



## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: ANÁLISE ACERCA DA SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Leticia dos Santos Vieira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).  
Advogada.

**Resumo** – recentes decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal trouxeram ao debate uma possível superação de sua Súmula nº 347. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias quanto ao fenômeno da concentração do controle de constitucionalidade ao longo da história da jurisdição constitucional brasileira e de uma possível usurpação de competência por parte do Tribunal de Contas. No presente trabalho, busca-se analisar esses posicionamentos divergentes à luz do método da dupla coerência, usado pela doutrina para aferir a legitimidade do *overruling*, como uma forma de lançar luz à segurança e higidez da Súmula nº 347 nos dias atuais.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Tribunais de Contas. Controle de Constitucionalidade. Enunciado da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal.

**Sumário** – Introdução. 1. O controle de constitucionalidade no âmbito do Tribunal de Contas: uma discussão pautada no desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil. 2. O fenômeno do *overruling*: o valor do precedente no ordenamento jurídico e a sua adequada superação através do método da dupla coerência. 3. As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise dos argumentos contrários ao controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca analisar a validade do Enunciado da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal frente à evolução jurisprudencial experimentada na Corte Suprema nos últimos anos, com o objetivo de investigar a ocorrência do fenômeno do *overruling*.

Para tanto, volta sua atenção, no capítulo 1, aos fundamentos que levaram à edição da Súmula no ano de 1963 a partir de uma perspectiva do que é o controle de constitucionalidade e qual o papel do Tribunal de Contas no ordenamento pátrio.

Nesse sentido, são apresentados os sistemas globais de controle de constitucionalidade como uma forma de compreender o modelo pátrio, criado a partir da influência da jurisdição constitucional norte-americana e germânica.

Fixa-se, desse modo, o contexto que levou ao reconhecimento da legitimidade do Tribunal de Contas para afastar a aplicação de normas tidas como inconstitucionais ao realizar sua atividade fim.

Em seguida, no capítulo 2, são apresentadas as bases teóricas que permitem ao operador do direito avaliar a legitimidade do fenômeno do *overruling*, esclarecendo a relevância que o precedente

ganhou no ordenamento pátrio, especialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, bem como a forma como é feito o método da dupla coerência.

Fornecidos estes elementos, passa o presente trabalho, em seu capítulo 3, a avaliar os argumentos que estão sendo suscitados por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal para defender a superação da Súmula nº 347, criando um quadro geral que permite compreender o movimento doutrinário por trás dos posicionamentos.

Ao final, a conclusão analisa se o movimento de superação do precedente manifestado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal passa pelo controle do método da dupla coerência, como uma forma de reconhecer a legitimidade ou a ilegitimidade do *overruling*.

O trabalho tem apresenta natureza exploratória, explicitando o problema trazido e investigando suas causas. Já a metodologia baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com análise documento consultando artigos, livros e documentos.

## 1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O controle de constitucionalidade pode ser compreendido, de forma sintética, como a atividade de apurar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição, tendo como premissas básicas a supremacia e a rigidez do texto constitucional.

Trata-se, em realidade, de uma forma de exercício da jurisdição constitucional indireta, quando juízes e tribunais utilizam a Constituição como referência para atribuir sentido a uma norma constitucional ou como parâmetro para sua validade<sup>1</sup>.

O modelo como o dito controle é realizado permite classifica-lo dentro daquilo que a doutrina denomina de sistemas, sendo os principais sistemas globais o americano e o austríaco<sup>2</sup>.

O modelo americano, pioneiro no exercício do controle de constitucionalidade<sup>3</sup>, é incidental e concreto, pois realizado no bojo de uma lide concreta que se apresente ao órgão jurisdicional, na

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.

<sup>2</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136)>. Acesso em 22 mar. 2022.

<sup>3</sup> O caso “Marbury v. Madison” julgado pela Suprema Corte americana é apontado como marco inaugural do controle de constitucionalidade. Nesse sentido: “Marbury v. Madison (...) foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenha” BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 32.



qual a declaração de inconstitucionalidade da norma não é o pedido principal, mas mera causa de pedir.

Além disso, o sistema americano tem caráter difuso, pois a competência para realizar o controle de constitucionalidade é conferida a todos os juízes e tribunais no exercício da jurisdição.

