de dúvidas a admissão do controle difuso entre nós.

Noutro giro, o controle abstrato pela Suprema Corte, essencialmente operado mediante ação direta de inconstitucionalidade, ou por meio de ação declaratória de constitucionalidade, encontra escora no prescrito pelos artigos 102, inciso I, alínea “a”, e 103 da Constituição.

Em verdade, a competência para declarar a inconstitucionalidade propriamente dita, compreendida como a retirada da norma do ordenamento jurídico, é exclusiva do STF (eficácia *erga omnes*). O que os demais juízos podem fazer é resolver sobre a nulidade da norma como questão prejudicial de mérito, afastando-se sua aplicação no caso concreto, sem, todavia, retirá-la do sistema (eficácia *inter partes*), como pontuado por Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 201).

A exegese dos citados enunciados constitucionais também revela norma jurídica proibitiva da realização de controle *repressivo* de constitucionalidade dos atos normativos produzidos no âmbito do processo legislativo (art. 59) – atos eclodidos no exercício da função legislativa (atos legislativos) –, nas hipóteses em que qualquer órgão do Estado, inclusive os órgãos do Poder Judiciário, estejam no exercício da função administrativa. Em outras palavras, a Constituição da República submete o controle de constitucionalidade dos atos legislativos à cláusula de reserva de jurisdição.

A restrição da cláusula de reserva de jurisdição aos produtos do processo legislativo decorre do dever-poder de autotutela da Administração Pública sobre os seus próprios atos, o qual não só permite, como obriga que esta reconheça a invalidade dos atos administrativos inconstitucionais, o que, por óbvio, inclui os atos administrativos normativos – os denominados atos-regra (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 436) –, em virtude do dever de obediência ao princípio da legalidade prescrito pelos arts. 5º, inciso II, e 37 da Constituição, conforme explicitado no art. 53 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e cristalizado na Súmula n.º 473 do STF.

Assim, negar que a Administração Pública possa retirar um ato seu maculado pelo vício da inconstitucionalidade seria negar vigência ao próprio princípio da legalidade, bem como ao postulado do paralelismo das formas.

A abrangência do sistema de controle de constitucionalidade criado pela Constituição Cidadã, que inclui a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal apreciar a validade das leis, bem como substancial ampliação do rol de legitimados ativos para acionar a Suprema Corte pela via direta, inclusive mediante propositura de ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e a abstrativização do controle difuso, ensejada pela inclusão da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, tornam intuitiva a exclusividade da função jurisdicional quanto ao exame da constitucionalidade dos atos legislativos.

A intuição é corroborada pela posição dogmática do princípio da legalidade estrita (CRFB, art. 37) entre nós. Com efeito, conquanto o princípio da legalidade resida no continente do princípio da juridicidade, de modo que os agentes públicos devem submeter o agir ao sistema jurídico como um todo (Constituição, leis, decretos etc.), e não somente às leis formais, isso não pode redundar na automática conclusão de que a Administração Pública pode simplesmente negar obediência a um ato legislativo, por entendê-lo inconstitucional.

O ato de afastar a aplicação de um ato legislativo no caso concreto, por considerá-lo inconstitucional, quando no exercício da função administrativa, resulta em flagrante violação do princípio da legalidade estrita, o qual encerra postulado basilar do Estado Democrático de Direito, na medida em que garante que os agentes estatais somente agirão segundo os limites deônticos originariamente estabelecidos pelos representantes do povo, eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico. Nesse contexto, a apreciação da constitucionalidade de ato legislativo, por agentes públicos, no exercício da função administrativa, implica não só negativa do princípio da legalidade estrita, como também do princípio da democracia.

Não obstante, a arguição de constitucionalidade de atos legislativos sob o império da função administrativa fragiliza sobremaneira o princípio da vinculação do direito, o que, por conseguinte, implica debilidade excessiva do princípio da segurança jurídica. E, como assinalado por Kelsen, o princípio do Estado de Direito é, no essencial, o princípio da segurança jurídica (1998, p. 279).

