XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadoras: Edith Maria Barbosa Ramos, Maria Tereza Fonseca Dias, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-294-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Curitiba-PR, entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioestatais e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 19 (dezenove) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: sistemas de controle da Administração Pública; terceirização na Administração Pública; transparência, parcerias e princípios do Direito Administrativo.

No tocante aos diversos sistemas de controle da administração pública, 9 (nove) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) ao controle administrativo - tais como a invalidação do ato administrativo e sua modulação temporal (de Clarissa Sampaio Silva e Ivson Antônio de Souza Meireles); os recursos administrativos disciplinares militares e a admissibilidade do seu efeito suspensivo (Jordan Espíndola dos Santos); controle interno das prestações de contas das OSCs (Maria Tereza Fonseca Dias e Luísa Pires Monteiro de Castro); controle interno para o enfrentamento do combate a corrupção (Anna Carolina de Oliveira Azevedo e Rômulo Magalhães Fernandes); 2) ao controle externo realizado pelas Cortes de Contas. A atuação do TCU foi apresentada como parâmetro utilizado na fiscalização e controle dos contratos administrativos (William Paiva Marques Júnior). E o

trabalho que trata do anunciado cancelamento da Súmula 347 do TCU tratou dos atuais questionamentos do STF acerca do exercício da competência daquela Corte de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, pois extrapola os parâmetros adotados pela Constituição vigente (Allan Alexandre Mendes Gonçalves, João Rezende Almeida Oliveira); 3) aos controles extraorgânicos – tais como o controle social da atividade regulatória da ANVISA na reforma administrativa gerencial (Marcela Pinto Ribeiro e Paulo Roberto Lassi de Oliveira) e o controle da administração pública por meio da resolução extrajudicial dos conflitos em face da Administração Pública gerencial (Lara Caxico Martins e Marlene Kempfer). 4) a relação entre os instrumentos de controle, como na discussão proposta por Victor Roberto Corrêa de Souza e Taís Loureiro Santos ao tratarem, no trabalho sobre "Autoridades independentes e poder hierárquico", das dificuldades existentes nas relações entre as autoridades administrativas e judiciais brasileiras, identificando como funciona o sistema brasileiro de controle judicial da Administração Pública, sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático da terceirização no âmbito da Administração Pública, foram apresentados os trabalhos de Fernanda Maria Afonso Carneiro, Vinícius Alves Scherch, e Alana Fagundes Valério, todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças, limites e vedações a sua utilização, seja pela própria administração, seja por intermédio de parceiras, como as organizações sociais. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se deste instrumento de gestão em que atividades acessórias (também denominadas atividades-meio) são repassadas a outras empresas ou entidades privadas sem fins lucrativos através de contratos e ajustes cujo objetivo seja a prestação de serviços especializados. Dessa forma, o Estado passa a se dedicar às atividades principais (atividades- fim), desobrigando-se da execução direta das atividades secundárias. Os trabalhos demonstram, por outro lado, a precarização das relações de trabalho causadas pela terceirização, colocando em cheque os limites para a utilização do instrumento. Por ser tema utilizado frequentemente pela Administração Pública, o tema merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo princípios do Direito Administrativo, com um conjunto de 7 (sete) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) o

princípio da transparência administrativa referenciado com pressuposto da governança (Marcos Feitosa Lima e Marília Mendonça Morais Sant Anna) e como instrumento de fiscalização dos gastos públicos (Fernanda Dayane dos Santos Queiroz e Edith Maria Barbosa Ramos); 2) o princípio da eficiência seja aplicado aos processo de compras governamentais, a partir da teoria do pragmatismo (Gilmar Brunizio e Cassio Rodrigues Barreiros), seja na discussão da autonomia administrativa da Defensoria Pública da União, como condição para a eficiência do serviço de prestação de acesso à justiça (Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart) ou, ainda, no melhor aproveitamento dos recursos públicos disponíveis, com a utilização adequada de convênios, consórcios administrativos e contratos de gestão (Flávia Ramos Maia Costa) e nas parcerias público-privada (Maria Marconiete Fernandes Pereira); e, por fim, 3) o princípio da isonomia na extinção do vínculo do servidor público celetista com a administração pública direta em face da aposentadoria espontânea e a garantia da estabilidade. Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG / FUMEC