O sistema austríaco, por seu turno, é concentrado, já que realizado por um único órgão, a Corte Constitucional Federal, e abstrato, pois o pedido apresentado ao órgão é exatamente para que se verifique a compatibilidade da norma ou ato normativo impugnado frente ao texto constitucional, visando a produção de efeitos erga omnes.

O Brasil, ao longo dos anos, recebeu influência de ambos os sistemas, resultando em um modelo próprio de controle, marcado pela possibilidade concomitante do exercício de controle difuso, incidental e concreto, e do exercício concentrado e abstrato feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Há, no entanto, peculiaridades próprias da ordem constitucional pátria, que impedem reconhecer uma total identidade com os sistemas alienígenas. Quanto ao controle difuso, observa-se que não foi importado o modelo americano da *stare decisis*, que traz eficácia *erga omnes* às decisões dos tribunais, restando a decisão sobre a inconstitucionalidade da norma limitada às partes.

Inicialmente, a única forma de dar eficácia *erga omnes* para as decisões proferidas em sede de controle difuso no Brasil era através do poder conferido ao Senado Federal de suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tal como estabelece o atual art. 52 X, CRFB/88<sup>4</sup>.

Posteriormente, o ordenamento pátrio, influenciado pelo modelo da *common law*, incorporou outros institutos que permitiram atribuir caráter vinculante para decisões proferidas pelos Tribunais, por meio de institutos como a Repercussão Geral e o Incidente de Resolução de Demandas Resolutivas, introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015<sup>5</sup> (art. 927).

No que toca ao sistema austríaco, a grande diferença observada no Brasil reside na concentração da atividade de controle no Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário, enquanto no país europeu a Corte Constitucional Federal não é parte do Poder Judiciário, o que lhe confere maior afastamento dos juízes e tribunais no exercício do controle de constitucionalidade.

Em 1963, quando a Corte Constitucional editou o enunciado da Súmula nº 347<sup>6</sup>, redigida nos seguintes termos: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a

<sup>4</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 347*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula347/false>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, voltava-se exclusivamente para o controle difuso, concreto e incidental, desprovido de caráter erga omnes.

Para compreender o raciocínio adotado no RMS nº 8.372-Ceará<sup>7</sup>, de relatoria do Min. Pedro Chaves, que culminou na edição da súmula em destaque, é preciso compreender o papel do Tribunal de Contas como órgão responsável pelo controle externo e auxiliar do Poder Legislativo na “missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade”<sup>8</sup>.

Previsto dentro do Capítulo I Do Poder Legislativo, discute-se na doutrina e na jurisprudência a independência do órgão <sup>9</sup>, sendo certo concluir que lhe foram conferidas competências exclusivas no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da Administração direta e indireta.

A Constituição Federal, no seu art. 70<sup>10</sup>, apontou como vetor do controle realizado pelo Tribunal de Contas a legalidade, interpretada pela doutrina de forma ampla, sob o prisma da juridicidade, que, conforme explica Alexandre Santos de Aragão<sup>11</sup>:

trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o “bloco de legalidade” que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa.

Assim, é inafastável a conclusão de que o Tribunal de Contas está direta ou indiretamente vinculado, no seu atuar, à Constituição Federal, e não apenas à lei em sentido estrito, de modo que lhe recairia um verdadeiro dever de afastar a aplicação de leis inconstitucionais no caso concreto. Foi justamente esse o raciocínio desenvolvido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no RMS nº 8.372-Ceará<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 8.372/CE*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>. Acesso em: 22, mar. 2022.

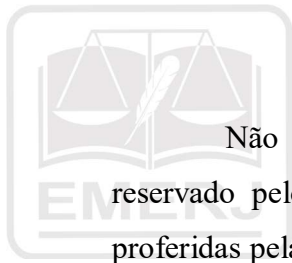
<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal De Contas Da União. *Portal TCU*. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm>>. Acesso em 20 fev. 2022.

<sup>9</sup> O Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI nº 4.190 Rio de Janeiro, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 10 março de 2010, defendeu que: “[...] a identidade do Ministério Público com o Poder Legislativo, e daí a inserção topográfica é idêntica, é porque no plano das funções eles cumprem a mesma função: controle externo, mas no plano anatômico da estruturação de um e de outro há absoluta autonomia, apenas a Constituição topograficamente, para cuidar melhor da função do controle externo, juntou os dois órgãos, mas são dois órgãos autônomos desempenhando uma mesma função de controle externo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.190*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>>. Acesso em: 22. mar. 2022.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. – 2 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 58.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.



