



DERROGAÇÃO CONTEXTUAL: COMENTÁRIO HISTÓRICO-JURÍDICO À TENDÊNCIA DE REVISÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONTEXTUAL DEROGATION: HISTORICAL LEGAL COMMENTARY ON THE SUPREME COURT REVIEW TREND OF PRECEDENT 347

WALTER GUANDALINI JUNIOR*

RESUMO

Desde o início do século o Supremo Tribunal Federal tem procedido a uma paulatina revisão da sua Súmula 347, editada em 1963 para consolidar o entendimento de que o Tribunal de Contas possuía competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. A súmula permanece válida e vigente, o que indica não haver dúvidas, ao menos de caráter formal, quanto à constitucionalidade da competência atribuída ao órgão fiscalizador. No entanto, nos últimos vinte anos diversas decisões do STF têm questionado a abrangência da súmula, levantando dúvidas acerca da subsistência do entendimento sob o novo regime da Constituição de 1988. Partindo de um esforço de compreensão histórico-contextual dos momentos de elaboração e de revisão da Súmula, o presente trabalho sustenta a hipótese de que a própria emergência do debate é resultado de uma derrogação contextual: na medida em que o desenvolvimento do processo histórico promove a transformação da mentalidade jurídica em que se insere a norma estabelecida, promove também a sua derrogação implícita, por sua incompatibilidade com a nova concepção de ordenamento jurídico emergente.

Palavras-chave: direito constitucional; história do direito; controle de constitucionalidade; tribunal de contas.

ABSTRACT

From the beginning of the century, Brazilian Supreme Court has been revising its Precedent 347, which assured Brazilian Courts of Auditors the competence for constitutionality review. The precedent remains valid and in force, which indicates there is no doubt as to the constitutionality of the assigned competence. However, in the last twenty years several Supreme Court decisions have been questioning the precedent's scope, raising doubts on its subsistence under the new constitutional regime. Adopting an historical approach, this paper supports the hypothesis that the debate's very emergence is the result of a contextual derogation: as legal mentality is transformed by the historical process, so it leads to the Precedent's implicit derogation, due to its incompatibility with the new emerging legal order.

Keywords: constitutional law; legal history; constitutional review; court of auditors.

*Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de pesquisa (doutoranda-sanduiche) na Università degli Studi di Firenze. Pós-doutorado na Universidad de Huelva. Professor da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Uninter. Advogado da Companhia Paranaense de Energia.

walter.guandalini@ufpr.br

Recebido em: 19-07-2024 | Aprovado em: 16-10-2024



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL; 1.1 O ESTADO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO LIBERAL; 1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL – CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO; 1.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 1.4 A EDIÇÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 1.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA; 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA; 2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA; 2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA – CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO; 2.3 O CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 2.4 A RELEITURA DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Desde o início do século o Supremo Tribunal Federal tem procedido a uma paulatina revisão da sua Súmula 347, editada em 1963 para consolidar o entendimento de que o Tribunal de Contas possuía competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

Súmula 347 STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

A súmula permanece válida e vigente. De um ponto de vista estritamente dogmático, isso indica não haver dúvidas, ao menos de caráter formal, quanto à constitucionalidade da competência atribuída ao órgão fiscalizador. Tanto é assim que os regimentos internos de quase todas as cortes de contas da federação estabelecem procedimento específico de deliberação sobre a inconstitucionalidade de atos normativos, semelhantes ao exemplo abaixo¹:

Art. 15. [*Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*] Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

I – deliberar originariamente sobre: [...]

e) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal;

Quando se examina o tema sob uma perspectiva histórico-social, contudo, é outro o panorama apresentado. Isso porque nos últimos vinte anos diversas decisões do STF têm questionado a abrangência da súmula, levantando dúvidas acerca da subsistência do

¹ São exceções o TCE-RS, o TCE-MS, o TCE-GO e o TCE-AL. Quanto aos demais tribunais do país, expressamente preveem a possibilidade nos seguintes dispositivos de seus regimentos internos: TCE-SC, art. 149; TCE-PR, art. 408; TCE-SP, art. 125; TCE-RJ, art. 114-A, IX; TCE-ES, art. 332; TCE-MG, art. 26, V; TCE-MT, art. 315; TCE-DF, art. 14, III; TCE-BA, art. 242; TCE-SE, art. 71; TCE-PE, art. 220; TCE-PB, art. 7o, I, d; TCE-RN, art. 403; TCE-CE, art. 4º, I, c; TCE-PI, art. 460; TCE-MA, art. 20, I, e; TCE-TO, art. 263; TCE-PA, art. 197; TCE-AM, art. 292; TCE-AP, art. 147; TCE-RR, art. 94; TCE-RO, art. 121, VI; TCE-AC, art. 168.

entendimento sob o novo regime da Constituição de 1988. Ainda que não se tenha formado consenso sobre o assunto entre os ministros do Supremo, as decisões que vêm sendo proferidas têm instabilizado a decisão sumulada há 60 anos, chamando a atenção da doutrina à questão.