Conquanto a função jurisdicional também esteja vinculada ao princípio da legalidade, o poder constituinte originário *reservou* ao Poder Judiciário, quando no exercício da sua função típica, a competência exclusiva para apreciar a constitucionalidade dos atos legislativos, como expressão do complexo mecanismo de freios e contrapesos ínsito à separação *harmônica* dos Poderes (*checks and balances*). Essa escolha política legitimadora do constituinte originário é a razão última pela qual a apreciação da constitucionalidade na intimidade da função jurisdicional não implica violação aos princípios da legalidade e da democracia, sem olvidar que a qualidade dos efeitos das decisões judiciais de se tornarem relativamente imutáveis (coisa julgada) garante um estado de calculabilidade aos destinatários dos pronunciamentos judiciais invalidantes.

Todavia, a cláusula de reserva de jurisdição comporta exceções expressas no texto constitucional. É o caso da sindicância da constitucionalidade das medidas provisórias pelas comissões

de constituição e justiça das casas do Congresso Nacional (art. 62, § 5º). Com efeito, medidas provisórias constituem nítidos atos legislativos, leis sob condição resolutiva, relacionadas no rol do art. 59 da Constituição (inc. V), editadas pelo presidente da República no exercício atípico da função legislativa.

Outra exceção constitucional expressa encontra assento na competência do Congresso Nacional, para editar decreto legislativo destinado a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, conforme dispõe o inciso V do art. 49 da Lei Magna.

Já a apreciação da constitucionalidade dos projetos de lei pelas comissões temáticas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como o veto jurídico do presidente da República (CRFB, art. 66, § 1º), não podem ser enquadradas como exceções à cláusula de reserva de jurisdição, uma vez que não se está a tratar, em qualquer dos dois casos, da fiscalização repressiva da invalidade de determinada norma, expurgando-a do sistema jurídico ou afastando sua aplicação no caso concreto, eis que norma jurídica ainda não há, senão o esboço de uma. Cuidam-se, como a doutrina costuma denominar, de espécies de controle preventivo de constitucionalidade, vocacionadas a evitar o inconveniente da promulgação de uma norma jurídica inválida.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Desde a instituição do Tribunal de Contas pelo Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, editado pelo Governo Provisório da República recém proclamada, por iniciativa de Rui Barbosa, a doutrina mantém intenso debate sobre a natureza jurídica dos atos praticados pelo órgão, dividido essencialmente entre duas correntes: a que entende que os atos têm natureza jurisdicional e a que os compreende como atos administrativos, conforme explicitado por José Cretella Júnior (1986, *passim*).

Alexandre Aroeira Salles (2018, p. 33) cita Pontes de Miranda e Seabra Fagundes como importantes adeptos da corrente jurisdicionalista, aos quais se opõem, como componentes da corrente administrativista, José Afonso da Silva (2014, p. 473), José Cretella Júnior (1986, p. 01), José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 1023-1024), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 742), entre outros.

O alinhamento a uma ou outra corrente depende do critério utilizado para a classificação das funções do Estado, na qualidade de “(...) regra para decidir o que é verdadeiro ou falso, o que se deve fazer ou não (...)” (ABBAGNANO, 2007, p. 223), cuja formulação não escapa de um mínimo de arbitrariedade, anunciado pela atividade de seleção dos elementos componentes da regra de julgamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 436) leciona que os critérios desenvolvidos pela doutrina para a classificação das funções do Estado podem ser reduzidos a dois: (i) o orgânico ou subjetivo e (ii) o objetivo, subdividido em (ii.1) material ou substancial e em (ii.2) formal.

O critério orgânico (ou subjetivo) classifica a função estatal a partir da identificação do produtor do ato. Assim, seriam legislativos *todos* os atos praticados pelos órgãos do Poder Legislativo, judiciais *todos* aqueles provenientes do Poder Judiciário e administrativos *todos* os oriun-



dos do Poder Executivo, o que basta para evidenciar a insuficiência da regra classificatória, tendo em vista a admissão constitucional do desempenho de funções típicas (proeminentes) e *atípicas* pelos organismos componentes do arranjo tripartido do poder do Estado.

O critério objetivo material busca enquadrar as funções do Estado a partir da delimitação de elementos supostamente intrínsecos a elas, de sorte que a característica da função legislativa seria a expedição de normas gerais e abstratas, a da jurisdicional à resolução de lides e a da administrativa à aplicação “prática” ou “concreta” do direito. Contudo, a atividade classificatória dos institutos jurídicos deve partir do regime jurídico que o próprio direito positivo lhes atribui, e não por características supostamente essenciais do objeto, indiferentes ao tratamento normativo conferido.