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

O ANUNCIADO CANCELAMENTO DA SÚMULA N. 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE ANNOUNCED CANCELLATION OF PRECEDENT N. 347 OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Allan Alexandre Mendes Gonçalves
João Rezende Almeida Oliveira

Resumo

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão responsável por auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública. Por intermédio da Súmula n. 347 de 1963, o Supremo Tribunal Federal (STF) garantiu aos tribunais de contas a possibilidade de, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. No entanto, recentes decisões do STF vêm demonstrando que a referida súmula não se ajusta aos parâmetros adotados pela Constituição vigente no Brasil.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Tribunal de contas da união, Súmula n. 347 do stf

Abstract/Resumen/Résumé

The Court of Audit (TCU) is the body responsible for assisting the legislature in the external control of public administration. Through Precedent n. 347 of 1963, the Federal Supreme Court (STF) granted to the courts of accounts possibility, in the exercise of their duties, enjoy the constitutionality of laws and acts of the government. However, recent decisions of the Supreme Court have demonstrated that that precedent does not fit the parameters adopted by the current Constitution in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal court of justice, Court union accounts, Summary of n. 347 stf

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União é o órgão responsável por auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública Federal, que envolve a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

A Constituição Federal de 1988 não se restringiu a conferir ao Tribunal de Contas da União a figura de órgão auxiliar, incumbindo a este órgão competências próprias no exercício de sua missão, tais como a competência exclusiva para apreciar as contas do Presidente da República e julgar as contas dos administradores e responsáveis por recursos públicos.

Para exercício dessa missão, o Tribunal de Contas da União possui a capacidade de apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, conforme previsto na súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), datada de 1963.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, existem duas formas de controle repressivo de constitucionalidade das leis, o controle difuso ou concentrado. O primeiro é levantado e discutido como incidente processual, tendo efeitos adstritos às partes, sendo conferido constitucionalmente ao Poder Judiciário em qualquer instância, inclusive ao juiz de primeiro grau. No caso do controle concentrado, que possui efeitos *erga omnes*, a Constituição legitima apenas a Suprema Corte para julgamento da inconstitucionalidade das leis federais.

Não há previsão na Constituição Federal de 1988 da apreciação pelo Tribunal de Contas União da constitucionalidade de leis e atos federais, no entanto permanece vigente o teor da súmula n. 347 do STF. É objetivo desse estudo analisar os temas que envolvem a discussão sobre a possiblidade desse tipo de controle pelo Tribunal de Contas da União, tendo como parâmetros estudos e trabalhos acadêmicos, bem como as decisões da Corte Constitucional sobre esse assunto.

2 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Além dos Poderes constitucionalmente definidos, são poucos os órgãos e entidades que detêm o privilégio de estarem previstos na Carta Magna. No tocante ao controle e fiscalização da Administração Pública, tem papel de destaque o Tribunal de Contas da União, que a despeito que não ser o titular do controle externo da União, auxilia o Congresso Nacional nessa tarefa, possuindo, inclusive com competências exclusivas, distintas das do Congresso Nacional.

As competências do Tribunal de Contas da União estão previstas no artigo 71 do texto constitucional, abrangendo, entre outras, a competência para apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Sobre essas competências, Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2016, p. 32):

> Como pode ser visto, as competências discriminadas pela Carta Magna para a Corte de Contas, como não poderia deixar de ser, têm inequívoca orientação de dotar-lhe de capacidade para proceder a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, inclusive para suspender atos e contratos, imputar débitos ou multas, averiguar a regularidade da aplicação de recursos públicos. (FAJARDO, 2016, p. 32)

A despeito de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública, função típica desse Poder, o Tribunal de Contas não deve ser classificado como órgão vinculado a esse Poder, nem aos demais, caracterizando órgão autônomo e independente. Conforme ensina Júlio Cesar Manhães de Araújo (2010, p. 181),

> Assim, pode se concluir que o Tribunal de Contas revela-se como sendo órgão de soberania, porquanto ostenta todos os signos distintos para que se possa qualificá-lo, não como um órgão menor, apêndice do Legislativo, mas sim, como um órgão de envergadura constitucional, que ostenta e desempenha

> competências que são fundamentais para a sadia atividade administrativa e a plena obediência aos ditames orçamentários e – também – aos vetores constitucionalmente determinados, direcionados à atuação administrativa. (ARAUJO, 2010, p. 181)

Assim, no mesmo sentido, apesar da denominação de tribunal, os tribunais de contas não fazem parte do Poder Judiciário, caracterizando tribunais administrativos. Como explica Pinto Ferreira (1992, p. 390-391), “o TCU é um tribunal administrativo, dotado de ampla independência e autonomia, mas que não integra o Poder Judiciário”.

