

Os Tribunais de Contas Podem Apreciar a Constitucionalidade das Leis e Atos do Poder Público?

Can the Court of Auditors Assess the Constitutionality of Laws and Acts of the Public Authority?

LEONARDO JOSÉ RODRIGUES DO ESPÍRITO SANTO¹

DOI: <https://doi.org/10.23925/2764-8389.2022v2i1p182-210>

RESUMO: Trata-se de estudo que tem por objetivo examinar a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas a partir do exame do desenho constitucional dos órgãos de controle externo e da teoria das capacidades institucionais. Conclui-se que existe um direito fundamental à tutela efetiva e especializada de controle externo que inclui a sindicabilidade da constitucionalidade da lei e de atos normativos do poder público em face da Constituição financeira, ainda que se defenda que o controle difuso de constitucionalidade, nos moldes adotados pela Constituição brasileira, compete ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de Contas; controle de constitucionalidade; competência do Poder Judiciário; direito fundamental; tutela especializada.

ABSTRACT: This study aims to examine the possibility of exercising the control of constitutionality by the Courts of Auditors from the examination of the constitutional design of the external control bodies and the theory of institutional capacities. It concludes that there is a fundamental right to effective protection and specialized external control that includes the syndication of the constitutionality of the law and normative acts of the public power in the face of the financial Constitution, even if it is defended that the diffuse control of constitutionality is the responsibility of the Judiciary.

KEYWORDS: Courts of Accounts; constitutional review; jurisdiction of the Judiciary; fundamental right; specialized guardianship.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas?; 3. O controle em face da Constituição financeira; 4. Considerações finais; 5. Referências

¹ Leonardo José Rodrigues do Espírito Santo, ljres3137@gmail.com, Brasil, ID Lattes 4915829898028573; <http://lattes.cnpq.br/4915829898028573>, ORCID ID 0000-0002-5728496X, mestrando em direito constitucional pela PUC-SP, Auditor de Controle Externo, Advogado, Especialista em Direito Público, Docência do Ensino Superior, Processo Civil e Contabilidade Pública.

1. Introdução

Trata-se de artigo que tem por objetivo analisar a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade incidental ou difuso pelos Tribunais de Contas. É a partir do estudo da estrutura constitucional delineada ao longo de décadas, sob a égide das Constituições de 1934, 1937, 1946 e de 1988, que se tornará possível compreender a posição histórica do Supremo Tribunal, bem como suas recentes decisões, quanto ao verbete da Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (BRASIL, 1963).

A principal indagação terá por objetivo responder se o exercício de atividade jurisdicional e a competência do controle de legalidade das finanças públicas (art. 71, inciso IX) conferem ao Tribunais de Contas, a partir da Súmula 347 do STF, a prerrogativa de exercer o controle difuso de constitucionalidade. A questão fica ainda mais complexa quando se percebe que os Tribunais de Contas tutelam o exercício responsável da gestão pública e, através do controle público (controle externo), assumem papel central na promoção da justiça financeira material, também alçada à condição de direito fundamental, cuja base normativa se encontra fixada nos arts. 170, 150, e 3º da Constituição Federal.

Ressalte-se que o presente estudo não trata, em particular, do modelo de controle difuso brasileiro, mas sim do exame da possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, levando em consideração suas competências constitucionais, o exercício de funções jurisdicionais e administrativas, seu enquadramento jurídico na estrutura orgânica da Constituição e a primazia da sua atuação na proteção financeira da implementação dos direitos fundamentais, ou seja, um desenho institucional especial não conferido a outros órgãos administrativos.

2. Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas?

O controle de constitucionalidade exercido no âmbito dos Tribunais de Contas pode

ser analisado a partir da compreensão do sistema constitucional de proteção financeira dos direitos fundamentais, do direito constitucional organizatório, da teoria das capacidades institucionais e, finalmente, do reconhecimento do direito fundamental a uma tutela específica e especializada de controle externo.

Dentro desse contexto, podemos sustentar que os Tribunais de Contas podem, seja no exercício de funções jurisdicionais ou administrativas², desde que vinculados às suas competências institucionais, inclusive cautelarmente, deixar de aplicar ou autorizar a não aplicação, aos seus jurisdicionados, de lei ou ato normativo que entender inconstitucional, aplicar a técnica de interpretação conforme ou tomar providências para que a inconstitucionalidade seja afastada, em definitivo, pelo Poder Judiciário (FREITAS, 2011).

A Constituição Federal (CF/88) dispõe de forma bastante abrangente sobre a guarda e proteção da sua juridicidade, possibilitando o controle sistemático da constitucionalidade por diversos meios. Assim, muito embora, tenha atribuído a última palavra ao Supremo Tribunal Federal através das ações de controle de constitucionalidade e do controle incidental, a CF/88 deixa claro que, igualmente, cabe a todos os entes federados, sem exceção, protegê-la, de acordo com os artigos 23, 52 e 102, §2º.

Conforme demonstraremos, há posições doutrinárias que defendem que os Tribunais de Contas, por não disporem de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (sujeita à reserva de jurisdição), podem, apenas, na linha do entendimento da Suprema Corte, recusar-se a conferir aplicabilidade a normas inconstitucionais (negativa de

²Vandré Augusto Búrigo (2002, p. 48) ensina que o tema “recebeu tratamento especial por ocasião do XVII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, acontecido em setembro de 1993 na cidade de São Luís do Maranhão, quando foram levadas à aprovação três teses: ‘o controle de constitucionalidade e os Tribunais de Contas’ [...]; ‘as leis inconstitucionais e os Tribunais de Contas’ [...] e ‘a inconstitucionalidade das leis e atos normativos’[...]”. Ao final do encontro foram fixados os seguintes entendimentos: “1) A apreciação sobre a constitucionalidade das leis não pode ser entendida como um privilégio do Poder Judiciário; nesse sentido, podem os demais poderes do Estado e os Tribunais de Contas, de maneira adequadamente justificada, negar aplicabilidade aos atos normativos inconstitucionais, sendo-lhes lícito, pois, deixar de cumprir o mandamento sob o argumento de que este, por assim ser, representaria verdadeiro “câncer” no ordenamento jurídico [...]; 2) São as Cortes de Contas órgãos verdadeiramente autônomos, portanto, desvinculados de todos os poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), aos quais cabe também, por imperativo funcional, a missão de dizer o direito ao aplicar a lei frente ao caso concreto” (BÚRIGO, 2002, p. 48–49).

cumprimento), devendo-se, assim, distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, a qual é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado.