Nesse contexto, entendemos o *critério objetivo formal* como o mais adequado à missão categorizadora, na mesma linha de pensamento de Bandeira de Mello (2015, p. 32), porquanto pautado na captação de características exclusivamente extraídas do tratamento normativo correspondente a cada função, nos qualificativos que o sistema jurídico-positivo confere à matéria, sem cair na armadilha criada pelas hipóteses constitucionais de exercício atípico de funções por cada um dos Poderes e pela consideração de características “essenciais” alheias ao regime jurídico aplicável à espécie.

Assim, a função *legislativa* consiste naquela “(...) que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 35-36). A *jurisdicional*, na “função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 36), enquanto a função *administrativa* consiste na aplicação, normalmente *ex officio*, do direito ao caso concreto, geralmente pelo Poder Executivo e, atipicamente, pelos demais Poderes, cujos atos estão sempre sujeitos ao controle de juridicidade pelo Poder Judiciário, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos ao *controle de legalidade pelo Poder Judiciário* (itálicos do original) (2015, p. 36).

A adoção do critério formal como fator distintivo das funções do Estado torna a topologia constitucional do Tribunal de Contas *relativamente* indiferente ao nosso propósito. Mostra-se desnecessário determinar se é um órgão constitucional autônomo, ou se figura na estrutura do Poder Legislativo, salvante a indubitável identificação de que órgão do Poder Judiciário não o é, à vista do catálogo *numerus clausus* prescrito pelo art. 92 da CRFB. Basta-nos a delimitação taxonômica da função desempenhada pela Corte de Contas da União, no exercício das suas competências relacionadas no rol do art. 71 da Constituição da República, bem como a apreensão de que ela não é órgão do Poder Judiciário.

A identificação da função desempenhada pelo órgão de contas deve ser pautada pelo regime jurídico, aplicável às suas competências, sendo equivocado o apego à literalidade do texto constitucional, que traz nos seus artigos 71, inciso II, e 73, *caput*, os vocábulos “julgar” e “juris-

dição”, assim como a pertinência excessiva dedicada aos predicamentos e impedimentos da magistratura a que estão submetidos os ministros do TCU, pois vocacionados unicamente à garantia da independência da atuação desses agentes públicos.

Essa linha argumentativa, geralmente seguida por adeptos da corrente jurisdicionalista, não resiste ao arcabouço normativo delineado pela Constituição da República. Com efeito, a inapetência dos atos praticados pelo TCU para se tornarem definitivos, porquanto insuscetíveis de se revestirem da qualidade de coisa julgada, com a proteção conferida pelo inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, apresenta-se como o maior obstáculo para a imputação de natureza jurisdicional à função exercida pelo órgão.

O inciso XXXV, do mesmo dispositivo constitucional, prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional), de modo que, não figurando a Corte de Contas dentre os órgãos do Poder Judiciário, todos os seus atos são passíveis de sindicância jurisdicional, o que sepulta qualquer pretensão de definitividade e imunidade de controle.

Isso se confirma a partir da competência originária atribuída à Suprema Corte pela alínea “d” do inciso I do art. 102 da Constituição, cujo enunciado é específico quanto ao controle judicial dos atos editados pelo Tribunal de Contas da União:

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; (negritos nossos)

A definitividade, expressa pela coisa julgada, lançada como pilar do princípio da segurança jurídica pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, encerra qualidade (LIEBMAN, 1984, p. 37) da decisão *judicial* – proveniente, como visto, do Poder Judiciário, no exercício da sua função típica (jurisdicional) – contra a qual não haja mais possibilidade de recurso, na dicção do § 3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942) e do art. 502 do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

A propósito, cabe ressaltar que a reserva a ser dispensada à interpretação da Constituição a partir da lei não deve conduzir ao desprezo sumário de interpretações feitas pelo legislador, desde que dotadas de razoabilidade e compatibilidade com as normas constitucionais, como salientado por Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 98):