Não há, portanto, exercício de controle concentrado de constitucionalidade, o qual foi reservado pelo ordenamento pátrio ao Supremo Tribunal Federal, sendo certo que as decisões proferidas pela Corte de Contas restam adstritas às partes.

Para afastar qualquer dúvida nesse sentido, o Pretório Excelso, no julgamento do RMS nº 8.372-Ceará<sup>13</sup> explicou que não se confundem “os fenômenos da declaração de inconstitucionalidade e da não aplicação de leis inconstitucionais, tendo sido esta última considerada obrigação de qualquer Tribunal”<sup>14</sup>.

À título de exemplo, pode-se imaginar a hipótese em que o Tribunal de Contas, ao analisar o ato de aposentadoria de certo servidor público, nega seu registro com fundamento na inconstitucionalidade da lei que amparou o ato, sem que esta decisão implique em negativa de vigência da lei inconstitucional para fora do processo.

## 2. O FENÔMENO DO *OVERRULING*: O VALOR DO PRECEDENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SUA ADEQUADA SUPERAÇÃO ATRAVÉS DO MÉTODO DA DUPLA COERÊNCIA

Antes de adentrar na análise das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da superação do Enunciado da súmula nº 347<sup>15</sup>, é preciso compreender no que consiste o fenômeno de superação do precedente, o que dará bases para verificar a legitimidade e pertinência do movimento realizado pelo Pretório Excelso.

Como adiantado, o ordenamento pátrio experimenta uma ampliação da influência do sistema da *common law*. Dentro desse movimento, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) foi responsável por consolidar um sistema de precedentes amplo, visando atrair maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Em seu artigo 927, o CPC/15<sup>16</sup> previu uma série de institutos que vincularão juízes e tribunais na sua atuação, dentre eles está o enunciado das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, justamente o caso da súmula nº 347<sup>17</sup>.

O mesmo dispositivo, em seus parágrafos, cuidou da superação dos precedentes, estabelecendo a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

---

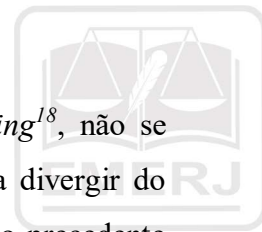
<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> WILLEMANN, Mariana Montebello. Controle de constitucionalidade por órgão não jurisdicionais. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 56-75, set. 2012. p. 32.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.



Importante frisar que a superação do precedente, conhecido como *overruling*<sup>18</sup>, não se confunde com o fenômeno do *distinguishing*<sup>19</sup>, embora ambos sejam técnicas para divergir do precedente. Este é, em realidade, uma técnica de diferenciação para deixar de aplicar o precedente em virtude de particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Não se está negando a validade e eficácia vinculante do precedente, mas apenas reconhecendo sua inaplicabilidade na demanda.

O *overruling*, por seu turno, é a superação total do precedente em razão de modificações supervenientes no plano fático, econômico, social ou jurídico, que aniquilam a manutenção do precedente, sem prejuízo da possível modulação de efeitos<sup>20</sup>.

Na doutrina, é possível encontrar também o termo *overrinding*, quando a superação do precedente é parcial, “limitada a situações específicas”<sup>21</sup>, e o termo *signaling*, que consiste em uma técnica preparatória para revogação do precedente, em que se anuncia possível alteração ante a desatualização do entendimento judicial<sup>22</sup>.

Como esclarecido, o *overruling* pressupõe uma modificação superveniente enfrentada no bojo da sociedade, o que demanda cotejo analítico com as circunstâncias vivenciadas à época da construção do precedente com aquelas experimentadas no presente.

Nesse sentido<sup>23</sup>:

para que se proceda com a superação do precedente judicial, é necessário que as razões para a mudança sejam mais fortes do que as razões para a continuidade. É dizer, não é suficiente o entendimento dos magistrados de que uma nova norma seria mais conveniente ou oportuna do que a consagrada no precedente, ou ainda que o precedente esteja fundado em um erro. A inadequação da *ratio decidendi* a proposições sociais e ao sistema jurídico é um argumento essencial, mas, imprescindível reconhecer, não constitui fundamento suficiente para a superação.