São dezenas de dissertações de mestrado, trabalhos monográficos e artigos científicos dedicados à análise do tema, sob os mais diversos ângulos. Há quem o examine sob enfoque jurídico-constitucional, considerando as competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas²; há quem o faça sob a perspectiva da natureza jurídica das cortes, em face do regime de separação de poderes adotado pelo Estado de Direito³; há quem se tenha debruçado sobre os posicionamentos específicos adotados e as idiossincrasias de cada ministro⁴; há quem tenha ponderado a segurança e eficácia relativa de outras medidas de controle de constitucionalidade, em comparação com a real necessidade de se atribuir essa competência também às cortes de contas⁵; e há até mesmo quem tenha examinado a questão sob perspectiva política, refletindo sobre a disputa entre o TCU e o STF pelo poder de dizer o direito⁶ ou apontando interesses econômicos relativos ao caso concreto que motivou a revisão do entendimento⁷.

Essa pluralidade de abordagens tem gerado tantos posicionamentos contrários quanto posicionamentos favoráveis à preservação da Súmula, mas não foi capaz de produzir qualquer consenso doutrinário ou jurisprudencial relevante. Talvez, de fato, sequer o pudesse fazer, uma vez que a adequada compreensão do problema parece exigir outro tipo de abordagem, de caráter histórico-jurídico.

É justamente esse o objetivo do presente trabalho: partindo de uma compreensão histórico-contextual do momento em que a Súmula 347 foi elaborada e daquele em que passou a ser posta em xeque, buscará explicitar o papel e os limites que lhe têm sido atribuídos pela mentalidade jurídica predominante. Não se trata, portanto, de uma pesquisa de história do direito: não se pretende aprofundar a compreensão histórica do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil, ou o processo histórico de assunção desta tarefa pelos tribunais de contas brasileiros; pelo contrário, o método histórico-contextual é empregado apenas como instrumento hermenêutico para a melhor compreensão, sob a perspectiva da

² AZEVEDO JÚNIOR, Sérgio Neves. O controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas. *Cadernos*, São Paulo, v. 1, n. 2, ago., p. 84-96, 2018.

³ BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. A possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Contas: um estudo da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal e a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Müller (org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos*, v. II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016, p. 177-196.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 48-54, out./dez. 2002.

⁴ DALLA COSTA, Bruno Tsugami. *O controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal ao Mandado de Segurança n. 35.410/DF*. 2022. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas). Brasília: Universidade de Brasília, 2022.

⁵ DUTRA, Micaela Dominguez. O Tribunal de Contas e o verbete nº 347 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.

⁶ OLIVEIRA FRANCO, Luisa Doria. Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal: uma análise do controle de constitucionalidade. *Revista MPC-PR*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 494-506, nov./mai. 2020.

⁷ FERRAZ, Leticia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Tribunais de contas e a abstratização do controle de constitucionalidade: relativização da Súmula n. 347 do STF. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 133, p. 253-281, nov./dez. 2012.

mentalidade jurídica contemporânea, de um problema dogmático: o dos significados atribuídos à Súmula 347 do STF. Para isso, iniciará por uma análise das funções desempenhadas pelo controle de constitucionalidade na Constituição Liberal, avaliando o seu desenvolvimento histórico no interior da ordem jurídica brasileira e o modo como veio a contribuir para a edição da Súmula 347. Em seguida examinará o modo como tais funções foram ressignificadas pelo advento da Constituição Democrática, apreciando a dimensão do seu impacto no direito brasileiro e na revisão da abrangência da Súmula 347 pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final buscará demonstrar que a própria emergência do debate é resultado de uma derrogação contextual: na medida em que o desenvolvimento do processo histórico promove a transformação da mentalidade jurídica em que se insere a norma estabelecida pela súmula, promove também a sua derrogação implícita parcial, mesmo sem formal alteração do texto normativo – somente por sua incompatibilidade com a nova concepção de ordenamento jurídico emergente.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL

1.1 O ESTADO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO LIBERAL

A história do controle de constitucionalidade é indissociável da história do Estado de Direito. A Independência Americana (1776), em primeiro lugar, e a Revolução Francesa (1789), em segundo lugar, representam um marco de ruptura com a sociedade política do antigo regime, eliminando as formas de ordenação corporativas e estabelecendo uma nova concepção de soberania, não mais exercida de forma compartilhada entre os diversos corpos sociais, mas de forma unificada e homogênea pela representação geral da Nação (seja ela o Rei ou o Parlamento). O preceito é formalizado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prescreve:

Artigo 3º. *[Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – tradução livre]* O princípio de **toda a soberania reside essencialmente na Nação**. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

A atividade desse novo modelo de Estado não pode mais ser compreendida como governo jurisdicional sobre o território, nem por sua função genérica de “preservar a ordem existente”, como fazia o Estado do Antigo Regime. Afinal, a Revolução faz com que a sua atividade seja reduzida ao papel de mera aplicação da vontade soberana, expressa de forma geral e abstrata e incidente de modo homogêneo sobre todos os cidadãos. A necessidade de generalização e abstração da vontade soberana acaba alçando a lei à posição de sua expressão máxima, e critério de orientação dos atos de governo. Também disso trata a Declaração dos Direitos:

Artigo 6º. *[Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – tradução livre]* **A Lei é a expressão da vontade geral**. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Como ressalta Fioravanti^{8, p. 17}, contudo, essa nova concepção de Estado como poder e vontade não se manifesta de modo descontrolado. A nova estrutura da soberania é uma força que já nasce limitada, no sentido de que somente existe em função de um objetivo principal e exclusivo: o de gerar uma lei positiva estatal capaz de garantir direitos aos indivíduos enquanto tais, em posição de igualdade. O direito se apresenta, portanto, como o grande sustentáculo desse novo modelo de Estado, estabelecendo os limites, os objetivos e a forma de sua atuação, caracterizando-se, assim, o “Estado de Direito” como modelo a dominar todo o mundo ocidental do século XIX e da primeira metade do XX.