Não se confunda, afinal, interpretação da lei conforme a Constituição, procedimento, como visto, sancionado pela jurisprudência e doutrina, com a interpretação da Constituição conforme a lei, prática que encontra reservas nessas mesmas instâncias. A ad-

missibilidade sem a devida prudência de um tal exercício poderia levar à coonestação de inconstitucionalidades, deturpando-se o legítimo sentido da norma constitucional. Mas não é tampouco admissível desprezar a interpretação que o legislador efetua da norma da Carta ao editar a lei. Toda a cautela deve estar em não tomar como de necessário acolhimento a interpretação feita pelo legislador, evitando-se o equívoco de tratar o legislador como o intérprete definitivo da Constituição ou como o seu intérprete autêntico. À parte esse extremismo, não há por que não recolher da legislação sugestões de sentido das normas constitucionais. A propósito, não são poucas as ocasiões em que o constituinte eleva ao status constitucional conceitos e disposições pré-constitucionais, que foram desenvolvidos anteriormente pelo legislador infraconstitucional. Quando isso ocorre, cabe compreender esses conceitos como foram recebidos pelo constituinte e considerar que não mais estarão expostos à livre conformação do legislador. Assim, não se pode desprezar o conceito legal pré-constitucional do júri, para se deslindar o sentido da garantia do art. 5º, XXXVIII, da CF. Tampouco se há de prescindir do que o direito processual define como coisa julgada, para se delinear o significado do que assegura o art. 5º, XXXVI, da Carta. Não se perca de vista, porém, que as normas infraconstitucionais não hão de ter aplicação automática, devendo ter sempre o seu significado aferido pelo novo sistema constitucional, que pode ter-lhe modificado o sentido atribuído anteriormente.

Assim, a sujeição dos atos praticados pelo TCU ao controle judicial, alinhada à sua conseqüente inaptidão para formação de coisa julgada, redundam na inadmissibilidade lógica da atribuição de natureza jurisdicional à função desempenhada pelo órgão.

A constatação de que os atos lançados pelo órgão de contas, no desempenho de uma competência discricionária – por vezes classificada como “discricionariedade técnica” –, possuem um núcleo imune ao exame jurisdicional não os distancia da ontologia de qualquer outro ato administrativo, notadamente daqueles exercidos no âmbito de uma competência discricionária, nos quais sempre haverá um mérito limitante do controle judicial (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 23 e *passim*), diante do próprio desenho do mecanismo de “freios e contrapesos”, ínsito ao princípio da separação dos Poderes.

Flávio Garcia Cabral apresenta idêntico entendimento:

(...) temos que não há uma peculiaridade nos atos do Tribunal de Contas que demande uma caracterização diferenciada. Os limites do controle exercido quanto ao conteúdo das decisões do TCU ao realizar suas atribuições se referem justamente aos mesmos limites que o Poder Judiciário deve ter na análise do mérito dos atos administrativos em geral. Não se enxerga uma diferenciação quanto aos limites do controle a ser exercido pelo Judiciário que não exista em relação aos demais atos administrativos (ainda que o conteúdo das atividades do TCU tenha características próprias, não difere quanto ao limite do controle que sofre pelo Poder Judiciário) (2019, p. 266-267).

Noutro giro, como legislativos, também não podem ser classificados os atos praticados pelo Tribunal de Contas, porquanto servem à solução de casos concretos submetidos à sua apreciação, sem qualquer introdução de normas gerais no sistema jurídico, tampouco originariamente inovadoras.

Por fim, a norma jurídica, expressa pelo art. 2º da Constituição da República (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), impede a categorização dos atos editados pelo Tribunal de Contas da União noutra função do

Estado que não numa das três únicas admitidas pela Lei Fundamental: legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Deste modo, observa-se que não há sequer uma única competência atribuída pela norma constitucional ao Tribunal de Contas que possa ser enquadrada como exercício de função jurisdicional, tampouco como função legislativa. Enquadram-se todas elas como desempenho de função *administrativa*, eis que são cumpridas mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, estando todos os atos (*administrativos*) delas decorrentes sujeitos ao controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.

#### 4. INVALIDIDADE DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O art. 70 da Constituição da República atribui ao Congresso Nacional a função de controlador externo da gestão do patrimônio público da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O adjetivo “externo” pode parecer paradoxal, porque o Congresso Nacional é o órgão da União investido do Poder Legislativo (CRFB, art. 44), de modo que, como tal, é organicamente impossível que opere uma fiscalização externa ao corpo a que pertence, na mesma medida em que um indivíduo não pode olhar para si mesmo como se fosse um observador externo. Todavia, quer a expressão indicar, como se extrai da parte final do enunciado, que o papel do Congresso Nacional é efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades de todos os Poderes da União, sem prejuízo do controle interno de cada um deles.