Ao nosso ver, o que se está sustentando, para segregar ao Poder Judiciário a designação controle de constitucionalidade, é o controle ampliado ou sistemático de constitucionalidade (FREITAS, 2011). Essa conclusão resultaria da compreensão de que o tipo de controle feito pela Corte de Contas, embora não possa ficar limitado à verificação da subsunção do ato infralegal à norma legal em sentido estrito, corresponde ao exame da compatibilização do ato controlado perante todo o sistema constitucional.

Nesse sentido, Afonso Aguiar e Márcio Aguiar (2008, p. 52) afirmam constar do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, a autorização para que os Tribunais de Contas possam apreciar a inconstitucionalidade da lei no caso concreto:

A ilegalidade de que trata o inciso IX do art. 71 da Constituição Federal – que pode levar o Tribunal de Contas a determinar a adequação do ato de impugnado à lei, ou mesmo a sua sustação e, no caso de contrato, a recomendação ao parlamento para que tome esta providência – não se restringe à desconformidade do ato com a norma infraconstitucional. Essa ilegalidade engloba a própria inconstitucionalidade. Não pode a Corte de Contas apreciar a constitucionalidade em tese de uma lei votada pelo Legislativo. Pode, entretanto, apreciar a constitucionalidade da lei no caso concreto de uma despesa sob seu crivo. Se a despesa foi feita com base em lei inconstitucional, deve o Tribunal de Contas detectar a inconstitucionalidade e declarar a ilicitude do ato de gestão financeira. É indiscutível que o tipo de controle feita pela Corte de Contas não pode ficar limitado a verificar a subsunção do ato à lei em sentido estrito. A leitura da legalidade do ato controlado deve ser feita com as lentes de todo o sistema constitucional. Ato legal é o que está em harmonia com todo o ordenamento jurídico, e não apenas com a lei. O Tribunal de Contas limita-se a deixar de aplicar, no caso concreto, a norma havida por inconstitucional, permanecendo ela vigente, no entanto, até que seja revogada ou retirada do ordenamento jurídico pela via da ação direta de inconstitucionalidade ou, ainda, pelo Senado Federal, no caso previsto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Búrigo (2002, p. 71) destaca que a atuação dos Tribunais de Contas caracteriza-se pelo:

[...] mero afastamento (da aplicabilidade frente ao caso concreto) da norma acoimada de inconstitucional, equivalendo, portanto, a uma negativa de cumprimento: isto sob o argumento de que o ato, afrontando a Constituição deve ter tido como inexistente, aplicando-se então as demais normas do ordenamento jurídico, simplesmente como se o ato inquinado sequer viesse a existir.

Significa dizer, de acordo com Coutinho (*apud* BÚRIGO, 2002, p. 72), que “aquele que obteve o pronunciamento da inconstitucionalidade consegue eximir-se do cumprimento da norma”, o que, contudo, não retira a norma considerada inconstitucional do ordenamento jurídico, tampouco autoriza que deixe de ser cumprida pelos jurisdicionados.

O autor ainda sustenta (2002, p. 73-74), através de um elenco de exemplos por si elaborado que os Tribunais de Contas podem: a) com espeque no art. 71, inciso III da Constituição, negar registro de ato de aposentadoria ou admissão de servidor com fundamento na inconstitucionalidade de lei na qual se apoiou o ato aposentador ou, em reverso, registrar ato de aposentadoria praticado a partir do não atendimento a dispositivo de lei entendida inconstitucional; b) com fundamento no art. 71, inciso II da Constituição, julgar regular as contas do administrador mesmo a despeito do descumprimento de norma, acaso constate a sua inconstitucionalidade; c) no cumprimento do art. 71, inciso IX ou do inciso X da Constituição, declarar a invalidade de contrato celebrado com supedâneo em lei inconstitucional, solicitando a anulação ou sustação ao Poder Legislativo; d) com supedâneo no art. 71, inciso II combinado com o inciso VIII da Constituição, determinar o ressarcimento de valores percebidos por agentes públicos com base em ato normativo declarado inconstitucional, ou em sentido contrário, deixar de aplicar nulidade por descumprimento de norma legal ou regulamentar em razão de entendê-la inconstitucional.

Búrigo adverte, porém, que o caso inverso do julgamento regular de contas do administrador mesmo quando atestado o descumprimento de normas — isto é, julgar irregular por observância de norma inconstitucional — não é comum:

[...] justamente porque ao administrador cabe precipuamente o cumprimento da lei e não questionamento amplo acerca de sua legitimidade ou validade formal ou material. Além disso, justamente em razão da presunção de constitucionalidade de que gozam os atos normativos, somente nos casos em que a inconstitucionalidade fosse absolutamente flagrante [...] e houvesse comprovado o dolo ou culpa grave por parte do administrador em cumpri-la, poder-se-ia atribuir-lhe responsabilidade (caso haja dano ao erário) (BÚRIGO, 2002, p. 73, nota de rodapé 19).

Já para Juarez Freitas (2011, p. 145-147), o controle exercido pelos Tribunais de Contas ocorre dentro dos seguintes parâmetros:

(a) ao Estado-administração incumbe realizar muito mais do que o simples controle da legalidade, pois, por exemplo, é chamado a empreender o controle previsto, de modo expresso, no art. 74 da CF: o controle precisa ser de eficácia (não simples aptidão para produzir efeitos jurídicos, mas concretização de objetivos fundamentais), o que acrescenta ineliminável cuidado com imposterável gama de deveres estatuidos pela Constituição, assim os relacionados à saúde (exs.: dever de fornecimento tempestivo de remédios para os carentes e dever de remover as pessoas das áreas de risco) e à educação (exs.: dever de matricular as crianças em escolas de qualidade e implementação de programas de atendimento às crianças vítimas de abusos de qualquer natureza). Mais: admite-se, em circunstâncias excepcionais, o bloqueio de recursos públicos, a despeito da regra do art. 100, da CF, justamente para fazer valer (topicamente) determinado direito fundamental. Cede a regra à hierarquização tópicosistemática dos direitos fundamentais; (b) ao Estado-administração, nas fronteiras e nos marcos constitucionais, máxime por meio dos integrantes das carreiras de Estado, cumpre levar a cabo o controle administrativo de constitucionalidade de ofício, se possível de índole cautelar, que permita motivadamente até a inaplicabilidade de lei ou de ato administrativo normativo, como sinal enfático da vinculação ao mandamento explícito de guarda da Constituição; (c) ao Estado-administração cumpre fortalecer, no âmbito da fiscalização dos atos e processos administrativos, a eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, com simétrica e proporcional sindicabilidade das políticas públicas, voltadas à correção das falhas de mercado e de governo [...].