A Constituição Liberal é o documento que formaliza a relação incidível entre Estado de Direito e preservação de direitos individuais. Substituindo-se ao povo revolucionário, estabelece as bases institucionais do novo regime, a separação dos poderes e, principalmente, a soberania da lei como fonte de todo o direito; estabelecendo de modo inquestionável a presunção de liberdade a favor dos indivíduos, reserva somente à lei a prerrogativa de sua limitação, uma vez que é por meio dela que se manifesta a soberania do povo reunido em parlamento. Representa, com isso, o exaurimento do poder constituinte revolucionário e o encerramento da discussão acerca do sujeito chamado a exercer a soberania. Ao estabelecer a soberania da lei, a constituição reduz a sua própria importância, limitando-se ao papel de fixar a forma de governo e as relações político-institucionais entre os poderes instituídos – e atribuindo à lei resultante do debate político a tarefa de definir os critérios de ordenação da vida social.

1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL – CONTROLE JURISDICCIONAL DIFUSO

Compreende-se, dessa forma, como a própria natureza da Constituição Liberal a torna incompatível com a ideia de um controle jurisdiccional *em tese* da constitucionalidade das normas jurídicas. Afinal, a estrutura do Estado de Direito clássico atribui essa prerrogativa ao Parlamento, que realiza esse controle de forma política no exercício da soberania popular de que é representante.

Somente de modo incidental e concreto se torna possível o controle jurisdiccional, quando se verifica risco à preservação da forma geral do Estado e do poder instituído. E o caso emblemático a esse respeito é o conhecido precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: *Marbury vs. Madison*.

O litígio está diretamente ligado às eleições presidenciais de 1800, em que concorriam o então presidente John Adams e o candidato republicano Thomas Jefferson. As eleições ocorreram entre 31 de outubro e 3 de dezembro de 1800 e, embora os votos ainda devessem ser contados, em dezembro já se tinha a noção de que Adams havia sido derrotado nas eleições. Ele tinha apenas mais três meses de poder, e buscou agir rapidamente para manter o controle do seu partido sobre a máquina estatal – em especial sobre o Poder Judiciário.

⁸ FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione, In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa* (a cura di Maurizio Fioravanti). 20 ed. Roma-Bari: Laterza, 2022, p. 3-36.

O primeiro passo foi dado em 31 de janeiro de 1801, quando nomeou o seu Secretário de Estado, John Marshall, como Presidente da Suprema Corte. Em seguida acelerou, junto ao Congresso que seu partido controlava, a aprovação de um projeto de lei que se encontrava em discussão desde o início de 1800, sobre a reorganização do Poder Judiciário. O *Judiciary Act* foi promulgado em 13 de fevereiro de 1801: a nova Lei reduziu a quantidade de ministros da Suprema Corte e conferiu ao presidente o poder de nomear 58 novos juízes federais e juízes de paz. Adams continuou o trabalho a toque de caixa: decidiu, com Marshall, os novos juízes a serem indicados, mas o tempo de aprovação junto ao Senado fez com que a lista só viesse a ser concluída em 03 de março de 1801, às vésperas da posse de Jefferson. Por conta disso algumas das cartas não chegaram a ser enviadas antes da posse do novo presidente, que ao tomar conhecimento de sua existência determinou a suspensão de seu envio e a substituição por novos indicados, aliados de seu partido.

Inconformado, um dos indicados preteridos, William Marbury, ingressou com ação perante a Suprema Corte solicitando *writ of mandamus* que determinasse ao novo secretário de Estado, James Madison, a efetivação de sua nomeação. A situação gerava constrangimento para o presidente da Suprema Corte John Marshall. Não poderia declarar as nomeações ilegais, visto ter sido ele mesmo a assiná-las e emití-las, na qualidade de secretário de estado de John Adams. Por outro lado, se concedesse o *mandamus* corria o risco de ver a sua ordem descumprida e a sua legitimidade para concedê-la questionada, enfraquecendo a autoridade da suprema corte e pondo em risco a própria ideia de separação de poderes no recém-criado Estado americano.

Marshall solucionou o caso com perspicácia: considerou que o requerente tinha razão, declarando ilegais os atos praticados por James Madison; mas considerou inconstitucional a lei que atribuía à Suprema Corte competência para emitir de forma originária *writs of mandamus* a oficiais públicos, o que esvaziava de eficácia a sua decisão.

[*Marbury vs. Madison – tradução livre*] A lei que estabelece os tribunais dos Estados Unidos autoriza a corte suprema “a emitir *writs of mandamus*, em casos justificados pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais ou pessoas que exerçam funções públicas sob a autoridade dos Estados Unidos”. [...]