O exercício desse controle externo é desempenhado com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos limites do plexo de competências que lhe é atribuído pelo rol taxativo do art. 71 da Lei Maior.

No desempenho das suas competências constitucionais, não é incomum que o TCU se depare com atos legislativos federais, estaduais ou municipais que, na avaliação dos seus membros, são inconstitucionais. Entretanto, há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de o órgão afastar a aplicação dos atos tidos por inconstitucionais nos casos concretos submetidos ao seu julgamento.

O entendimento pacífico da Corte de Contas é no sentido da validade da declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade de atos legislativos, afastando-se a aplicação da norma inválida no caso concreto, inclusive cristalizado nos artigos 16, inciso VI; 17, § 3º; e 28, inciso X, do seu Regimento Interno, como pode ser extraído do decidido pelos Acórdãos n.º 2000/2017-Plenário, 1758/2018-Plenário e 963/2019-Plenário.

As decisões proferidas pelo TCU fundam-se em basicamente duas premissas: o princípio da supremacia da Constituição e a sobrevivência da Súmula n.º 347, do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado admite a sindicância da constitucionalidade das leis pelo órgão ancilar do Poder Legislativo: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.



Contudo, cuida-se de enunciado aprovado em sessão plenária, ocorrida em 13 de dezembro de 1963, em interpretação conferida ao art. 77 da Constituição Federal de 1946, com base em precedente julgado dois anos antes, em 11 de dezembro de 1961.

O precedente que ensejou a aprovação da súmula foi o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n.º 8.372/CE, cujas razões do voto condutor do ministro relator, Pedro Chaves, deixaram clara a impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas, o que, no entender da composição da época, diferenciava-se da não aplicação da lei:

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.

Todavia, cuida-se de silogismo estabelecido na intimidade de um contexto normativo substancialmente diverso do atual, em que sequer existia o controle abstrato de constitucionalidade das leis como conhecemos hoje, o qual somente foi introduzido dois anos depois, com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, de sorte que não seria exagero atribuir o rumo da decisão mais a razões de política judiciária do que propriamente técnico-jurídicas, o que inclusive pode ser corroborado a partir da insignificante carga argumentativa do julgado à vista da sensibilidade doutrinária e jurisprudencial da controvérsia.

Isso levou o ministro Gilmar Mendes a decidir no sentido da inadmissão do controle concreto de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, após a promulgação da Constituição de 1988, em liminar conferida na Medida Cautelar (MC) no MS n.º 25.888/DF, na qual concluiu o seguinte:

Não me impressiona o teor da Súmula n.º 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 n.º 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

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

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

Razões semelhantes influenciaram a ministra Ellen Gracie a concluir no mesmo sentido, na decisão monocrática proferida na MC, no MS n.º 28.744/DF, assim como os ministros Alexandre de Moraes, em pronunciamento prolatado na MC, no MS n.º 35.410/DF, e Ricardo Lewandowski, em decisão lançada no âmbito da MC, no MS n.º 34.482/DF.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal também referendou o entendimento, no julgamento do MS n.º 35.494/DF, ao invalidar o Acórdão n.º 2.000/2017 do TCU, por ter realizado controle *in concreto* de constitucionalidade de determinados dispositivos legais.

As razões do voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, assentaram que, sob a égide da Constituição da República de 1988, é defeso à Corte de Contas realizar controle concreto – e, *a fortiori*, abstrato – de constitucionalidade das leis, sem olvidar que, a pretexto de promover o afastamento incidental de aplicação de lei federal considerada inconstitucional, o órgão não pode imprimir uma *transcendência aos efeitos do controle difuso* que não é atribuída pela Suprema Corte nem mesmo aos seus próprios julgados.

A *ratio decidendi* firmada nos fundamentos do voto do relator foi acompanhada, sem qualquer ressalva, por seis dos dez ministros que participaram do julgamento<sup>2</sup> realizado em sessão virtual<sup>3</sup>, o que revela uma nítida tendência de superação, pela Suprema Corte, do entendimento consolidado na Súmula n.º 347.