<sup>18</sup>ROCHA, L. B. da. A teoria do *overruling* à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 77–89, 2019. DOI: 10.22477/rdj.v110i1.340. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/340>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. *Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, vi, do CPC/2015*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.252.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.17.PDF). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>21</sup> GOMES, R. P. *Superação prospectiva (prospective overruling) como regra - (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial*. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/535>. Acesso em: 22 mar. 2022.

<sup>22</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RProComp\\_n.3.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.06.PDF)> Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>23</sup> Ibid.



Nessa perspectiva, é preciso reconhecer que o *overruling* representa uma resposta judicial de caráter excepcional, apenas invocada diante do desgaste do precedente, desgaste esse suficiente “a condiança do jurisdicionado na solução determinada pelo precedente ilegítima”<sup>24</sup>.

Como uma forma de trazer um método ao processo do *overruling*, a doutrina trabalha com a ideia de aferição do desgaste da dupla coerência do precedente, a qual consistiria na congruência social e na consistência sistêmica, através da realização do teste da dupla coerência, considerado a norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*)<sup>25</sup>.

Quando o precedente carece da dupla coerência, ele viola os princípios básicos que sustentam o próprio precedente, qual seja, a segurança jurídica e a igualdade, de modo que sua replicação deixa de ser autorizada.

Quanto a congruência social, ela seria perdida na hipótese em que o precedente firmado passasse a negar preposições morais, que determinam uma conduta como certa ou errada a partir de um consenso geral existente naquela comunidade, políticas, que permitem reconhecer uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral, e de experiência, que dizem respeito ao modo como o mundo funciona<sup>26</sup>.

Para tornar mais clara a compreensão, Wagner Arnold Fensterseifer<sup>27</sup> cita como exemplo o caso do pai que possui dois filhos, tendo autorizado que eles, ao atingirem a maioridade, utilizem o veículo da família para passear.

Ocorre que o filho mais velho, ao atingir 18 anos, utiliza o veículo embriagado e causa um acidente. Dois anos depois, quando o filho mais novo completa 18 anos e pleiteia o uso do veículo, tendo como precedente aberto pelo pai para o seu irmão, é surpreendido pela negativa de seu pai.

O doutrinador afirma que haveria na hipótese um *overruling* legítimo, baseado na experiência anterior que revelou a ausência de maturidade dos filhos para dirigir o veículo ao atingir 18 anos, diante da ausência de congruência social capaz de sustentar o precedente.

A consistência sistêmica, por seu turno, é perdida quando há uma nova concepção o precedente se torna incoerente em comparação com outras decisões da Corte, ou seja, quando “os fundamentos do precedente a ser superado passam a ser incompatíveis com os fundamentos afirmados em outros precedentes do mesmo tribunal ou dos tribunais superiores”<sup>28</sup>.

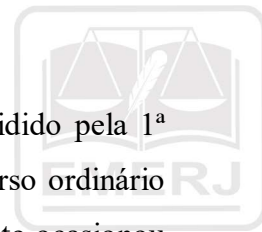
<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> GOLDZVEIG, Gustavo. Os Honorários Advocáticos da Defensoria Pública e a superação da Súmula 421 Do STJ. *RCI Revista Científica Integrada*. Vol. 4, Edição 1, Guarujá, Janeiro, 2019. p. 11

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 252

<sup>27</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., nota 19.

<sup>28</sup> MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232 p. 321, jun. 2014.



Como exemplo, Wagner Arnold Fensterseifer aponta um caso concreto decidido pela 1ª Turma do STF<sup>29</sup>, que admitia a utilização do habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional, em razão do trâmite prioritário do habeas corpus. Contudo, o precedente ocasionou grande quantidade de habeas corpus, inviabilizando a tramitação célere, revelando um prejuízo sistêmico maior que o benefício trazido pelo precedente. Como consequência, o Ministro Marco Aurélio sustentou que o precedente deveria ser superado, pois esbarraria no requisito da consistência sistêmica.

A superação do precedente, portanto, é fenômeno que demanda uma análise técnica pelos tribunais, afim de preservar a segurança jurídica que ensejou sua criação. Nessa perspectiva surge o fenômeno chamado de sinalização (*signaling*), usado pelos tribunais como mecanismos de transição para o *overruling*.