Decorrência imediata dessa constatação é a de que as decisões do Tribunal de Contas da União podem vir a ser revistas pelo Poder Judiciário, em respeito ao princípio da jurisdição única, protegida pela Constituição Brasileira. Nesse sentido, Paulo Sergio Ferreira Melo (2016) afirma que

> A doutrina majoritária e a jurisprudência dos Tribunais Superiores conferem natureza administrativa às decisões dos Tribunais de Contas, com fulcro no regramento disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira.
> O dispositivo constitucional indica a adoção, pelo ordenamento jurídico nacional, do sistema da jurisdição una, pelo monopólio da tutela jurisdicional, do que decorre que as decisões administrativas das Cortes de Contas, estão sujeitas ao controle jurisdicional, por se tratar de atos administrativos. Encontra essa corrente doutrinária, em José Cretella Júnior (1988, p. 23) um de seus defensores. Afirma o jurista: "A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa".

Uma das prerrogativas do Poder Judiciário é apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, seja como incidente ocorrido no decurso do processo ou como objeto originário da causa. O questionamento que se apresenta é se o Tribunal de Contas da União, como tribunal administrativo, detém, igualmente aos tribunais judiciários, competência para fazer juízo de constitucionalidade.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade busca verificar se a lei ou ato analisado estão em conflito com os mandamentos constitucionais. Conforme ensinamento de Alexandre de Moraes (2010, p. 710), “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”.

Há duas espécies de controle de constitucionalidade em vigência no Brasil: difuso e abstrato. No caso do controle difuso, esse é feito no bojo do processo, afetando apenas as partes envolvidas. A decisão pela inconstitucionalidade só afetará outras demandas e vinculará a Administração caso seja referendada pelo Senado Federal, após julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso do controle concentrado, foi restringido notadamente seu acesso pela Constituição de 1988. Apenas o STF tem competência para julgar leis e atos normativos federais que estejam em conflito com a Constituição. Além disso, o rol dos sujeitos ativos para propositura desse tipo de ação é taxativo, previsto expressamente no texto constitucional. Diferente do controle difuso, a decisão no controle concentrado vincula toda a Administração Pública, possuindo efeitos *erga omnes*.

A convivência desses dois sistemas foi inaugurada a partir da Constituição de 1988, que passou a prever o controle abstrato de constitucionalidade. Como explica o Ministro Gilmar Mendes (2016, p 3):

> No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade. (MENDES, 2016, p. 3)

Conforme já visto, o controle concentrado/abstrato de constitucionalidade de leis federais é realizado pelo Poder Judiciário, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, em especial pelas ações diretas de inconstitucionalidade

(ADIN). Por outro lado, a aferição da Constitucionalidade não se restringe ao Poder Judiciário.

O Poder Legislativo, no curso do processo legislativo, em especial pela Comissão de Constituição e Justiça, avalia se os projetos em tramite em suas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) estão impregnadas de inconstitucionalidade.

Já o Poder Executivo, quando da sanção das leis aprovadas pelo Poder Legislativo, poderá vetá-lo total ou parcialmente, conforme artigo 66, parágrafo 1º da CF/88, “se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis”.

Os dois controles citados, realizados pelo Poder Legislativo e Executivo são formas de controle preventivo, ou seja, ocorrem antes da entrada em vigor da lei. Alexandre de Moraes (2010, p. 718) explica que há “duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico”.

Após a entrada da lei em vigor, o controle de constitucionalidade se divide nas duas espécies anteriormente citadas: difusa e concentrada. Essa forma de controle, como detalha Alexandre de Moraes (2010, p. 719), “em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo”.