No terreno doutrinário também são cultivadas divergências em relação à possibilidade jurídica da realização de controle *in concreto* de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas. Com efeito, a corrente, que reputa válida a efetivação do controle, arrima sua conclusão, no geral e guardadas ligeiras variações, no princípio da supremacia da Constituição e na posição constitucional da Corte de Contas, a exemplo da opinião professada por Angélica Petian (2007), Danilo Galan Favoretto (2016), Ricardo Lobo Torres (1994) e Themístocles Brandão Cavalcanti (1972), enquanto a linha contrária se escora, em linhas gerais, na natureza jurídica da função exercida pelo órgão, no princípio da segurança jurídica e na inexistência de previsão constitucional para tanto, *verbi gratia* o defendido por Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 152) e Marçal Justen Filho (2012, p. 1081).

Parece-nos que, inobstante à natureza jurídica de função administrativa do feixe de competências exercido pela Corte de Contas, extrai-se, a partir dos onze incisos do art. 71 da Constituição da República, que os atos sujeitos à sua sindicância têm igualmente natureza de atos estatais, praticados no exercício da função administrativa. Em outros termos, não só os atos praticados pelo TCU são atos administrativos, como também os atos submetidos à sua apreciação, pela Lei Fundamental, são igualmente atos administrativos.

3 - Embora tenham acompanhado o relator, os ministros Luis Roberto Barroso e Rosa Weber ressaltaram entendimentos diversos ou parcialmente diversos do veiculado no voto condutor. Os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio de Mello divergiram integralmente do relator.

4 - Na mesma oportunidade, também houve o julgamento conjunto, no mesmo sentido, do mérito do MS n.º 35.410/DF, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes.



O inciso I cuida da *emissão de parecer prévio sobre contas*; o inciso II positiva a competência de *juízo de contas*; o inciso III revela a competência de *apreciação, para fins de registro*, da legalidade de atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; o inciso IV trata da *inspeção e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* em unidades administrativas ou particulares; os incisos V e VI prescrevem a competência de *fiscalização de contas nacionais de empresas supranacionais e de recursos repassados pela União*; o inciso VII versa sobre a *prestação de informações*; o inciso VIII abarca a competência de *aplicação de sanções previstas em lei*; o inciso IX, da *assinação de prazos*; o inciso X, sobre a *sustação da execução de ato impugnado*; e, por fim, o inciso XI, da competência de *representação à autoridade competente*.

Assim, o poder constituinte originário optou claramente por negar ao Tribunal de Contas o poder de sindicância sobre outros atos que não aqueles editados no exercício da função administrativa, de modo que não estão sob seu crivo os atos praticados no exercício das funções jurisdicional e legislativa. É dizer: somente o Poder Executivo tem seus atos *típicos* fiscalizados pelo TCU, enquanto somente os atos *atípicos* dos Poderes Legislativo e Judiciário, editados no exercício da função administrativa (atos administrativos), estão sujeitos ao controle.

Nesse contexto, admitir o controle de constitucionalidade dos atos legislativos pelo Tribunal de Contas, ainda que operado em concreto, de maneira incidental, nos casos sujeitos à sua apreciação, viola a opção do poder constituinte originário de negar-lhe tal competência, revelada por um *silêncio eloquente* à vista da analiticidade do texto constitucional, eis que, nos casos em que a Constituição pretendeu tratar de controle de constitucionalidade, ela o fez expressamente, a teor dos seus artigos 52, inciso X; 66, § 1º; 97; 102, incisos I, alíneas “a” e “p”, III, alínea “b”, e § 2º; 103, *caput* e §§ 2º e 3º; 103-A, § 2º; 125, § 2º; e 129, inciso IV, o que não se observa em qualquer um dos 37 dispositivos constitucionais dedicados ou relacionados ao Tribunal de Contas da União<sup>5</sup>.

A escolha originária de omissão deliberada de regulação é reafirmada pelo emprego do substantivo “legalidade” no *caput* do art. 70. Com efeito, embora o princípio da legalidade deva ser geralmente compreendido como um dever de agir conforme o direito (juridicidade), e não somente consoante à lei em sentido estrito, é expressiva a teleologia democrática da norma, no sentido não só de submeter os juízos do Tribunal de Contas à vontade popular veiculada pelos atos legislativos, como também de furtar-lhe a possibilidade de questionar a validade jurídica desses atos.