A *signaling* está caracterizada quando o tribunal segue utilizando o precedente, porém, faz considerações, no bojo da fundamentação, que revelem considerá-lo impertinente no sistema jurídico, sinalizando para a superação do precedente. Com isso, os sujeitos já estão cientes de que aquele precedente não é confiável, de modo que não restará surpresa quando houver *overruling*<sup>30</sup>.

### 3. AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Recentemente, ganhou voz no Supremo Tribunal Federal um posicionamento contrário à manutenção do Enunciado nº 347<sup>31</sup>. Desse modo, passa a ser necessário explorar os argumentos suscitados por essa nova corrente para analisar a ocorrência do fenômeno do *overruling*.

Em 2006, no bojo do MS nº 25.888<sup>32</sup>, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, deferiu pedido liminar à impetrante Petróleo Brasileiro S/A para suspender os efeitos de uma decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União que afastava a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional.

Em sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes começa discordando da posição adotada pelo Tribunal de Contas da União no bojo processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria) quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745, defendendo a conformidade com o

<sup>29</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., nota 19.

<sup>30</sup> GOMES, op. cit., p. 38

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 5

<sup>32</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 25888 MC / DF. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>>. Acesso em: 23 mar. 2022.





texto constitucional e a consequente possibilidade de aplicação dos diplomas legais pela Petróleo Brasileiro S/A.

Após tais ponderações, o Relator começou a apresentar seu raciocínio contrário à manutenção da súmula nº 347. Em primeiro lugar, ele ressaltou o fato do contexto constitucional existente em 1963, ano da edição do verbete, ser totalmente diverso daquele experimentado após a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, responsável por introduzir ao sistema constitucional brasileiro o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

Adiante, o Ministro fala em uma mudança radical trazida pela Constituição Federal de 1988. Em sua visão, a ampliação do rol de legitimados para propor ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, deixando de ser o Procurador Geral da República o único possuidor de legitimidade *ad causam*, representou, na realidade, uma espécie de esvaziamento do controle de constitucionalidade difuso.<sup>33</sup>

Portanto, o cerne da argumentação contrária ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas estava justamente na chamada tendência de concentração do controle. O raciocínio consiste em analisar essa tendência como um instrumento de gradual substituição do controle difuso pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Esmiuçando a doutrina de Gilmar Mendes, em busca de uma maior compreensão sobre sua posição adotada no MS nº 25.888, de pronto se constata a nítida influência do direito alemão em sua formação. Mestre e Doutor pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, RFA, o Ministro dedicou-se aos estudos da Corte Constitucional Alemã e é autor de textos voltados à análise do controle de constitucionalidade no país germânico<sup>34</sup>.

Ainda em 1995, o Ministro já escrevia em seus artigos sobre uma “tendência – ainda que fragmentária – à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”<sup>35</sup>.

Nessa linha de reflexão, Gilmar Mendes coloca o Supremo Tribunal Federal como verdadeiro protagonista do controle de constitucionalidade. Inclusive, o Ministro é defensor da ideia de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CRFB/88<sup>36</sup>, dispositivo que reconhece ao Senado

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. *Curriculo Biografia*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=GilmarMendesCurriculoBiografia>>. Acesso em 19 jun. 2022.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/EVOLU%C3%87%C3%83O-DO-DIREITO-CONSTITUCIONAL-BRASILEIRO-E-O-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-DA-LEI.pdf> >. Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

Federal o poder de suspender a eficácia de normas que fossem declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal<sup>37</sup>.

Percebe-se, portanto, que, por trás da decisão proferida no MS nº 25.888, existe um forte arcabouço doutrinário em defesa da releitura de alguns institutos que fazem parte do controle de constitucionalidade brasileiro, a fim de torná-lo um sistema mais uniforme e aproximado ao modelo das Cortes Constitucionais europeias.

Adiante, torna-se necessário fazer ponderações quanto ao caráter paradigmático do voto do Min. Gilmar Mendes no MS nº 25.888<sup>38</sup>, o qual foi amplamente reproduzido em decisões monocráticas proferidas por outros Ministros no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em pesquisa detalhada, observou-se que essas decisões, em regra, foram exaradas em idêntico contexto fático de aplicação da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745 pela Petróleo Brasileiro S/A.