A despeito do controle repressivo predominantemente judiciário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Tribunal de Contas, “no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, conforme teor da Súmula n. 347 do STF, mesmo tendo em vista a natureza administrativa do TCU. No próximo tópico será analisada detalhadamente essa prerrogativa.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Editada em dezembro de 1963, a Súmula n. 347, do Supremo Tribunal Federal, prescreve que os tribunais de contas tem competência para avaliar a constitucionalidade de leis e atos normativos, podendo deixar de aplicar um dispositivo de lei no julgado de um caso concreto em julgamento na Corte, ou seja de forma incidental. Nesse sentido, a referida súmula confere aos Tribunais de Contas competência jurisdicional e capacidade de realizar controle difuso de leis.

Nos termos da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federa - STF, de 1963, os Tribunais de Contas possuem competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público. A referida súmula do STF foi redigida na égide da Constituição de 1946.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado por meio da Resolução n. 246 de novembro de 2011, ratifica esse posicionamento, conferindo ao Plenário do TCU, a competência originária para deliberar sobre conflito de lei ou ato normativo do poder público com a Constituição Federal.

> Art. 15. 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;

Em trabalho sobre o tema, Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2016, p. 46), aponta que,

> Segundo o nosso estudo, o Tribunal de Contas possui diversas competências auferidas pelo texto constitucional e pela legislação em vigor, as quais podem ser divididas em atividades administrativas, jurisdicionais e legislativas. O Controle de Constitucionalidade, uma atividade típica de controle, é uma prerrogativa necessária, que decorre de sua missão especial de apreciar a legalidade dos atos sujeitos a registro e da atribuição de julgar as contas dos administradores públicos, assim como a apreciação da inconstitucionalidade por juízes e tribunais, mesmo sem previsão constitucional, é uma prerrogativa necessária para a solução da lide.
> [...]

> Apesar da tendência, na moderna sociedade brasileira, de se valorizar o controle concentrado, pela via direta, não se pode pensar em retirar dos magistrados a competência, ao dizer o direito, de aferir a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo que esteja em confronto com normas hierarquicamente superiores, as normas constitucionais. Da mesma forma, o Controle de Constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas, permanecem válidos, como instrumentos necessários para a efetivação de suas competências.

Desta forma, segundo o autor, mesmo não previsto constitucionalmente, o controle de constitucionalidade pela Corte de Contas se justificaria como meio para alcance de suas atribuições constitucionais.

Corroborando com esse posicionamento, Júlio Cesar Manhães de Araújo (2010, p. 335), defende que a possibilidade de diversos atores sociais poderem apreciar a constitucionalidade das leis, entre esses, os tribunais de contas, reafirma o caráter democrático da nossa Constituição.

> [...] é inegável que a Constituição admite que se promova sua exegese por meio de vários atores sociais e a ampla participação de vários intérpretes de seu conteúdo, dado que a legitimidade do Direito só pode advir de sua gênese democrática, o que exige a livre participação de toda a comunidade de cidadãos na formação da opinião e da vontade públicas, de modo que todos sejam considerados autores e destinatários do direito que instituem para reger a vida em comum. (ARAUJO, 2010, P. 335)

Em sentido inverso desses autores, há o julgamento do Mandado de Segurança n. 258.888/DF, em medida cautelar, decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que ao analisar decisão do TCU que considerou inconstitucional trecho da Lei n. do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, que tratavam sobre regime diferenciado de contratação pela Petrobrás, entendeu a impossibilidade desse tipo de julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

> Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n° 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. (MS n. 258.888/DF)

Enveredando sobre os entendimentos da Suprema Corte quanto ao Controle de Constitucionalidade, é interessante observar a decisão proferida no Mandado de Segurança (MS) 27.744, do Distrito Federal (DF), de relatoria do Ministro Luiz Fux.

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1. O direito subjetivo do exercente da função de Promotor de Justiça de permanecer na comarca elevada de entrância não pode ser analisado sob o prisma da constitucionalidade da lei local que previu a ascensão, máxime se a questão restou judicializada no Egrégio STF. 2. O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (art. 130-A, § 2º, da CF/88). Precedentes (MS 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno; AC 2.390 MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno; MS 32.582 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno). 3. In casu, o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade

> do art. 141, in fine, da Lei Orgânica do MP/SC, exorbitou de suas funções, que se limitam, como referido, ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Parquet. 4. Segurança concedida para cassar o ato impugnado.