A invocação do princípio da supremacia da Constituição, como premissa básica do silogismo validante da realização de controle de constitucionalidade em concreto pelo Tribunal de Contas, ignora que o princípio pressupõe a supremacia da Constituição como um todo, e não em fatias ou aos pedaços. Significa dizer que a supremacia da Lei Maior implica também a obediência à delimitação das competências orgânicas por ela mesma estabelecida.

O princípio da supremacia constitucional também se manifesta por intermédio da reserva de constituição, em que o *princípio da tipicidade constitucional de competências* aparece como um dos seus canais de concretização. Canotilho anota que “o princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido [...], mas sim que os órgãos do estado só têm competências para fazer aquilo que a constituição lhes permite (...)” (CANOTILHO, 2003, p. 247).

5 - Quatro artigos, 12 parágrafos e 21 incisos entre os artigos 71 e 74 da Constituição.

Nessa medida, sob o discurso de atendimento à supremacia da Constituição, o que se faz, na verdade, ao admitir o controle de constitucionalidade dos atos legislativos pela Corte de Contas, é justamente desatendê-la, já que se atropela a reserva de jurisdição estabelecida para tanto, como expressão da tipicidade constitucional das competências.

O argumento também conduz a um silogismo logicamente insustentável, quando se tem como alvo países adeptos exclusivamente do controle concentrado de constitucionalidade, em que a competência, para tanto, *concentra-se* em uma Corte Constitucional, como na Alemanha, Áustria e Itália (DIMOULIS, 2017, p. 88), onde os demais juízos não estão autorizados a sindicarem a constitucionalidade das leis, quanto mais outros órgãos administrativos.

Nessa linha, o princípio da supremacia constitucional não encontraria assento em tais ordenamentos jurídicos, o que redundaria em uma dificuldade lógica insuperável, pois, se esses sistemas jurídicos preveem mecanismos de controle de constitucionalidade, é porque, obviamente, admitem, como premissa maior, a supremacia da Constituição sobre as demais normas do sistema. Assim, se a permissão para um órgão, no exercício da função administrativa, fiscalizar a constitucionalidade das leis decorresse unicamente do postulado da supremacia constitucional, e esses sistemas jurídicos proibem tal sindicância, eles não admitiriam a supremacia da Constituição, *ad infinitum*.

Ao fim e ao cabo, a adoção da premissa única do princípio da supremacia constitucional, sem consideração do princípio da unidade da Constituição no processo interpretativo – da totalidade do complexo normativo –, é suscetível de admitir qualquer espécie de aventura jurídica, inclusive em desprestígio da própria Constituição, eis que qualquer agente público, no exercício da função administrativa, assim como qualquer particular, poderia negar a obediência a qualquer norma jurídica infraconstitucional, sob o pretexto de reputá-la nula, instalando-se um grave quadro de insegurança jurídica. Assim, cada um teria sua própria Constituição, em detrimento do *sistema de interpretação autorizada* por ela mesma criado.

Destarte, a invocação do princípio da supremacia da Constituição, como premissa da conclusão em sentido favorável à fiscalização concreta da constitucionalidade dos atos legislativos pelo Tribunal de Contas da União, não resiste a um processo interpretativo da totalidade do contexto normativo-constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Os princípios da supremacia e da rigidez da Constituição eclodem como os dois pressupostos jurídicos básicos do instituto do controle de constitucionalidade das normas, em que o método difuso de fiscalização, por qualquer órgão judiciário, decorre de uma questão **lógica-jurídica** do sistema, embora algumas constituições expressamente proibam seu emprego, enquanto a modalidade concentrada de sindicância, monopolizada por um Tribunal Constitucional, apresenta-se como uma questão jurídico-positiva, dependente, portanto, do tratamento conferido pelo sistema jurídico de cada Estado.





A Constituição brasileira positivou um sistema misto de controle de constitucionalidade, porquanto permite a prática da fiscalização da validade das normas, mediante o manejo de ambos os métodos. Todavia, ressalvadas as exceções constitucionais expressas, mantém o poder de nulificação dos atos legislativos sob a cláusula da reserva de jurisdição.