O que se está pondo em discussão é a tentativa de distinguir a declaração de inconstitucionalidade da não aplicação de leis inconstitucionais (BRASIL, 2016a) em nome do direito fundamental à boa administração pública e do direito fundamental às finanças públicas equilibradas, que, segundo Juarez Freitas (2011), corresponde a operações jurídicas completamente diferentes.

No primeiro caso, o que existe, incidentalmente ou de forma abstrata, é, segundo Freitas (2011, p. 150), o julgamento da norma legal em face do ordenamento jurídico; decide-se sobre a própria lei para suprimir a sua eficácia, expurgá-la do mundo jurídico ou para atestar a sua validade em face da Constituição. Na outra hipótese, o pronunciamento da inconstitucionalidade autoriza o gestor a eximir-se do cumprimento da norma — o que não significa que a norma considerada inconstitucional pelo Tribunal de Contas será retirada do ordenamento jurídico e que as pessoas estarão autorizadas a descumpri-la, ou que ocorra a supressão pontual dos seus efeitos. Isso porque a decisão não atinge a norma jurídica que não é objeto do julgamento, isto é, não se diz o valor objetivo da norma no ordenamento jurídico, nem a decisão incide sobre a própria lei, emprestando-lhe validade ou suprimindo-a.

Trata-se, na perspectiva da negativa de cumprimento da lei inconstitucional, de autorização pontual, limitada a uma situação específica³ em que o gestor público obtém do órgão de controle externo autorização para não executar despesa ou praticar ato de gestão.

Nesses casos, o gestor pode desconsiderar, ocasionalmente, o texto legal desconforme, que deve ser visto como instrumento de orientação e proteção ao administrador público que busca na decisão do Tribunal de Contas a segurança necessária para agir em desacordo com a norma inconstitucional. Assim, o administrador tenta precaver-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade de responsabilização das transgressões em concreto⁴, quando de eventual julgamento de prestação de contas em face de despesa potencialmente inconstitucional.

Neste panorama, não se teria um controle⁵ difuso ou incidental de constitucionalidade nos moldes adotados pelo Brasil, de inspiração americana (modelo do *judicial review*, difuso incidental ou concreto), cuja declaração está atrelada à competência do Poder Judiciário (jurisdição constitucional), mas a possibilidade de os Tribunais de Contas autorizarem a prática de ato de gestão contrariamente às disposições legais por estarem em desconformidade com as normas constitucionais (juízo incidental) inseridas no âmbito da atividade financeira do Estado (BRAGA, 2020).

Pode-se nitidamente perceber esta opção do Poder Constituinte da leitura do art. 102, III, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou mesmo julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (BRASIL, 1988).

Vejamos como ocorre na prática a atuação do Tribunal de Contas da União, tomando

³ Nesse sentido, confira-se ementa do Acórdão 2.391/2017 TCU: “A possibilidade de o TCU apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (Súmula STF 347) está adstrita ao exame de caso concreto, sem alcançar consulta sobre caso hipotético” (BRASIL, 2017).

⁴ Cf. STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12 (BRASIL, 2006).

⁵ Com efeito, nem a Súmula 347 do STF fala em controle de constitucionalidade, mas sim em apreciar a constitucionalidade de temas vinculados à competência dos Tribunais de Contas. Disponível em <https://portal.stf.jus.br>.

como exemplo a decisão monocrática do Ministro Bruno Dantas, proferida no processo de Representação n.º 011.564/2020-2⁶, formulada pelo Secretário Executivo do Ministério da Economia, com pedido de medida cautelar, em face de potenciais despesas criadas pelo Poder Legislativo com aptidão de implicar elevado aumento dos gastos com benefício assistencial sem os requisitos orçamentários e fiscais previstos no ordenamento vigente⁷:

Verifico que não se trata aqui de qualquer tentativa de controle de constitucionalidade da norma, mas do controle da regularidade da execução da despesa dela decorrente, sob a ótica das finanças públicas. Por essa razão, naquela ocasião o Tribunal concluiu que “medidas legislativas aprovadas sem a devida adequação orçamentária e financeira e em inobservância ao que determina a legislação vigente são inexecutáveis”, tendo em vista que, não obstante existentes com a promulgação e presumidamente válidas, não entram no plano da eficácia, “justamente por não atenderem ao disposto no art. 167 da CF/88, art. 113 do ADCT, arts. 15, 16 e 17 da LRF, e na respectiva LDO”. Seguindo a tese fixada no precedente, a consequência pela inobservância dessas normas de direito financeiro é a inexecutabilidade da medida legislativa, em virtude de sua ineficácia, enquanto não cumprida a legislação. A par do exposto, decido: determinar, em razão do pedido formulado pelo representante, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno, ao Ministério da Economia que somente reconheça/conceda/prove direitos aos benefícios aprovados pelo Projeto de Lei do Senado 55, de 1996 (PL 3.055, de 1997 – Câmara dos Deputados) quando sobrevier a implementação de todas as condições previstas no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, art. 113 do ADCT, bem como nos arts. 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ainda no art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias, em sintonia com a resposta à Consulta veiculada pelo Acórdão 1.907/2019-TCU-Plenário (BRASIL, 2020);

Neste sentido posiciona-se Carlos Gondim Braga, para quem essa incidentalidade não se confunde com o controle difuso de constitucionalidade (que, apesar de não atingir a norma,

⁶ “Em linhas gerais a questão pode ser colocada da seguinte forma. No dia 11/3/2020, o Congresso Nacional, ao derrubar o Veto 55/2019 ao Projeto de Lei 55/1996 (PL 3055/1997 – Câmara dos Deputados), que altera a Lei 8.742/1993, modificou o limite de renda familiar per capita para fins de concessão do benefício de prestação continuada. Antes era elegível a pessoa cuja renda familiar mensal não superasse um quarto do salário mínimo, R\$ 261,25 em valores atuais. Com a mudança legislativa proporcionada pela derrubada do veto, ampliou-se o limite para meio salário mínimo, R\$ 522,50. 11. Segundo alega o Ministério da Economia, essa medida trará um impacto de R\$ 217 bilhões em dez anos, equivalente a 27% da economia obtida na reforma da previdência” (BRASIL, 2020).

⁷ “Esse mesmo entendimento foi adotado em outras oportunidades pela Corte de Contas, conforme se observa do Acórdão 1.921/2019 (TC 005.283/2019-1), representação sobre irregularidades relacionadas ao bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária, aduaneira e de fiscalização do trabalho; e do Acórdão 62/2020 (TC 000.605/2019-0), representação para avaliar a conformidade das concessões de renúncias de receitas decorrentes da Lei 13.799/2019”. Ambos são de relatoria do Ministro Bruno Dantas (BRASIL, 2020).

reconhece a inconstitucionalidade dos atos), mas que se trata de termo que vem a ser utilizado apenas para caracterizar a finalidade acessória da análise de constitucionalidade, ou seja, que a inconstitucionalidade é o meio e não fim no processo de contas. De modo a não restar dúvidas, que por previsão expressa da Constituição Federal compete aos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário (cláusula de reserva constitucional de jurisdição) exercer o controle formal de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos, seja por meio do controle abstrato ou no caso concreto (BRAGA, 2020).