É declarado [pela constituição] que “a suprema corte terá jurisdição originária em todos os casos que afetem embaixadores, ministros públicos e cônsules, e aqueles em que um Estado seja parte. Em todos os outros casos, a suprema corte terá jurisdição recursal”. [...]

Assim, **a autoridade conferida à suprema corte pela lei que estabelece os tribunais dos Estados Unidos para emitir writs of mandamus a funcionários públicos parece não ser garantida pela constituição**; torna-se necessário verificar se pode ser exercida uma jurisdição conferida dessa forma. [...]

É uma proposição demasiado clara para ser contestada, a de que ou a constituição controla qualquer ato legislativo que a viole; ou, o Legislativo pode alterar a constituição por ato ordinário. [...]

Entre estas alternativas não há meio-termo. A Constituição ou é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos ordinários e, tal como outros atos, é alterável sempre que agrada ao legislador. [...]

Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça **o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei que viole a Constituição é nula, e de que os tribunais, assim como outros departamentos, são limitados por esse instrumento.**

O pedido deve ser indeferido.

Assim resolveu o caso com parcimônia, reafirmou o poder da Suprema Corte ao declarar ilegal a substituição dos nomeados, e até o ampliou ao estabelecer a competência do tribunal para o controle de constitucionalidade da legislação – ao mesmo tempo em que o limitava ao reconhecer a sua incompetência constitucional para conceder o *writ*.

O controle de constitucionalidade nasce, como se vê, adequado à natureza da Constituição Liberal: atuando para a resolução de um conflito entre os poderes da República, em garantia à liberdade e à igualdade dos cidadãos. De modo emblemático, o cerne da decisão sobre o controle de constitucionalidade proferida por Marshall não está no direito individual à nomeação de William Marbury, mas na preservação das competências atribuídas a cada um dos poderes instituídos pela constituição.

1.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A nossa primeira Constituição Liberal (a do Império, de 1824) não previa o controle jurisdicional de constitucionalidade. Como observa Continentino⁹, p. 315, a noção de controle jurisdicional era então julgada incompatível com a metafísica constitucional, fundada na supremacia política do Imperador e da Assembleia Geral como representantes da Nação Brasileira. Dessa forma, conhecia-se somente o controle político, pela Assembleia Geral e pelo Presidente da Província (nos termos do Ato Adicional de 1834), ou pelo próprio Imperador (ainda que sem explícito fundamento constitucional):

Art. 11. [*Constituição Política do Império do Brasil, 1824*] Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembleia Geral.

Art. 20. [*Ato Adicional de 1834*] O Presidente da Província enviará à Assembleia e Governo Gerais cópias autênticas de todos os Atos Legislativos Provinciais que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos gerais, os direitos de outras Províncias ou os Tratados; casos únicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar.

Art. 24. [*Ato Adicional de 1834*] Além das atribuições, que por Lei competirem aos Presidentes das Províncias, compete-lhes também: [...]

§ 3º Suspende a publicação das Leis Provinciais, nos casos, e pela forma marcados nos arts. 15 e 16.

No período final do Império se desenvolve um discurso de afirmação do Poder Judiciário que torna possível o estabelecimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade. Adotam-se medidas para a garantia fática da independência dos juizes (restrições às intervenções do Executivo, aposentadoria, critérios objetivos de promoção, incompatibilidade eleitoral); reconhece-se doutrinariamente alguma liberdade aos magistrados na interpretação

⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, fev./mai. 2018.

da lei em face do caso concreto; estabelece-se de forma mais clara a separação de poderes, compreendendo-se o Judiciário como possível instrumento de freio ao arbítrio. Tudo isso contribui para a afirmação de um ambiente institucional favorável a um papel mais ativo do Judiciário na preservação do texto constitucional¹⁰, p. 100. Com a Proclamação da República, em 1889, os Estados Unidos passam a ser o modelo de referência para o Brasil: presidencialismo e federalismo se tornam a tônica, e se institui formalmente, na Constituição de 1891, o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Art. 59. [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891] Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A leitura do dispositivo demonstra a forte influência norte-americana, e o objetivo típico das Constituições Liberais. O objetivo é a preservação da União perante a estrutura federativa, de modo que o controle de constitucionalidade se destina à proteção da estrutura do Estado, não à garantia de direitos individuais. O importante é garantir a separação de poderes, preservando o Estado instituído pelo ato de soberania já exaurido.

Nos anos seguintes não haveria profundas mudanças. Com pequenas alterações pontuais o modelo de controle difuso foi mantido na Constituição de 1934, na Constituição de 1937 e mesmo na Constituição de 1946, a primeira Constituição Democrática (tanto no sentido técnico, pois voltada à proteção de direitos fundamentais; quanto no sentido da efetividade política, pois promulgada por um parlamento eleito com ampla participação popular) da história brasileira.

Art. 76. [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934] À Corte Suprema compete: [...]

2) julgar: [...]

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: [...]

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

Art. 101. [Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937] Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: [...]

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

¹⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, fev./mai. 2018.

Art. 101. [*Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*] Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: [...]