Nessa medida, a prerrogativa de pronunciar a invalidade de normas inconstitucionais, pelos agentes públicos que estejam no desempenho da função administrativa, não se estende aos atos legislativos – produzidos na intimidade do processo legislativo (CRFB, art. 59) –, cuja fiscalização está reservada aos órgãos jurisdicionais.

O posicionamento taxonômico das competências do Tribunal de Contas da União, situado sob o critério objetivo-formal, revela que todas elas são expressões do exercício da função administrativa, donde os atos fiscalizados pelo órgão também são frutos, ou seja, encerram atos administrativos editados no contexto de fiscalização e controle de atos de igual natureza – de outros atos administrativos.

Deste modo, é defeso ao TCU realizar o controle de constitucionalidade de atos legislativos, eis que o feixe de competências do órgão não foi contemplado pelas exceções constitucionais expressas à cláusula de reserva de jurisdição.

Cuida-se de conclusão insuscetível de ser infirmada pela subsistência da Súmula n.º 347 do STF, pois se trata de verbete editado perante um ambiente histórico-normativo substancialmente distinto do hodierno, o que é corroborado pela tendência de revisão do enunciado pela Suprema Corte, manifestada em julgados proferidos pelo Plenário e em decisões monocráticas pronunciadas pelos seus membros.

Sob a égide da Constituição de 1988, que dedicou inédito e pormenorizado tratamento normativo ao regime jurídico do instituto do controle de constitucionalidade, assim como às competências e aos elementos orgânicos do TCU, não há como cogitar a existência de uma omissão indeliberada de regulação pelo poder constituinte originário, senão de um silêncio eloquente da Lei Fundamental, no sentido da incompetência do órgão de controle de contas para sindicarem a validade dos atos legislativos.

O princípio da supremacia da Constituição não pode servir como suporte jurídico de comportamentos nulificantes ou subtrativos da incidência de atos legislativos pelo Tribunal de Contas da União, pois a preeminência da Lei Maior exige a consideração da sua unidade, de sorte que o processo de interpretá-la observe a totalidade do contexto normativo-constitucional, o que inclui o respeito à divisão constitucional das competências entre os órgãos do Estado.

Portanto, a conclusão imposta pela ordem jurídico-constitucional é no sentido da vedação ao exercício do controle *in concreto* de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União, nos casos submetidos à sua apreciação.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança MS n.º 25.888/DF**. Decisão monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de março de 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.744**. Decisão monocrática. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho175430/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 34.482**. Decisão monocrática. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho700318/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 35.410/DF**. Decisão monocrática. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821865/false>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n.º 35.494**. Acórdão. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339197&text=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n.º 35.410/DF**. Acórdão. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n.º 91.740/RS**. Acórdão. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, 12 de março de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=185336>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 8.372**. Acórdão. Relator: Min. Pedro Chaves, 11 de dezembro de 1961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=8372&classe=RMS>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 963/2019**. Processo: 028.490/2017-7. Pedidos de reexame interpostos contra Acórdão que considerou legais atos de aposentadoria dos recorrentes e determinou a exclusão de seus proventos da vantagem do Bônus de Eficiência e Produtividade,



previsto na Lei 13.464/2017. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz, 30 de abril de 2019. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=662292>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n.º 1758/2018**. Processo: 028.617/2017-7. Pedidos de reexame, em processo de aposentadoria, contra deliberação que determinou a exclusão, nos proventos, de parcela imune de contribuição previdenciária. Plenário. Relator: Augusto Nardes, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=632995>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n.º 2000/2017**. Processo: 021.009/2017-1. Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 13 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=602501>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Qual a natureza da função exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU)? **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 01, ano 04, edição 01, p. 253-272, jan./jun. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – órgão constitucional – funções próprias e funções delegadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 109, p. 1-10, jul./set. 1972.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução de Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 166:1-16, out./dez. 1986.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



FAVORETTO, Danilo Galan. **Tribunais de contas e controle de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 194 p. Dissertação (Mestrado em Efetividade do Direito).

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PETIAN, Angélica. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo – Dir. Público – FA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, p. 17-29, abr. 2007.

SALLES, Alexandre Aroeira. **O processo nos tribunais de contas: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme à constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional - originalidades históricas e tipicidade latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 245-262, mai./ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