Como é possível observar, de acordo com o julgamento, em razão de sua natureza de administrativa, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não possui competência para realizar controle de constitucionalidade. Da mesma forma, o STF vem negando ao Conselho Nacional de Justiça essa prerrogativa nesse sentido, o Acórdão no MS 28.872/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DE PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO CNJ. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Conselho Nacional de Justiça, embora seja órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, possui, tão somente, atribuições de natureza administrativa e, nesse sentido, não lhe é permitido apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos, mas somente sua legalidade. II – Agravo improvido.

A despeito de possuírem atribuições distintas, os Conselhos citados anteriormente e o Tribunal de Contas da União têm em comum sua natureza de órgãos administrativos, que na sua essência exercem função de controle de legalidade e legitimidade. Os Conselhos Nacionais do Ministério Público e da Justiça foram inseridos no ordenamento pátrio por meio da Emenda Constitucional n. 45/04, tendo por competência o controle da atuação administrativa e financeira do Poder respectivo e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Corroborando com esse entendimento, Alexandre de Morais (2014) afirma que:

> A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, “a” e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com

> reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo. (MORAES, 2014)

O citado autor, inclusive assevera, que os efeitos observados da decisão do CNJ vão além de restringir a aplicação da lei ao caso concreto (efeitos difusos), produzindo efeitos erga omnes para os órgãos que estão hierarquicamente vinculados ao CNJ, caracterizando, verdadeiramente, transcendência dos efeitos do controle difuso:

> Em verdade, nas hipóteses de afastamento incidental da aplicação de lei específica no âmbito de determinado órgão do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, por via reflexa, estaria automaticamente aplicando a transcendência dos efeitos do controle difuso e desrespeitando frontalmente a competência para o exercício do controle concentrado reservada com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal pelo texto constitucional, pois estaria obrigando, a partir de um caso concreto, aquele órgão Judiciário a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (efeitos vinculantes). (MORAES, 2014)

Desta forma, segundo Alexandre de Moraes, esses órgãos administrativos não detém tal prerrogativa, seja no controle difuso ou concentrado. Quanto ao Tribunal de Contas da União, Júlio Cesar Manhães de Araújo (2010 p. 338) explica que:

> A Súmula 347, ao dispor que compete ao Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade não significa que lhe seja permitido declarar com eficácia erga omnes a inconstitucionalidade da norma.
> Tal mister é atributo reservado exclusivamente aos órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, seja em sede de controle concentrado, seja em sede de controle difuso. (ARAUJO, 2010, P. 338)

Verifica-se que a despeito do referido autor defender a competência dos Tribunais de Contas na apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos, o mesmo assevera que a produção de efeitos erga omnes devem

ser de competência exclusiva do Poder Judiciário. Ocorre, no esteio das considerações de Alexandre de Moraes, as decisões emanadas por órgãos administrativos de controle, resultam em efeitos vinculantes aos demais órgãos e entidades por estes fiscalizados. Nesse sentido, é notória a força vinculante dos acórdãos e atos emitidos pelo Tribunal de Contas da União sobre os atos e processos sujeitos a sua apreciação.

A despeito dessas considerações, o Tribunal de Contas da União persiste em admitir sua competência para analisar a constitucionalidade nos processos sobre sua supervisão. Como aponta Rodrigo Goulart de Freitas Pombo (2016),