Inclusive, em alguns desses julgados, como nos MS 28.745<sup>39</sup>, de relatoria da Min. Ellen Gracie, no MS 27.742<sup>40</sup>, de relatoria da Min. Carmen Lúcia, e no MS 25.986/DF<sup>41</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello, chama atenção que os Ministros, ao copiarem *ipsis litteris* a decisão do Min. Gilmar Mendes, só incluíram o trecho que trata sobre a conformidade do Decreto nº 2.745 com a Ordem Constitucional, deixando de fora a passagem da decisão que suscita a superação do Enunciado nº 347.

Além disso, observa-se que, mesmo nas decisões que reproduziram a integralidade da liminar concedida no MS nº 25.888, como é o caso do MS 26.410/DF<sup>42</sup>, de relatoria do Min. Relator Ricardo Lewandoswki, e do MS 27.232/DF<sup>43</sup>, de relatoria do Min. Eros Grau, os julgadores não apresentaram com suas próprias palavras e argumentos a defesa da superação do Enunciado.

---

<sup>37</sup> O Ministro Gilmar Mendes escreveu “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso”. MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. P. 165. Disponível em < <http://www.gilmar Mendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/O-PAPEL-DO-SENADO-FEDERAL-NO-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-UM-CASO-CLASSICO-DE-MUTAÇÃO-CONSTITUCIONAL.pdf> > Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>38</sup> Op. cit., nota 31.

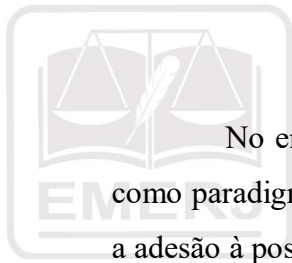
<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.745 MC. Relator: Ministra ELLEN GRACIE. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho206386/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27.743 MC. Relator: Ministra CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho107401/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 25.986-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho35254/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.410-MC/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandoswki. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120884/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27.232-MC/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho109037/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.



No entanto, foi localizada uma decisão que, de modo excepcional, utiliza o MS nº 25.888 como paradigma em contexto totalmente diverso e que, além disso, reforça em seus próprios termos a adesão à posição de superação do Enunciado nº 347.

Trata-se do julgamento do MS 35.410/DF<sup>44</sup>, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, que, alegando a tutela do papel do Supremo Tribunal Federal como “guardião da Constituição”, afastou, por maioria, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes argumentou que o controle de constitucionalidade exercido pela Corte de Contas representaria um “atentado tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema”<sup>45</sup>.

Ressaltou ainda que a possibilidade de controle difuso pela Corte de Contas não estaria, na maior parte das vezes, limitada ao caso concreto, mas, em realidade, implicaria em determinar aos órgãos da administração que deixasses, de aplicar essa mesma lei para todos os casos, o que tonaria a decisão *erga omnes*.

Como consequência, entende o Ministro que haveria uma usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, bem como do Senado Federal, que detém o mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, tal como previsto no art. 52, X, CRFB/88<sup>46</sup>.

Manifestou-se, assim, expressamente pela superação da súmula nº 347<sup>47</sup>, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Os Ministros Roberto Barroso e Edison Fachin, por seu turno, expressamente defenderam sua manutenção.

O Ministro Roberto Barroso expressou<sup>48</sup>:

ressalvo, contudo, minha discordância em relação ao primeiro dos dois fundamentos expostos no voto do relator, como tenho feito nas demais ações em que se discute a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade por órgãos administrativos. Toda autoridade administrativa de nível superior pode, a meu ver, incidentalmente declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que limitada ao caso concreto. No presente caso, considerando que tal restrição de efeitos não foi observada, voto igualmente pelo afastamento.

O Ministro Edson Fachin<sup>49</sup>, por seu turno, fez importante menção a um precedente do Supremo Tribunal Federal, exarado no ano de 2016, em que se reconheceu a competência do Conselho Nacional de Justiça para, uma vez concluída pela inconstitucionalidade de determinado

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 35410/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2017. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho821865/false> > Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>47</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.

díploma normativo, determinar a inaplicabilidade de ato administrativo regulamentador de lei inconstitucional.