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

E foi nesse contexto, portanto, de um controle de constitucionalidade construído nos moldes típicos da Constituição Liberal do Estado de Direito, voltado à preservação da separação de poderes e à garantia da forma de Estado, que o STF decidiu emitir a sua Súmula 347.

1.4. A EDIÇÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 13 de dezembro de 1963, sob a vigência da Constituição de 1946, o STF aprovou o enunciado da sua Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.” A Súmula foi redigida para a interpretação do art. 77 da constituição, que atribuía ao Tribunal de Contas a competência para julgar a legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões:

Art. 77. [*Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*] Compete ao Tribunal de Contas:

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

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

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

O precedente que a fundamentou foi acórdão proferido no Recurso de Mandado de Segurança nº 8.372 – Ceará, sob relatoria do Ministro Pedro Chaves. A ação originária havia sido impetrada pelo Delegado de Polícia José Maria Catunda, que se aposentara pela Lei 4.316/58, posteriormente revogada pela Lei 4.418. O Tribunal de Contas do Ceará negou registro ao ato de aposentadoria, declarando incidentalmente a constitucionalidade da lei revogatória. O TJ-CE manteve a decisão do TCE-CE, observando, porém, que não lhe cabia declarar inconstitucionalidade de leis. No STF o Ministro relator manteve a decisão, mas ressaltou a sua discordância da tese acessória, considerando ser obrigação de qualquer poder do Estado deixar de aplicar leis inconstitucionais:

Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentação do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe opor um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

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.**

Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso.

Os demais ministros o acompanharam na decisão unânime e julgaram que “não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada”.

Apesar de seu caráter *obiter dicta*, a ressalva realizada pelo ministro relator reafirmou a supremacia das normas constitucionais e confirmou o modelo de controle difuso herdado pela Constituição brasileira de 1946, reconhecendo a prerrogativa dos tribunais de contas de deixar de aplicar leis que viessem a considerar inconstitucionais. Mas mudanças posteriores no tipo de Estado, no modelo de Constituição e no modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro viriam a instabilizar essa tese.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

O desenvolvimento do Estado de Direito durante o século XIX acaba levando, no tempo histórico da democracia, à formação de ameaças à sua própria integridade, assim como à da lei estatal: de um lado, pelo progressivo aumento da relevância política dos interesses particulares organizados nos partidos políticos, que põem em xeque a percepção da lei como representação da vontade geral; de outro lado, pela ideia cada vez mais recorrente da constituição como norma superior à lei do Estado, por fixar os princípios fundamentais da comunidade política à luz dos quais deveria ser controlada e julgada a atividade do legislador^{11, p. 29}. A própria noção de Lei como sustentáculo do Estado de Direito é atingida: de baixo, por um esforço incessante de interferência partidária voltada à sua formulação e modificação; de cima, por um novo modelo de constituição preocupada não só com a organização da estrutura do Estado, mas também com a tutela dos direitos fundamentais.

Esses processos se revelaram no curso do século XX, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 – as primeiras a estabelecerem direitos econômicos e sociais. Mas é especialmente após a Segunda Guerra Mundial que o novo modelo se consolida, com a formação do Estado Constitucional e a entrada em vigor das Constituições Democráticas do pós-guerra.

Artigo 123. [*Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, 1917 – tradução livre*] O Congresso da União e as Legislaturas dos Estados deverão expedir leis sobre o trabalho, de acordo com as necessidades de cada região; sem contrariar as bases seguintes, que regerão o trabalho dos operários, diaristas, empregados, domésticos e artesãos e, de modo geral, todo contrato de trabalho:

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione, In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa* (a cura di Maurizio Fioravanti). 20 ed. Roma-Bari: Laterza, 2022, p. 3-36.

Artigo 161. [*Constituição do Império Alemão, 1919 – tradução livre*] O Império estabelecerá, com a participação controlada dos segurados, um regime global de seguridade para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, para a proteção da maternidade e para a melhoria das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das circunstâncias mutáveis da vida.

A Constituição Democrática não se limita a desenhar a forma de governo e a reforçar a garantia dos direitos, mas estabelece também os princípios fundamentais que fundamentam o regime político. Desse modo cria as condições necessárias para se colocar de modo claro acima da lei do Parlamento: isso porque agora ela não contém somente os critérios de distribuição das competências das autoridades constituídas, mas também (e principalmente) os conteúdos éticos e programáticos a orientarem o desenvolvimento da atividade legislativa.

As noções de valores constitucionais e direitos sociais passam a funcionar como filtro axiológico de toda a ordem normativa, orientando a atividade do legislador e impondo a exclusão do ordenamento de quaisquer normas que não se adequem aos critérios fixados pela Constituição. Afinal, ela agora contém princípios que ninguém pode violar, nem mesmo o legislador, sob pena de se abalarem os alicerces fundadores da comunidade política.

As novas circunstâncias tornam possível o desenvolvimento de um novo modelo de controle de constitucionalidade, não mais incidental, concreto e voltado à preservação da estrutura institucional, mas direto, abstrato e voltado à preservação dos valores e direitos que atuam como fundamento dessa estrutura. Esse novo modelo aparece pela primeira vez formalizado na Constituição Austríaca de 1920, cujo texto havia sido redigido por Hans Kelsen, e se espalha em seguida pelas Constituições Democráticas do pós-guerra.