> [...] o TCU reputa persistir a sua competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, caso isso seja necessário para decidir um caso concreto levado ao seu conhecimento.
> Nesse sentido, invoca-se a amplitude das atribuições constitucionais para o exercício do controle externo. Ademais, é usual a referência ao conteúdo da Súmula nº 347 do STF, embora não se ignore as recentes decisões em sentido contrário. Em decisão recente, reafirmou-se esse entendimento nos seguintes termos:
> "18. Em relação à competência do Tribunal para exercer o controle concreto de constitucionalidade, a jurisprudência desta Casa pacificou o entendimento no sentido de que o TCU, ao examinar um ato na sua esfera de competência, pode, para decidir um caso concreto, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, interpretando-os para conformá-los à Constituição ou afastando a sua aplicação, no caso em que a incompatibilidade não puder ser superada. Nesse sentido, por exemplo, podem ser citados os seguintes precedentes: Acórdãos nº 2.442/2007, nº 831/2003 e nº 2.195/2008, todos do Plenário.
> 19. Da mesma forma, o TCU pode negar a aplicação em casos determinados de decretos que se mostrem incompatíveis com os preceitos constitucionais. Nesse sentido, pode-se citar por exemplo o Acórdão nº 1.704/2005 Plenário, no âmbito do qual foi decidido que o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, quando estiver estudando um caso específico, pode não aplicar ato normativo que entenda inconstitucional. No que concerne ao mérito da questão então analisada, este Colegiado decidiu negar, por inconstitucionalidade, a aplicação do Decreto nº 2.745/1998, que regulamentou a Lei nº 9.748/1997, tendo em vista que esta Lei não foi recepcionada pelo artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional nº 19/1998.
> 20. Importa salientar, ainda, que o STF, por meio de sua Súmula 347, deixou assente que 'o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.'

> 21. Diante do acima exposto, não merece acolhida o pedido do recorrente para que o TCU aguarde o julgamento final pelo STF do mérito do MS nº 25.888 antes de prosseguir a apreciação do presente recurso" (Acórdão 945/2013, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).
> Portanto, verifica-se um impasse: o TCU reputa deter competência para declarar inconstitucionais leis e atos normativos ao analisar casos concretos, inclusive com fundamento na jurisprudência do STF. Mas o próprio STF vem manifestando entendimento contrário, suspendendo as decisões do TCU nesses casos, com a indicação da necessidade de exame da existência ou não dessa competência a partir da CF/88. (POMBO, 2016)

Resta, portanto, que se aguarde julgamento em definitivo das ações que tratam desse tema na Suprema Corte Federal, para que se ratifique a anunciada “tendência de confirmação do entendimento pela ausência de competência do TCU para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”, conforme esclarece Rodrigo Goulart de Freitas Pombo (2016), e consequentemente o cancelamento da Súmula nº 347 do STF.

CONCLUSÕES

A atividade legislativa é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, apenas os representantes formalmente escolhidos pelo povo podem produzir as leis. Neste sentido, a invalidade dessas normas deve ter caráter excepcional, cabendo ao Poder Judiciário discorrer sobre a constitucionalidade dessas normas, seja em controle concentrado ou abstrato.

Atribuir essa competência a uma corte administrativa, sem previsão constitucional, fere a Constituição e usurpa competência própria do Poder Judiciário. Inclusive, como demonstrado ao longo deste trabalho, a repercussão desse tipo de decisão tem efeitos mais amplos do que aparentemente defende alguns autores, tendo caráter de decisão vinculante e erga omnes.

Desta forma, o posicionamento presente na súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, que autoriza aos Tribunais de Contas o controle de constitucionalidade, vai de encontro com o ordenamento jurídico atual. Assim, apesar dessa súmula permanecer vigente, os posicionamentos do STF vem anunciando o seu teor ultrapassado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Julio Cessar Manhães de. **Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. MS 28872/DF AgR.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=620676>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. MS 27744/DF.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=863379>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. MS 25888 MC.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25888%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ac6wykq>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. MS 25888 MC.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25888%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ac6wykq>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

_____. **Tribunal de Contas da União. Resolução TCU n. 155, de 04 de dezembro de 2002. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.** Disponível em: <file:///C:/Users/Allan%20Mendes/Downloads/regimento%20(1).pdf>. Acessos entre 10 e 15 de agosto de 2016.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. **Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.** Disponível em: < http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0AC8A9D569FB> Acesso em: 09 de agosto de 2016.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

MENDES, Gilmar. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil.** Disponível em: < http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf> Acesso em: 09 de agosto de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Controle de constitucionalidade é vedado ao Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-ago-27/alexandre-moraes-controle-constitucionalidade-vedado-cnj> Acesso em: 09 de agosto de 2016.

MELO, Paulo Sergio Ferreira. **A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9704&revista_caderno=4>, acesso em 26/09/2016.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. **A controvérsia sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo TCU**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 80, outubro de 2013, disponível em http://www.justen.com.br//informativo.php?
l=pt&informativo=80&artigo=1093, acesso em 26/09/2016.