Na mesma direção, a Associação dos Tribunais de Contas, através da Nota Técnica nº 03/2018, reconheceu que:

O raciocínio jurídico que levou à edição da Súmula n. 347 segue sendo plenamente aplicável e preferido pela ampla maioria do Supremo Tribunal Federal. Embora não seja permitido aos Tribunais de Contas declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, prerrogativa essa assinalada pela Constituição exclusivamente aos órgãos jurisdicionais, é permitido afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei ou ato normativo no caso concreto sob sua análise (ATRICON, 2018).

A controvérsia sobre a possibilidade de outros órgãos externos ao Poder Judiciário declararem a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ainda que por meio de negativa de cumprimento, surgiu com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de legitimados para o controle abstrato, antes de exclusividade do Procurador-Geral da República, e acrescentou, por exemplo, os governadores, as mesas de assembleias legislativas e a câmara legislativa distrital (MENDES, 1997).

É que, ainda de acordo com Gilmar Mendes (1997, p. 18), o controle abstrato de inconstitucionalidade foi formalmente introduzido no nosso sistema constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional 16/1995 e, até então, prevalecia o entendimento, amplamente dominante, da possibilidade de recusa à aplicação da lei considerada inconstitucional. Equivale a dizer, tanto doutrina quanto jurisprudência entendiam que o chefe do Poder Executivo, por exemplo, poderia exercer o controle da constitucionalidade, no caso concreto, determinando a seus subordinados hierárquicos que deixassem de cumprir a norma inconstitucional, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição e em razão da natureza absolutamente nula do ato contrário à norma inconstitucional.

Mendes (1997, p. 12) faz o seguinte exame histórico:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Portanto, 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 ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado, inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Tal como afirmado, a Constituição de 1988 pretendeu preservar o chamado sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando elementos do sistema difuso com aqueles do modelo concentrado de controle de normas. Todavia, a ampliação do direito de propositura fez com que se reduzisse o significado do sistema difuso de controle em geral. Quase todas as questões fundamentais sobre controle de constitucionalidade são veiculadas em ação direta de inconstitucionalidade. Finalmente, ressalte-se que a Constituição de 1988 resolveu a controvérsia sobre a possibilidade de se instaurar o controle abstrato de normas municipais, autorizando expressamente o constituinte estadual a instituir a representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro de controle o direito constitucional estadual (CF, art. 125, § 2º).

Entretanto, o fato de a súmula ser anterior a Constituição de 1988 não a torna superada; caso contrário, todos os entendimentos sumulados que se encontrassem na mesma situação deveriam ser automaticamente cancelados. Ademais, os Tribunais de Contas também não figuram no rol de legitimados constitucionais do art. 103 (FORNI, 2020).

Além disso, persiste a ausência de legitimação dos chefes do Poder Executivo municipais para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade⁸ e subsiste o efeito vinculante da ADIN e da ADC extensivos ao Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. Isso reforça o entendimento de que poderia

⁸ Segundo Acórdão 963/2019-Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, o TCU não tem competência para promover, em abstrato, o controle formal e material da legalidade e da constitucionalidade de atos normativos; porém, pode apreciar a constitucionalidade de normas jurídicas e atos do Poder Público, em controle difuso, de modo incidental, nos processos em que sejam analisadas matérias de sua competência (Súmula STF 347) (BRASIL, 2019).

o chefe do Poder Executivo continuar realizando o controle de constitucionalidade, isto é, negar a aplicação de lei ou ato inconstitucional (BARBOSA, 2019).

Na Representação nº 980, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o STF reiterou o entendimento de que os Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo – e mesmo isso, segundo Gilmar Mendes, tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade - podem apenas determinar os seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais (BRASIL, 1981 *apud* MENDES, 1997, p. 18). A questão também se estende ao plano municipal, no qual, por ausência de previsão constitucional, inexistente a possibilidade de se verificar diretamente a compatibilidade entre a lei municipal e a Constituição Federal, por meio de uma atuação imediata do Supremo Tribunal Federal. Também aqui, seguindo a orientação fixada pelo Supremo Tribunal, poder-se admitir, segundo o autor, que a autoridade administrativa denegue aplicação ao direito municipal sob o argumento da inconstitucionalidade (MENDES, 1997, p. 18) bem como, admite “a possibilidade de o Executivo negar-se a implementar determinada vantagem concedida pelo legislador a servidores sob o argumento de falta de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou de falta de previsão orçamentária” (MENDES, 1997, p. 18). Neste caso,

o Supremo Tribunal Federal entendeu que a falta de autorização específica não implica nulidade da lei concessiva da vantagem, impedindo, porém, a sua execução. Nesse sentido, convém registrar o quanto decidido na ADIn nº 1.292: “É, portanto, inegável que, segundo o regime instituído pelo art. 169 da CF, não basta a existência de recursos orçamentários para autorizar o pagamento de vantagem funcional, sendo, ao revés, ato afrontoso ao princípio da moralidade administrativa e suscetível de constituir grave irregularidade, que pode chegar às raias do ilícito penal, o pagamento de despesa dessa natureza que não tenha sido objeto de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias”. Essa decisão autoriza o Executivo a negar aplicação à lei concessiva de vantagem não prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária (MENDES, 1997, p. 18–19).

Na mesma linha de compreensão argumentativa estabelecida em relação ao chefe do Poder Executivo, o Supremo Tribunal Federal também possui controvérsia em relação à possibilidade da esfera controladora — destacadamente TCU e CNJ (BRASIL, 2016a, 2016b) — deixar de aplicar ou determinar aos órgãos controlados a não aplicação (negativa de

cumprimento) de normas que reputeem inconstitucionais (BARBOSA, 2019).

Entretanto, na Petição n.º 4.656, da relatoria da Ministra **Cármen Lúcia**, **restou assentado, pelo colegiado, a possibilidade de** órgãos administrativos autônomos exercerem a apreciação da constitucionalidade de lei utilizada como fundamento de ato submetido ao seu exame, a exemplo do Tribunal de Contas da União, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça.

Para J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 889):

Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da Constituição, tem também caráter garantístico a ordenação constitucional de funções e o sistema de controle interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania, nos quais se incluem os Tribunais de Contas. O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transforma-se em critérios de observância da Constituição.