Artigo 89. [*Constituição da República Austríaca, 1920 – tradução livre*] [...]

(2) Se um tribunal tiver dúvidas quanto à aplicação de uma portaria por ser contrária à lei, deve apresentar ao Tribunal Constitucional um pedido de rescisão dessa portaria. Se o Supremo Tribunal ou um tribunal de segunda instância competente para se pronunciar tiver dúvidas quanto à aplicação de uma lei por ser inconstitucional, deve apresentar ao Tribunal Constitucional um pedido de rescisão dessa lei.

Como se vê, já não é mais a mesma questão da Constituição Liberal. Não se trata mais somente de se invalidar pontualmente leis eventualmente editadas em contrariedade às prescrições constitucionais; a questão agora é a proteção do texto constitucional em abstrato, como um todo. E a teoria jurídica passa a se debruçar sobre o tema.

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA – CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO

A partir do momento em que a Constituição estabelece um conjunto de valores a serem preservados pela sociedade e pelo Estado – e inclusive pela atividade legislativa – passa a se colocar a questão de quem deve ser o defensor do texto constitucional. Não é óbvia ou natural a atribuição dessa tarefa a um órgão jurisdicional.

Nos Estados Federativos como os Estados Unidos, o México, a Alemanha e mesmo o Brasil, a corte suprema havia sido criada como órgão de preservação da legislação federal em face das legislações estaduais, e como instrumento de resolução de conflitos que envolvessem os Estados federados – entre si ou com a União. Usualmente nomeados pelo Presidente da República, os seus ministros possuíam legitimidade apenas indireta, a justificar dúvidas quanto à abrangência da sua autoridade. Em face das novas circunstâncias criadas pela Constituição Democrática, a natureza essencialmente política do controle de constitucionalidade parecia demandar a participação de agentes mais diretamente vinculados à própria atividade política, como o Parlamento ou o Chefe do Poder Executivo.

Foi esse, por exemplo, o pensamento de Carl Schmitt, cuja reflexão se desenvolveu em meio à crise da República de Weimar. Em 15 de outubro de 1927 a Corte suprema do Reich havia se autodeclarado detentora do poder de proteger a constituição diante das facções políticas, econômicas e sociais que agitavam a república, mesmo sem explícito fundamento constitucional – gerando acerbos questionamentos por parte da sociedade e dos integrantes dos demais poderes. Em 1929 Schmitt enfrenta o problema no texto *O Guardião da Constituição*¹²: argumenta que a proteção da constituição não é uma questão estritamente jurídica, mas política, devendo ser atribuída a um poder neutro e intermediário colocado ao lado dos demais poderes constitucionais.

Para Schmitt, o guardião da constituição deve ser um poder político neutro e democrático, incompatível com a Corte suprema – justamente por sua natureza de órgão jurisdicional, sem fundamento democrático, inapto ao exercício da autoridade política. Em sua concepção somente o presidente do Reich poderia assegurar a imparcialidade necessária à defesa da Constituição, por ser o único capaz de representar a unidade do povo alemão.

O presidente do Reich se encontra no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. [...]

Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar do conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich^{13, p. 232}

Em explícita resposta a Schmitt, Kelsen escreve em 1931 o texto *Quem deve ser o guardião da constituição*^{14, p. 237}. Nele argumenta que, sendo a constituição destinada a estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, o controle de conformidade à constituição não pode ser confiado aos órgãos cujos atos devam ser controlados. Critica, assim, o pensamento de Schmitt, cuja teoria amplia a competência do presidente do Reich de modo a alçá-lo à posição de ditador – incompatível com a função de um garante da constituição^{15, p. 246}. Suporta, em oposição, a necessidade de um órgão jurisdicional de controle, defendendo o trabalho que já havia realizado na redação da Constituição Austríaca e sustentando a

¹² SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹³ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

fiscalização concentrada e abstrata de constitucionalidade, com a atribuição a um único órgão da competência para controlar em tese a constitucionalidade das leis.

Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. [...] A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas constitucionais [...], a atividade de legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. [...] É, portanto, efetivamente jurisdicional¹⁶, p. 153

A visão de Kelsen acaba predominando nas constituições democráticas do pós-guerra, que estabelecem o controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, realizado de forma direta e abstrata, com eficácia *erga omnes*, tendo por objetivo a preservação em tese dos valores fundamentais instituídos pelo texto constitucional.

2.3 O CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O controle jurisdicional concentrado demora algum tempo para chegar ao ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de se enquadrar no padrão, a nossa primeira constituição democrática do pós-guerra (a de 1946) não o incorpora, mantendo somente o controle difuso.

A aproximação de nosso sistema ao modelo de controle concentrado ocorre pela primeira vez com a Emenda Constitucional 16/1965, que inseriu a alínea k no art. 101 da Constituição de 1946, atribuindo ao STF a competência originária de apreciar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa encaminhada pelo Procurador Geral da República.