A Ministra Rosa Weber, embora não tenha defendido expressamente a manutenção da súmula, reconheceu que a Constituição Federal possibilita que o Tribunal de Contas da União, “pelo voto da maioria absoluta de seus membros, afaste a aplicação concreta de dispositivo legal reputado inconstitucional, quando em jogo matéria pacificada nesta Suprema Corte.”<sup>50</sup>

## CONCLUSÃO

A partir da análise feita na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, restou evidente a existência de um movimento no sentido de superação da Súmula nº 347. No entanto, a pesquisa revelou que apenas dois Ministros, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, expressamente se posicionaram no sentido de defender o *overruling*.

Para embasar sua posição, os argumentos centrais residem no reconhecimento de uma tendência de concentração do exercício de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em prejuízo do controle difuso feito por todos os juízes e tribunais, e em uma possível usurpação de competência da Corte Suprema por parte do Tribunal de Contas.

O *overruling*, no entanto, é um processo marcado pelo método e pela técnica. Assim, a legitimidade dos argumentos suscitados pelos supramencionados ministros só seria reconhecida caso observado o desgaste da dupla coerência em relação ao precedente.

Primeiro, quanto à congruência social, é certo que a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas não passou a negar proposições morais, bem como não representa conduta tida como errada ou ruim pela comunidade.

Pelo contrário, o artigo demonstra que a doutrina avança no sentido de entender que o Tribunal de Contas não está sujeito à mera legalidade, mas sim à juridicidade, que lhe impõe o dever de tomar decisões em conformidade com todo ordenamento, especialmente com a Constituição Federal, que ocupa seu vértice.

No que toca à consistência sistêmica, o trabalho permitiu observar que o precedente não se tornou incoerente em comparação com outras decisões da Corte. Pelo contrário, como mencionado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto no MS 35.410/DF, está em consonância com a posição da Suprema Corte no julgamento da PET 4.656/PB, que reconheceu a possibilidade do Conselho

---

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit., nota 43.



Nacional de Justiça deixar de aplicar leis inconstitucional, realizando o mesmo raciocínio da Corte Suprema ao editar a Súmula nº 347.

Sendo assim, o cenário atual não permite concluir pela ocorrência de *overruling*, mas, cria um alerta ao operador do direito, que precisará manter atualizada a realização do teste da dupla coerência para aferir a validade do precedente em questão.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 de mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.190*, Relator: Ministro Celso de Mello, Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. *Curriculo Biografia*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=GilmarMendesCurriculoBiografia>>. Acesso em 19 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 25888 MC/DF*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho38026/false>>. Acesso em: 23, mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RMS 8.372/CE*. Relator: Ministro Pedro Chaves. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>. Acesso em: 22, mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal De Contas Da União. *Portal TCU*. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm>>. Acesso em 20 fev. 2022.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. *Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, vi, do CPC/2015*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.252.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.17.PDF). Acesso em: 24 mar. 2022.

GOMES, R. P. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra - (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. *Revista de Doutrina Jurídica, Brasília*, DF, v. 111, n. 1, p. 28–45. DOI: 10.22477/rdj.v111i1.535. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/535>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MACÊDO, Lucas Buril. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao*



sistema de precedentes brasileiro. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RProComp\\_n.3.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.06.PDF)> Acesso em: 24 mar. 2022.

MENDES, Gilmar. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/EVOLU%C3%87%C3%83O-DO-DIREITO-CONSTITUCIONAL-BRASILEIRO-E-O-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-DA-LEI.pdf> >. Acesso em 23 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. P. 165. Disponível em < <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/O-PAPEL-DO-SENADO-FEDERAL-NO-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-UM-CASO-CLASSICO-DE-MUTAÇÃO-CONSTITUCIONAL.pdf> > Acesso em 23 mar. 2022.

ROCHA, L. B. da. *A teoria do overruling à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente*. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 77–89, 2019. DOI: 10.22477/rdj.v110i1.340. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdf.jus.br/index.php/rdj/article/view/340>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em < [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136) >. Acesso em 02 de jun. 2019. 28 p.

WILLEMANN, Mariana Montebello. *Controle de constitucionalidade por órgão não jurisdicionais*. Fórum Administrativo – FA, Belho Horizonte, ano 12, n. 139, p. 56-75, set. 2012.