Juarez Freitas (2011, p. 143) põe clareza sobre o tema ao afirmar que:

Incorpora-se, ainda, ao conceito enriquecido de controle da constitucionalidade, (b) o sentido de que à administração pública, no exercício de guarda da Carta (CF, art. 23), cumpre, de ofício, no âmbito dos controles interno e externo, detectar e coibir as omissões e inércias inconstitucionais.

A proteção ou guarda administrativa da Constituição afasta a concepção unicêntrica de Estado, pois “é seu indeclinável papel zelar pela eficácia direta e imediata dos princípios e direitos fundamentais, cuidando de adotar providências (preferencialmente cautelares) contra leis espúrias que ostensivamente inviabilizam tal eficácia” (FREITAS, 2011, p. 144), inclusive por meio da interpretação conforme.

O controle sistemático e ampliado de constitucionalidade (guarda ampliada da constitucionalidade ou guarda da juridicidade constitucional), através de uma rede de controle sinérgico de constitucionalidade, segundo Juarez Freitas (2011, p. 145), está “a cargo do Estado inteiro e da sociedade, de sorte a realizar inédita sindicabilidade integrada — externa, interna, jurisdicional e social — da gestão pública brasileira”. Incumbe às Cortes judiciais, em nosso sistema, tão somente o controle característico e cabal (FREITAS, 2011, p. 146).

Deste modo, o controle administrativo de constitucionalidade, ainda segundo Freitas (2011, p. 144):

Pode ser traduzido como guarda de ofício da constitucionalidade pelo Estado-administração, peça inextirpável do controle de conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas com todos os princípios, objetivos e regras, que compõem o bloco substancial de constitucionalidade. Não custa reiterar que tal controle é tecnicamente distinto do controle peculiar (difuso e concentrado) de constitucionalidade, levado a efeito pelo Estado-juiz. Não se trata, no âmbito do Estado-administração, de declarar a nulidade de leis ou de atos normativos, mas de, no exercício dos controles externo e interno, deixar de ser artífice, por ação ou omissão, das inconstitucionalidades.

Peter Häberle (1997) destaca que a hermenêutica constitucional deve ser adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta - papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado - de modo que todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete, o que permite uma revisão da metodologia jurídica tradicional (modelo de sociedade fechada: a interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é, nem deve ser a única. Forças produtivas de interpretação (co-intérpretes do complexo normativo constitucional) tais como cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, sistema público e opinião pública interpretam o ato normativo que nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública.

Deve-se buscar uma teoria constitucional voltada à produção de um consenso e a obtenção da unidade política como fim do processo constitucional e do próprio processo político. Do ponto de vista da Teoria da Constituição, o autor coloca a questão fundamental sobre a possibilidade de vincularem normativamente as diferentes forças políticas, de modo que a fixação exclusiva na jurisdição seja superada (HÄBERLE, 1997).

No Supremo Tribunal Federal, além da Súmula 347, editada em 1963, sob a égide da Constituição de 1946, que reconhece ao Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, a possibilidade de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, existem decisões monocráticas, como o **MS 35.410**, de relatoria do Ministro **Alexandre de Moraes (BRASIL, 2021a)** e o **MS 25.888 MC**, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes (BRASIL, 2006)**, que não reconhecem competência aos Tribunais de Contas para declarar, ainda que

no caso concreto, a inconstitucionalidade.

Ao julgar o mérito do referido MS 35410, por maioria de votos, em matéria que versava sobre a análise de aposentadoria e pensões, o STF entendeu, de acordo com o voto do Relator, Min. Alexandre de Moraes, que “não cabe à Corte de Contas, que não tem função jurisdicional, exercer o controle de constitucionalidade”, de modo que “ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 13.464/2017 [...], na prática retira a eficácia da lei e acaba determinando aos órgãos da administração pública que deixem de aplicá-la aos demais casos idênticos” (BRASIL, 2021b), extrapolando os efeitos concretos e entre as partes de suas decisões. O voto do Relator foi seguido integralmente pelos Ministros Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Barroso votaram, com ressalvas, quanto à fundamentação, alegando a primeira 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 afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte (BRASIL, 2021a).

No segundo caso, o Ministro Barroso entende que “toda autoridade administrativa de nível superior pode incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto”. Por fim, os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio votaram pela negativa dos pedidos, mantendo a validade da decisão do TCU (BRASIL, 2021b).

Compreendemos, contudo, que a questão não foi apreciada em definitivo pela colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não houve revogação expressa, o verbete 347 da súmula do Supremo (BRASIL, 2012), que, diga-se de passagem, não fala em controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, mas na possibilidade de estes apreciarem a constitucionalidade de leis e atos do poder público.

Nas palavras de Juarez Freitas (2011) seria um enorme retrocesso cancelar a súmula do STF:

[...]em primeiro lugar, porque se afigura irrazoável determinar que a Corte de Contas faça somente o controle restrito de legalidade: aliás, nenhum operador jurídico se

restringe às regras legais, mormente nos casos complexos. É que, sem afastar esse controle, precisa fazer o controle de legitimidade, sob pena de descumprir frontalmente a Carta. [...] em segundo lugar, porque nada impede que a palavra final sobre o assunto seja dada pelo Poder Judiciário, isto é, os eventuais desvios ou erros dos Tribunais de Contas poderão ser, tempestivamente, atacados na via judicial. Em função disso, o que seria oportuno fazer, no âmbito do STF, é justamente cobrar a intensificação do controle ampliado de constitucionalidade no âmbito do controle externo, nunca o inverso.

João Paulo Forni (2020, p. 97), entretanto, defende que a súmula deve ser revisada, permitindo que os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições, possam:

Apreciar a constitucionalidade de atos infralegais do Poder Público, bem como deixar de aplicar leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou, de forma pacífica, em sede de controle difuso, exceção feita à apreciação em prol da defesa de responsável ou para proteger, de maneira excepcionalíssima, sua missão institucional.

O autor ainda sustenta que "apreciar a constitucionalidade de leis, de modo a obrigar o jurisdicionado a não as aplicar, é algo que desborda da competência dos Tribunais de Contas" (FORNI, 2020, p. 146), que pode apenas conduzir a interpretação de leis aos parâmetros constitucionais, sem implicar efeitos objetivos sobre a norma, em caráter meramente informativo e orientador aos jurisdicionados.

Equivale a dizer que a manifestação do Tribunal de Contas sobre a constitucionalidade "não poderia acarretar sanção ao gestor" (FORNI, 2020, p. 146), impor a irregularidade de suas contas ou ensejar a imposição de ressarcimento. Tal atuação difere do controle exercido pelo Poder Judiciário que age "dizendo de valor objetivo [das leis] no ordenamento jurídico, incidindo a decisão sobre a própria lei, emprestando-lhe validade ou suprimindo-a" (FORNI, 2020, p. 146).