Art. 101. [Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946/ Emenda Constitucional 16/1965] Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

l - processar e julgar originariamente: [...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

Mas o contexto de instituição do controle abstrato no Brasil foi bastante distinto daquele que levou à sua formação na Europa. Como explica Continentino¹⁷, p. 106, na concepção kelseneana a jurisdição constitucional teria por objetivo tanto evitar a tendência antidemocrática do governo dos juízes, quanto resguardar os princípios da segurança jurídica e da supremacia parlamentar, em defesa das minorias legislativas. No Brasil pós-Golpe Militar,

¹⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁷ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

contudo, a lógica do controle abstrato se alinhava ao propósito autoritário de centralização, representando a continuidade das reformas constitucionais iniciadas pelo Ato Institucional nº 2 – que ampliava o número de ministros do STF, suspendia as suas garantias e vedava a apreciação judicial de atos governamentais baseados na legislação de exceção:

Art. 6º [Ato Institucional nº 2] Os arts. 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação: [...]

“**Art. 98.** O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.”

Art. 14. [Ato Institucional nº 2] Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.

Parágrafo único. Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.

Art. 19. [Ato Institucional nº 2] Ficam excluídos da apreciação judicial:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.

No contexto de sua instituição, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade não representava efetiva limitação ao arbítrio do Estado ou proteção das garantias fundamentais. Com ministros nomeados pelo regime ditatorial, despojados das garantias necessárias ao exercício de suas funções e impedidos de controlar atos de exceção, a adoção do novo modelo de controle apoiava e reforçava o novo regime, integrando o STF à lógica decisória do governo central federal.

O modelo é mantido na Constituição de 1967, mas aprofundado na Constituição de 1988, que em contexto radicalmente distinto o expande e complexifica. De fato, a Constituição de 1988 finalmente consagra o modelo de constituição democrática típico do Estado Constitucional. Estabelece amplo rol de direitos e garantias fundamentais, tanto de caráter individual quanto de caráter social, e firma o atual sistema misto de fiscalização de constitucionalidade, que engloba o modelo americano de controle difuso e o modelo austríaco de controle concentrado.

Art. 102. [Constituição da República Federativa do Brasil, 1988] Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

E é nesse contexto que se põe novamente em discussão a Súmula 347 do STF.

2.4 A RELEITURA DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 modifica o fundamento normativo da Súmula 347, mas mantém a sua essência. Agora as atribuições do Tribunal de Contas são definidas pelo art. 71 da Constituição, que prescreve:

Art. 71. [*Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*] O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Essencialmente não mudou, como se vê, o texto da norma sumulada. Mudou, porém, o seu contexto. Se na Constituição de 1946 vigia um sistema de controle exclusivamente difuso, na Constituição de 1988 se implementou um sistema misto, acrescentando-se a possibilidade de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade por parte da Corte Constitucional.

Essa mudança motivou a alteração do posicionamento adotado pela Suprema Corte, que passou a veicular opinião crítica ao conteúdo da antiga súmula. O novo posicionamento foi pela primeira vez manifestado no Mandado de Segurança 25.888/DF, que teve como relator o Min. Gilmar Mendes: a ação questionava decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, que em relatório de auditoria havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, determinando à Petrobrás que se abstinhasse de aplicá-los às suas licitações e contratos e que passasse a observar os ditames da Lei 8.666/93.

A decisão do TCU ainda alertava a Petrobras para o fato de que atos futuros praticados com base nos dispositivos impugnados viriam a ser considerados irregulares, implicando a responsabilização pessoal dos agentes praticantes. Desse modo conferia caráter abstrato e *erga omnes* à decisão proferida, extrapolando os tradicionais limites do controle difuso concreto.

Dar ciência à Petrobrás do entendimento consignado no item 8.1 retro, de que **os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa**, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93.

A empresa recorreu ao Supremo, que invalidou a decisão do TCU e alertou para a necessidade de reavaliação da Súmula 347, em face da nova ordem constitucional. Segundo o Ministro Relator Gilmar Mendes, a ampliação dos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato implica uma restrição do controle concreto, cada vez menos necessário para o atendimento de pleitos tipicamente individuais.

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. 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.**

O posicionamento tem sido reiterado no âmbito do STF. Mais recentemente, ao julgar o Mandado de Segurança 35.824/DF, o Ministro Relator Alexandre de Moraes concedeu segurança para determinar ao TCU que se abstinisse de declarar inconstitucionalidade da Lei 13.464/2017. A declaração incidental do TCE havia fundamentado ordem de cessão do pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade a servidores públicos, o que a Corte Suprema julgou extrapolar a competência constitucional da corte de contas. Segundo o relator, a atuação dos tribunais de contas no controle de constitucionalidade gera graves riscos de usurpação da competência constitucional do STF, na medida em que traz consigo a “transcendência dos efeitos”, aplicando-se igualmente a todos os demais casos idênticos, tornando as decisões *erga omnes* e vinculantes no âmbito do tribunal.

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretensu argumento de que lhe seja permitido em virtude de sua competência constitucional para zelar, em auxílio ao Congresso Nacional, pelo controle externo da Administração Pública. Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Conselho Nacional de Justiça, artigo 130-B; Ministério Público – Constituição Federal, artigo 129, II e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de atribuição é idêntica ao CNJ – Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º, II), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao Tribunal de Contas da União exercer na plenitude todas as suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade. O exercício dessa competência jurisdicional pelo TCU acarretaria tripla desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. [...]