Não podemos esquecer, conforme leciona Marcelo Barbi, que o STF não tem o monopólio da última palavra, mas detêm apenas a última palavra provisória, pois o marco teórico do diálogo institucional repudia a adoção de concepções juriscêntricas. Exemplo paradigmático é a EC nº 96/2017 a qual autorizou a prática da vaquejada, julgada inconstitucional na ADI 4983 (GONÇALVES, 2020, p. 231–232).

O fato é que inviabilizar a interpretação constitucional inferioriza e desprestigia os

demais atores constitucionais, muitas vezes mais próximos aos temas debatidos e dos problemas práticos decorrentes da aplicação da lei impugnada, o que desconstrói a ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição (BRASIL, 2016a) e transformaria o STF não no último, mas no único intérprete da Constituição.

Trata-se, para os Tribunais de Contas⁹, de competência implícita descrita no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal que se materializa na análise de caso concreto por seu Plenário, ficando, conforme entendimento do STF, expresso no voto da Min. Cármen Lúcia, os efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente constatada limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação¹⁰ para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional (BRASIL, 2016a).

Para que haja efeito *erga omnes* e diante da impossibilidade de se valer do Senado Federal para suspender a execução da lei considerada inconstitucional (art. 52, inc. X, da Constituição), deverá o órgão de controle representar ao Procurador-Geral da República para, se for o caso, propor ele ação de controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal (BRASIL, 2016a).

O controle difuso de constitucionalidade compete ao Poder Judiciário, sendo o controle de constitucionalidade típico da atividade judicial, em face do qual dispõe o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, uma vez que, com o Estado Constitucional de Direito, passou-se do *império da lei* para o *império da Constituição*, ao tempo em que a própria validade e eficácia da lei depende, permanentemente, do controle formal e material de constitucionalidade

⁹ TCU: Compete ao TCU a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido (Súmula STF 347), com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeito *erga omnes*, compete somente ao STF (BRASIL, 2000).

¹⁰ “O TCU detém competência para apreciar a constitucionalidade ou legalidade de pareceres emitidos por outros órgãos oficiais, desde que tratem, ainda que por via transversa, de tema com reflexo na esfera contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial da União e dos demais entes jurisdicionados à Corte de Contas, podendo inclusive expedir determinações a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, com vistas ao exato cumprimento do ordenamento jurídico, ainda que tais determinações exijam do órgão ou entidade destinatária o descumprimento do parecer contestado” (BRASIL, 2010a).

(TORRES, 2014a, p. 72). No entanto, não se pode deixar de reconhecer aos Órgãos de Controle Externo o poder de detectar e coibir as ações, omissões e inércias inconstitucionais.

Em suma, entendemos, conforme já afirmado por Juarez Freitas (2011), que pode o Tribunal de Contas, inclusive cautelarmente, deixar de aplicar ou autorizar a não aplicação da lei ou ato normativo que entender inconstitucional aos seus jurisdicionados e no âmbito de sua competência, aplicar a técnica de interpretação conforme e tomar providências para que a inconstitucionalidade seja afastada, em definitivo, pelo Poder Judiciário.

A Constituição estabelece no art. 97, que a declaração de inconstitucionalidade, quando proferida por tribunal, deverá resultar do voto da maioria absoluta dos seus membros e surtirá efeitos retroativos apenas entre as partes. É óbvio que ao se referir a *tribunais* a norma está dispendo sobre o Poder Judiciário; entretanto, por harmonia e em prol da similitude de procedimentos, é muito mais coerente — em face, inclusive, do que dispõe o art. 73 e art. 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal — que o quórum seja observado pelos Tribunais de Contas e o reconhecimento de inconstitucionalidade *incidenter tantum* seja reservada ao órgão plenário.

Não se deve, em razão do princípio do informalismo que rege o processo de controle, estabelecer procedimentos complexos e rígidos nas leis orgânicas ou regimentos internos, bastando para atender a regra de reserva de plenário que o processo seja deslocado do órgão fracionário e afetado ao Tribunal Pleno por mero deslocamento de competência, ou, se já estiver sob apreciação do órgão colegiado, por se tratar de matéria de competência originária ou de apreciação de recurso, que a questão constitucional seja por ele decidida, ainda que em preliminar, desde que o faça de maneira expressa e fundamentada.

A regra seria atendida, como se vê, por meio de simples cisão funcional de competências, que permitiria a um só tempo o exame da questão constitucional pelo tribunal pleno, cabendo ao órgão fracionário decidir a questão afeta à sua competência em face do que

restar decidido no julgamento da controvérsia constitucional¹¹.

A determinação constitucional de observância da cláusula de reserva de plenário pelos órgãos colegiados de controle administrativo, mesmo não se tratando de efetivo controle de constitucionalidade, de acordo com o voto da Min. Cármen Lúcia na Pet n.º 4656, decorre da necessidade de se atribuir maior segurança jurídica à conclusão sobre a inconstitucionalidade, pois somente com a manifestação da maioria absoluta dos seus membros é que será possível se estabelecer qual o posicionamento do colegiado sobre a adequação constitucional da lei discutida como fundamento do ato administrativo controlado (BRASIL, 2016a).

Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

Aplica-se a cláusula de reserva do plenário (art. 97 da Constituição Federal) à decisão do TCU que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afaste a sua incidência no todo ou em parte (BRASIL, 2021c).

Ultrapassado o primeiro obstáculo, que foi definir a fonte de critério constitucional (art. 23 e 72, inciso IX da CF) capaz de autorizar a atuação dos Tribunais de Contas no controle de constitucionalidade, devemos estudar o objeto deste controle, ou seja, em face de quais normas constitucionais poderiam as Cortes de Contas exercê-lo.¹²

3. O Controle em Face da Constituição Financeira

De acordo com Heleno Taveira Torres (2014b), a Constituição financeira institui e organiza os meios necessários, dentre outros, o tributário (Constituição tributária), para atender financiamento do Estado, seguindo a organização, estrutura estatal e decisões políticas tomadas a partir de escolhas legislativas, administrativas e de controle (Constituição político-federativa)

¹¹ TCU: A norma constitucional de reserva de plenário (art. 97) é dirigida aos Tribunais indicados no art. 92 da Constituição Federal e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, inciso XI, não alcançando automaticamente o TCU (BRASIL, 2014).

¹² TCU: O TCU pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público e, em decorrência disso, pode se pronunciar quanto à legalidade de atos administrativos, desde que o ato ou a lei em questão estejam relacionados às atribuições da Corte de Contas. (BRASIL, 2010b).

“em permanente integração com os fins do Estado determinados pela Constituição total e pela Constituição econômica e social” (TORRES, 2014b, p. 26). Corresponde, destarte, a uma parcela material da Constituição total, composta pelos princípios fundamentais, pelas competências e valores que regem a atividade financeira do Estado, pela unidade entre obtenção de receitas, realização de despesas, gestão de patrimônios e controles internos e externos, bem como pela intervenção do Estado, na realização dos Constituições econômicas e sociais. Deste modo, da separação dos poderes à efetividade dos direitos sociais, do federalismo aos programas de redução de desigualdade, dos investimentos em infraestrutura ao fomento de proteção do meio ambiente, tudo deverá ser atendido observando as exigências de obtenção de receitas públicas, estar inserido em programas orçamentários ou políticas públicas, constar de autorizações para realizações de despesas orçamentárias e sujeitar-se a controles internos e externos (TORRES, 2014a, p. 167).

No intuito de delimitar a Constituição financeira no ordenamento jurídico nacional, o autor faz uma breve análise do federalismo brasileiro nos seguintes termos.

No Brasil, essa dimensão integradora da Constituição financeira somente é possível em virtude do modelo de federalismo cooperativo adotado pela Constituição de 1988, caracterizado pelo financiamento centrífugo (efeito virtuoso do federalismo centrípeto que tem início com a Constituição de 1934). Os centros de poder, dotados de autonomia, desprovidos de hierarquia uns em relação aos outros, diferenciados apenas pelas atribuições de competências, convergem para uma unidade, que é a organização do Estado, e configuram uma estatalidade que não existiria fora dessa unidade. Neste contexto, a função da Constituição financeira é integrar a unidade central e as periféricas para um seguro e permanente financiamento do Estado. A unidade constitucional evidencia a importância desse método integrativo, o qual, aplicado ao federalismo cooperativo, confere conexão com a Constituição tributária e com a Constituição econômica. E sob essa vertente, tem-se o federalismo da Constituição financeira, a acentuar a interconstitucionalidade que rege as transferências diretas e indiretas, assim como do próprio federalismo cooperativo de equilíbrio, como medida de concretização dos fins constitucionais do Estado Democrático de Direito (TORRES, 2014b, p. 26- 27).

Feita a devida delimitação entre a Constituição financeira, Constituição econômica, Constituição tributária, Constituição político-federativa e Constituição social (interconstitucionalidade das constituições materiais parciais), devemos responder: qual o conceito e o que a Constituição financeira abrange?

As receitas, o orçamento, as despesas públicas, a gestão das dívidas e créditos públicos, a conservação dos bens, o zelo com o dinheiro público, os fomentos previdenciários, os fundos públicos constitucionais, as transferências dos produtos arrecadados dos impostos, as indenizações para as desapropriações, as arrecadações ou patrimônios oriundos de intervencionismos estatais e os controles decorrentes, no conjunto, são todos abrangidos e coordenados pela Constituição financeira (TORRES, 2014a, p. 64). Não está limitada às regras típicas de orçamento, despesa e receita, abrange toda a integralidade daquilo que tenha repercussão financeira, como é o caso das competências constitucionais, dos serviços públicos, das políticas públicas, das garantias a direitos sociais e previdenciários, dos direitos e liberdades fundamentais (TORRES, 2014a, p. 73). Além disso, encontra-se apta a prover recursos para as políticas públicas e assegurar legítimo e permanente controle do patrimônio público, tem a função¹³ de organizar a estrutura do Estado em face das determinações dos gastos, escolhas das despesas e políticas públicas prioritárias, modos de planejamento e de execução dos gastos, elaboração e aprovação dos orçamentos, obtenção de receitas suficientes para custear as necessidades públicas e controle de todas as contas públicas (TORRES, 2014a, p. 104–105).

A atividade de financiamento do Estado e da sociedade em geral passa a exigir uma atuação sempre em coerência com a Constituição e as escolhas legislativas sobre os gastos públicos não podem distanciar-se da Constituição e encontram-se sob exame obrigatório do controle de constitucionalidade, não só pelos aspectos formais, mas também por aqueles materiais, quanto aos fins constitucionais do Estado (TORRES, 2014a, p. 72),

É a partir deste conjunto normativo constitucional, coincidente com as competências constitucionais dos órgãos de controle externo, e somente nele, que entendemos que os Tribunais de Contas, com primazia sobre qualquer outro órgão ou poder, dentem especialidade para induzir a interpretação constitucional contribuindo de maneira decisiva e, ao nosso sentir,

¹³Segundo Heleno Taveira Torres (2014a), são funções da Constituição financeira: função de eficiência organizativa do estado para preservação e continuidade do estado fiscal, função de garantia constitucional e função de eliminação de privilégios, função integrativa, função de controle.

com consideração de suas decisões e oitiva com participação obrigatória quando da atuação do Poder Judiciário.

4. Considerações Finais

Muito embora o controle de constitucionalidade (difuso ou abstrato) seja um mecanismo judicial de proteção da Constituição, não é menos certo que os Tribunais de Contas exercem efetiva guarda ampliada da constitucionalidade — ou guarda da juridicidade constitucional — instrumento fundamental de proteção dos princípios e regras que compõem o Constituição financeira. Nesse sentido, podem as Cortes de Contas, seja no exercício de funções jurisdicionais ou administrativas, desde que vinculado às suas competências institucionais, inclusive cautelarmente, deixar de aplicar ou autorizar, aos seus jurisdicionadas, a não aplicação da lei ou ato normativo que entender inconstitucional, aplicar a técnica de interpretação conforme, bem como tomar providências para que a inconstitucionalidade seja afastada, em definitivo, pelo Poder Judiciário.

Isso se torna mais evidente quando reconhecemos que existe um dever fundamental de prestação de tutela por parte dos Tribunais de Contas, de índole constitucional, diante da necessidade de repartição dos bens sociais entre os grupos beneficiários dessa distribuição. Estes, ainda, exercem uma efetiva tutela especial e especializada das políticas públicas, que deve ser entendida como direito fundamental à eficaz atuação dos órgãos de controle externo, por meio de técnicas, instrumentos, procedimentos e corpo auditorial especializado, de modo a garantir os resultados sociais dos programas e ações de governo executados por meio da atividade prestacional do Estado (serviços e bens públicos). Em última instância, o objetivo é de promover a manutenção dos rumos da política financeira, fiscal e orçamentaria do poder público, mantendo o equilíbrio intergeracional das finanças públicas.