Porém, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões para todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. O controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois, na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes no âmbito daquele tribunal. A decisão do TCU configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, 'a'), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X).

Parece ser justamente essa a questão relevante. O que está em debate não é o conteúdo original da súmula, mas os novos significados passíveis de se lhe atribuir em face do novo regime constitucional de controle de constitucionalidade. O estabelecimento do modelo de controle abstrato e concentrado gera duas consequências: por um lado, incute na cultura jurídica a noção de efeitos vinculantes *erga omnes* da decisão judicial, que decorrem da sua própria natureza de controle em tese; por outro lado, concentra esse tipo de controle na corte constitucional, de modo absoluto e exclusivo.

A reformulação do regime de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988 produz, assim, um risco que inexistia quando da edição da Súmula 347: o de abstrativização implícita do controle difuso, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal. Com efeito, a partir do momento em que a nova mentalidade jurídica admite a concessão de efeitos vinculantes *erga omnes* a uma decisão judicial de controle de constitucionalidade, torna-se muito difícil não reconhecer os mesmos efeitos a qualquer decisão, especialmente quando proferida por um órgão de controle como é o caso dos

Tribunais de Contas. Por outro lado, a partir do momento em que essa mesma mentalidade considera haver um único órgão legitimado a proferir esse tipo de decisão, torna-se difícil admitir o exercício do controle de constitucionalidade por parte de outros órgãos concorrentes, em face do risco sempre presente de “transcendência dos efeitos” de suas decisões. E esse é sempre um risco muito real, como se infere da decisão proferida no Mandado de Segurança 35.824/DF, mas também da própria atuação dos Tribunais de Contas, que têm cada vez mais expandido os limites de sua atuação – como se pode verificar no dispositivo abaixo transcrito, do Regimento Interno do TCE-SP:

Art. 126. [Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo] A decisão que concluir por negar cumprimento à lei ou ato considerado inconstitucional **constituirá, para o futuro, norma definitiva e de aplicação obrigatória, nos casos análogos**, salvo se a Câmara, por motivos relevantes, achar necessário provocar novo pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a matéria.

Compreende-se, então, que aquilo que o STF tem procurado afastar não é o controle concreto de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas; mas os seus potenciais efeitos abstratos, que representariam usurpação de sua competência constitucional e violação de normas básicas de organização do Estado Constitucional Democrático instituído pela Constituição de 1988. O novo dilema é compreensível em face da alteração do regime constitucional promovida pela Constituição Cidadã, não só por estabelecer o sistema misto de controle de constitucionalidade (como indicara o Ministro Gilmar Mendes), mas principalmente por se vincular a um novo modelo de Estado e Constituição, fundado na atuação democrática e na proteção constitucional dos valores fundamentais da sociedade mesmo perante a lei.

■ CONCLUSÃO

A adequada compreensão histórica da nossa tradição constitucional parece contribuir não só para o melhor entendimento do problema, mas também para a mais precisa delimitação dos seus termos. Compreendidas as disputas quanto à vigência da Súmula 347 do STF como efeito da transição de regime constitucional promovida pela Constituição de 1988, que finalmente implantou no país a Constituição Democrática típica de um Estado Constitucional, a discussão pode deixar de se preocupar com a dogmática jurídico-constitucional de distribuição das competências entre os entes do Estado para se concentrar na própria transição do regime e nos efeitos que ela provoca na mentalidade jurídica dominante.

Sob essa nova perspectiva, a revisão do texto da Súmula 347 do STF não precisa mais ser compreendida em termos de política ou técnica, cumprimento ou descumprimento, observância ou revogação da súmula ou do texto constitucional. Afinal, não é a vontade dos ministros o fator determinante dessa revisão, mas a própria alteração do contexto normativo em que a Súmula se enquadra, a demandar a reinterpretção restritiva dos seus conteúdos de modo a se promover a sua adequação ao novo regime.

Em outras palavras, a Súmula 347 tem sido objeto de uma verdadeira “derrogação contextual” que, sem afetar o texto de qualquer das normas de referência, impõe a modificação do seu significado para a sua compatibilização com os novos modelos de Estado, de mentalidade jurídica de Constituição.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO JÚNIOR, Sérgio Neves. O controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas. *Cadernos*, São Paulo, v. 1, n. 2, ago., p. 84-96, 2018.
- BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. A possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Contas: um estudo da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal e a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Müller (org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos*, v. II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016, p. 177-196.
- BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 48-54, out./dez. 2002.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, fev./mai. 2018.
- DALLA COSTA, Bruno Tsugami. *O controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal ao Mandado de Segurança n. 35.410/DF*. 2022. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas). Brasília: Universidade de Brasília, 2022.
- DUTRA, Micaela Dominguez. O Tribunal de Contas e o verbete nº 347 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.
- FERRAZ, Leticia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Tribunais de contas e a abstrativização do controle de constitucionalidade: relativização da Súmula n. 347 do STF. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 133, p. 253-281, nov./dez. 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione, In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa* (a cura di Maurizio Fioravanti). 20 ed. Roma-Bari: Laterza, 2022, p. 3-36.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA FRANCO, Luisa Doria. Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal: uma análise do controle de constitucionalidade. *Revista MPC-PR*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 494-506, nov./mai. 2020.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