Conclui-se que: a) a partir do conceito de sociedade aberta dos intérpretes da constituição, que se deve buscar uma Teoria Constitucional voltada à produção de um consenso, vinculando-se normativamente as diferentes forças produtivas de interpretação da Constituição,

de modo que, na seara de controle das finanças públicas, a interpretação não seja exclusiva do Poder Judiciário. Isso é particularmente importante na medida em que existem órgãos constitucionais de soberania regidos pelo princípio da indisponibilidade de competências ao qual está associado o princípio da tipicidade de competências, donde decorre que as atribuições fixadas para um órgão não podem ser transferidas para outro diferente daquele a quem a Constituição as atribuiu; b) não pode o Poder Judiciário ao realizar o controle difuso ou abstrato de constitucionalidade desprezar toda a produção técnica e a interpretação constitucional produzida pelos Tribunais de Contas no exercício da tutela financeira dos direitos fundamentais, materializada no direito fundamental a uma tutela específica, especial, justa e equitativa, por meio de um processo singular, independente e autônomo, por meio do qual se concretiza a atividade de controle externo.

5. Referências

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Marcio Paiva. **O Tribunal de Contas e a ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Nota técnica n.º 03/2018**. Brasília, DF: ATRICON, 24 jul. 2018. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-003-2018.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022. Assunto: I. Possibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas. II. Poder de cautela dos Tribunais de Contas.

BARBOSA, Tales Schmidke. O controle administrativo de constitucionalidade. **Portal Jota**, São Paulo, 21 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-administrativo-de-constitucionalidade-21122019>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BRAGA, Carlos Gondim Neves. Controle de constitucionalidade e de legalidade no âmbito dos

Tribunais de Contas. **Revista Jus Navegandi**, ano 25, n. 6332, nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86451>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12-DF**. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução n.º 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar. Relator: Min. Carlos Britto, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Súmula 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Brasília, DF: STF, 1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2149>. Acesso em 1 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança n.º 26.739-DF**. Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. Férias de sessenta dias. Ausência de previsão legal. Relator: Ministro Dias Toffoli, 1º de março de 2016b. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11155601>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Segurança n.º 35.410/DF**. 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. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1220242560/inteiro-teor-1220242561>. Acesso em: 1 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 25.888-DF**. 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 n.º 2.745, de 24/08/1998, do Exmo. Sr. Presidente da República [...]. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 22 de março de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2371137>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 31.439-DF**. Licitação – Lei n.º 8.666/93 versus decreto n.º 2.745/98 – relevância não configurada – liminar indeferida. Relator: Ministro Marco Aurélio, 19 de julho de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho277295/false>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Petição n.º 4.656-PB**. 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. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297>. Acesso em: 3 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **TCU não pode afastar aplicação de lei que prevê pagamento de bônus de eficiência a inativos da Receita Federal**. Brasília, DF: STF, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464124&ori=1>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 244/2010**. Administrativo. Questão administrativa de caráter relevante. Matéria submetida ao plenário, em face da competência de que trata o art. 16, inciso II, do Regimento Interno. Imposto de Renda. Art. 43 do CTN. Juros moratórios. Natureza jurídica indenizatória. Art. 404 do Código Civil. Não-incidência. Precedentes. Relator: Ministro Valmir Campelo, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1599361%22>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 963/2019**. Pedidos de reexame. Registro dos atos de aposentadoria com determinação para suspensão de rubrica relativa a bônus de eficiência e produtividade. Rejeição da quase totalidade das alegações recursais. Mandado de segurança do STF que mantém o pagamento da rubrica. Provedimento parcial dos pedidos de reexame. Alteração da redação do subitem que determinou a cessação do pagamento

do citado bônus. Acompanhamento da ação judicial. Ciência. Relator: Ministro Aroldo Cedraz, 30 de abril de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2315864%22>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1.181/2010**. Pedido de reexame em processo de representação em que se firmou entendimento acerca da aposentadoria dos ministros do Superior Tribunal Militar. Provimento parcial. Relator: Ministro Aroldo Cedraz, 26 de maio de 2010b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1143643%22>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1.208/2021**. Representação. Transposição para o regime da Lei 8.112/1990, na condição de servidores efetivos, de empregados do Superior Tribunal Militar, contratados com base no Decreto 77.242/1976, e do Senado Federal, ocupantes de funções de confiança de secretário parlamentar e assessor. Conhecimento. Subsunção do primeiro caso ao art. 243, § 1º, do regime jurídico único do funcionalismo, e do segundo ao § 2º do mesmo dispositivo. Procedência parcial. Determinações. Ciência aos interessados. Relator: Ministro Benjamin Zymler, 26 de maio de 2021c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1321430%22>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão 2.000/2017**. Aposentadoria. Incorporação indevida de quintos após a edição da Lei 9.624/1998. Ilegalidade. Determinações. Relator: Ministra Ana Arraes, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2248414%22>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2.391/2017**. Consulta. Advocacia-Geral da União. Conhecimento. Respostas. Acórdão 489/2017 do Plenário. Embargos de

declaração. Conhecimento. Negativa de provimento. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2261385%22>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão 4.360/2010**. Atos de aposentadoria. Registro. Determinação à origem para inclusão das parcelas alusivas a função comissionada ("opção" e "representação mensal") no cálculo dos proventos para efeito de aplicação do limite remuneratório estabelecido no art. 37, XI, da Constituição Federal. Pedido de reexame. Não apresentação de elementos bastantes para alterar a deliberação recorrida. Não provimento. Relator: Ministro Benjamin Zymler, 12 de agosto de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1320410%22>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Representação n. ° 011.564/2020-2**. Representação. Despesas criadas sem respectiva fonte de custeio. Adoção de medida cautelar. Oitivas. Relator: Ministro Bruno Dantas, 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tcu/823522041/inteiro-teor-823522133>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BÚRIGO, Vandré Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas; **Revista do TCU**, v. 33, n. 94, out./dez. 2002. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/768>. Acesso em: 12 dez. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FORNI, João Paulo Gualberto. Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 51, n. 146, p. 77–100, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1675>. Acesso em: 24 abr. 2022.

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**, v. 258, p. 141–167, set. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8612>. Acesso em: 12 dez. 2022.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 134, abr./jun. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SANTINI, Mateus Pieroni. **O controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do (neo) constitucionalismo e a sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso**. 2012. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5962>. Acesso em: 13 dez. 2022.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, ano 3, n. 5, p. 25–

54, mar./ago. 2014b. Disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/311934/mod_resource/content/1/D_HTO_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Finance.pdf. Acesso em: 13 dez. 2022.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

DATA DE SUBMISSÃO: 2022-09-14

DATA DE APROVAÇÃO: 2023-01-28



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-
NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacion