



O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO TCU: UM EXAME DA SÚMULA Nº 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Gardel Igor Guimarães Chaves¹

Brenda Novaes Saraiva²

RESUMO

Este trabalho pretende analisar o controle de constitucionalidade feito pelo Tribunal de Contas da União (TCU), segundo a súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (STF), e, dessa forma, entender se há competência constitucional atribuída a esse órgão. Busca-se compreender o controle de constitucionalidade conforme a súmula 347, em correlação à atual visão do Supremo Tribunal Federal, norteadas pela Constituição de 1988, bem como às elucidações advindas com as transformações do Direito processual civil. Almeja-se apontar as possíveis medidas para sanar a polêmica súmula e, concomitantemente, construir um novo entendimento sobre a questão da ilegitimidade para apreciação constitucional do TCU.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Súmula 347. Tribunal de contas da união. Edição de súmula. *Distinguishing*.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), membro do DiGiCULT - Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais, Diretor Administrativo Financeira da ÁGORA - Consultoria Jurídica Júnior.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 consolidou-se a nítida divisão e especialização das funções do Estado, refletidas nas instituições jurídicas. Entre as instituições de auxílio e garantia como corolário de um Estado democrático de direito, está o Tribunal de Contas da União, que surgiu ainda na Constituição de 1891 com o objetivo de liquidar as contas públicas para ulterior apreciação do Congresso. Na Constituição de 1988, no entanto, o papel do TCU é, sobretudo, fiscalizatório, de apreciação e também provedor de certas decisões judicantes.

Na Constituição de 1934 o papel do Tribunal era de controle prévio, pois os contratos da Administração necessitavam do crivo desse órgão para surtir efeito, de modo que sem isso não seria possível executar o ajuste (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 114). Mais tarde, a realidade brasileira e sua célere urbanização contribuiriam sensivelmente para o aumento do número de contratos, não sendo mais viável uma vista prévia. Esse cenário favoreceu que, a partir da Constituição de 1967, o TCU passasse a controlar os gastos e a combater os possíveis abusos de forma posterior (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 115).

É relevante salientar que o controle de constitucionalidade tem importante papel na supremacia da Constituição, inclusive para amparar as instituições jurídicas. Dessa forma, o estudo em questão tratará sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas da União apreciar a constitucionalidade de qualquer lei ou ato do Poder Público.

Neste trabalho será brevemente explanada a conjuntura política e constitucional da época em que foi criada súmula 347 do STF, que garantia poderes ao TCU, a fim de que se entenda a defasagem desse entendimento jurisprudencial, diante da atual perspectiva constitucional-jurisprudencial brasileira. Contudo, hodiernamente, a vigência dessa súmula traz ao Judiciário uma visão já ultrapassada e ainda não sanada pelos meios devidos. Assim, serão identificados quais mecanismos são viáveis para remediar a situação de desconformidade normativa em que se encontra esse dispositivo sumular.

2 SOBRE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) é de essencial importância no sentido de auxiliar e orientar o Poder Legislativo sem, no entanto, manter relação de subordinação ou incorporação com o mesmo. Dessa forma, a sua função principal é a fiscalização e, para isso, goza de independência (MORAES, 2013, p. 391).

Assim, do mesmo modo que os Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, o TCU é essencial no contexto do controle, pois julga as contas de administradores públicos, da Administração Direta ou Indireta, bem como de todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Além disso, pode avaliar as contas de qualquer pessoa que pratique atos que importem em prejuízo ao erário (MARINELA, 2013, p. 1.054).

Incumbe, desta forma, ao TCU, primordialmente, a fiscalização das contas das entidades públicas, não sendo titular de competência para produzir normas jurídicas autônomas, ou seja, não possuindo poderes legiferantes (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1.222). Além disso, lecionam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2018, p. 74) que ao TCU não foi atribuído em momento algum a averiguação do mérito administrativo de qualquer órgão ou ente submetido à sua fiscalização, a ilegalidade só será objeto de sua apreciação se restrita ao contábil, financeiro, orçamental ou patrimonial

Pormenorizando, o TCU atua no controle externo da Administração pública como auxiliar do Congresso Nacional, contudo, ainda se agregam a essa função auxiliar competências próprias e autônomas desse órgão de contas, elencadas expressamente na Constituição de 1988, art. 71, VIII³. Como exemplo, tem-se a atribuição de sancionar os responsáveis por irregularidades.

Como disposto no texto constitucional, arts. 70⁴ e 71, *caput*, o controle externo auxilia na proteção de preceitos jurídicos, como a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Entretanto, apesar do dever de proteção a valores jurídicos, a atuação do TCU encontra limitações, já que sua alçada não deverá superar a delimitação feita pela Constituição de 1988 (JORDÃO, 2014, p. 212).

Quanto à atuação do Tribunal de Contas da União como órgão de controle externo, esta ocorre de forma posterior, ou seja, há a fiscalização na análise de despesas já efetuadas. Desse modo, a realização de despesas não se condiciona à prévia aprovação do Tribunal de Contas da União. Tal forma de controle é benéfica para a ação administrativa, haja vista a ponderação externa desse órgão, buscando o mínimo dispêndio das verbas públicas.

³ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

⁴ Art. 70. 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, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Portanto, busca-se equilibrar por um lado, a existência de fiscalização, que estimule externamente a legalidade e a eficiência e, por outro lado, a autonomia da administração, indispensável à democracia, ao cumprimento de suas missões constitucionais e legais e, também, à eficiência. Em suma, é uma fórmula para instituir controles que não coloquem os controladores no lugar dos gestores (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 118).

2.1 Competências do Tribunal de Contas da União

Pela simples leitura dos incisos do art. 71 da Constituição de 1988, as competências do TCU vão desde a apreciação anual das contas prestadas pelo Presidente da República, do julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, à aplicação de sanções previstas em lei aos responsáveis por ilegalidades de despesa ou irregularidade de contas.

Constitucionalmente, o Tribunal de Contas da União não tem poderes constitutivos, de igual forma não possui poderes desconstitutivos. Sendo assim, não cabe a ele a anulação de contratos nem decisões que venham a modificar atos administrativos (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p.117).

Para início de discussão das competências, de acordo com Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 119), é preciso ter em mente a diferenças entre atos e contratos. De forma clara, ao passo que os atos são decisões unilaterais tomadas pelo administrador, os contratos são vínculos bilaterais, formados pela conjunção de vontades de contratante e contratado.

Em suma, o que cabe ao TCU é o poder de sustar o ato administrativo que não vier a ser apreciado tempestivamente pelo Legislativo, conforme o inc. X⁵ do art. 71 da Constituição de 1988, devendo comunicar às Casas do Congresso, ou seja, sua autonomia quanto aos atos também não é plena, considerando a necessária primeira vista do Legislativo. Quanto aos contratos, conforme o mesmo artigo da Constituição de 1988, mais precisamente em seu §1º, caberá diretamente ao Congresso o ato sustatório, bem como a solicitação imediata ao Executivo das medidas cabíveis (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 141).

Em se tratando de fiscalização que extrapole a sua alçada, ou seja, de regulação financeira em sentido amplo, o que cabe ao TCU é fazer representação às autoridades

⁵ Art. 71. [...] X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

competentes, como previsto no art. 71, XI⁶, da Constituição de 1988, não devendo o próprio órgão determinar a correção do ato ou a punição dos responsáveis pela ilegalidade (SUNDFELD; CÂMARA, 2018, p. 77).

De acordo com o art. 45, §3º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/1992), quando o Congresso ou o Executivo não efetuarem a sustação do contrato pode o TCU decidir a respeito. Por isso, há uma grande controvérsia jurídica no que se refere ao termo “decidir a respeito”, todavia, filia-se à tese de que tal termo só pode corresponder à adoção de medidas que estejam na esfera de competências do Tribunal de Contas da União, tais como as de aplicar sanções e as de julgar a legitimidade dos gastos⁷.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/1992) prevê mais competências, as quais, claramente, reiteram as predisposições constitucionais, dentre elas julgar as contas de qualquer pessoa jurídica, tanto pública quanto privada, que venha a envolver o erário público; realizar auditorias de natureza contábil e fiscal, com ou sem a solicitação do Congresso Nacional, em qualquer dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário; e apreciar as contas do Presidente da República.

Nesse sentido, a legislação infraconstitucional não pode contrariar o que cerceia a Constituição de 1988, nem pode ser expansiva quanto à delimitação constitucional. Por isso, o rol apresentado no art. 71 da Constituição de 1988 com as competências desse órgão deve ser o parâmetro maior.

Vale destacar que o Tribunal de Contas da União também não possui competência para rever qualquer sentença transitada em julgado, de acordo com o Supremo Tribunal Federal - RTJ 193/556-562⁸, em situação do MS 22.891-RS em que prevaleceu a coisa julgada (BULOS, 2014, p. 719). Dessa forma, não cabe ao TCU apreciação de direito adquirido, tampouco declaração de inconstitucionalidade.

⁶ Art. 71. [...] XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

⁷ “A decisão que cabe ser tomada pelo TCU, passado prazo de 90 dias sem manifestação do Congresso, envolve, por óbvio, as competências do próprio TCU” (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 118).

⁸ **MS 22.891-RS**, Rel. Min. Carlos Velloso. Defendia o TCU que a gratificação adicional por tempo de serviço conquistada por decisão em 02.06.81, portanto anterior à Constituição de 1988, iria de encontro ao art. 17 do ADCT. O MS foi deferido em defesa à coisa julgada em 03.08.1998.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Preliminarmente, é preciso tecer uma breve consideração sobre o controle de constitucionalidade brasileiro. Enquanto o histórico de constituições do Brasil apresentava moldes de controle de constitucionalidade difuso (a exemplo das Constituições de 1891, 1934 e 1937), a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 introduziu na Constituição de 1946 o controle concentrado ou abstrato. A partir dessa novidade, o instrumento de Ação Direta de Inconstitucionalidade incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro, momento em que se passou a adotar um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o qual permitia a coexistência dos modelos difuso e concentrado.

Essa Emenda⁹ incumbiu ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa encaminhado pelo Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988, por sua vez, consolidou o papel do STF como guardião da Constituição, de forma que trouxe dispositivos referentes à legitimação para apresentação de ações constitucionais. No entanto, não previu a Constituição de 1988 qualquer disposição que permitisse ao Tribunal de Contas da União a possibilidade de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

A despeito disso, existe no ordenamento súmula ainda muito utilizada pelo TCU, a qual contraria as determinações constitucionais. Trata-se da súmula nº 347 do STF, a qual autoriza o Tribunal de Contas da União a apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Contudo, é certo que o rol de competências do Tribunal de Contas da União, apresentado no artigo 71 da Constituição de 1988, deve ser a principal referência, não possuindo o objetivo de acrescentar poderes de legitimador de declaração de constitucionalidade ao TCU.

Em recente decisão de 2018, no MS 35.490 MC/DF¹⁰, o Ministro Alexandre de Moraes reforçou o entendimento já existente de que o Tribunal de Contas não possui competência para apreciar a constitucionalidade de leis e dos atos do Poder Público. O ministro foi contundente em afirmar que a competência do Tribunal de Contas está delimitada pelo artigo 71 da Constituição de 1988, e que, portanto, não deve esse órgão aplicar controle de

⁹ A Emenda nº 16 de 1965 alterou o art. 101, inc. I, alínea k, da Constituição de 1946, passando a ter a seguinte redação: a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

¹⁰ Mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – Unafisco Nacional, em 18.1.2018, contra acórdão do Tribunal de Contas da União (TC n. 021.009/2017-1) que revogou a possibilidade da Sefip fiscalizar pagamento de bônus nas atividades tributárias, aduaneira e de auditoria fiscal trabalhista.

constitucionalidade difuso, haja vista que tal competência se encontra comprometida pelo advento da Constituição de 1988¹¹.

3.1 Análise da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer o conceito de súmula, devendo-se entender que ela é a reiteração de um precedente judicial. O precedente seria, portanto, a decisão que serve como orientação para posteriores julgamentos de casos análogos (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 505). A reiteração dessa decisão enquanto precedente cria, destarte, uma dominância de entendimento que tende a ser consolidada em forma de súmula.

Para fim de análise, esse artigo traz o enunciado da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal. Essa súmula foi formulada ainda na vigência da então Constituição de 1946, em 13 de dezembro de 1963, dispendo: “*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*”.

É importante atentar-se às teses vigentes à época da criação da referida súmula. O entendimento anterior vai de encontro às teses atuais, como explica Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2008, p. 27), elencando alguns pontos que o Ministro Relator Pedro Chaves adotou no MS nº 8.372-CE¹², que deu advento à referida súmula:

[...] a) ‘toda lei ou ato normativo inconstitucional é nulo, inexistente, e não pode produzir efeitos’; b) ‘por ser inexistente, o Tribunal de Contas, assim como todos os poderes da administração pública têm o poder-dever de afastar a aplicação da norma jurídica marcada pela inconstitucionalidade’; c) ‘não obstante, só o Poder Judiciário tem a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos’.

Consoante esclarece Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2008, p. 24-28), as teses jurídicas que orientaram a súmula nº 347 do STF tornaram-se ultrapassadas. Isso porque se entendia que existia diferença entre afastar a aplicação de leis e declarar a inconstitucionalidade. Todavia, atualmente, já é pacificado que não existe diferença ontológica entre a declaração da

¹¹ “Sendo inconcebível, portanto, que o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, exerça controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise, ao pretendo argumento que lhe seja atribuída tal competência em virtude do conteúdo da Súmula 347/STF, editada em 1963, cuja subsistência ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança: MS 35.490 DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

¹² O entendimento defendido era o de que seria possível ao Tribunal de Contas da União deixar de aplicar determinada lei sem necessariamente declarar sua inconstitucionalidade.

inconstitucionalidade e a sentença que não aplica lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional.

Além disso, tais teses também contrariam a presunção de constitucionalidade, ao afirmarem que todos têm competência de deixar de aplicar norma inconstitucional. Igualmente, declaram que leis ou atos inconstitucionais são inexistentes e não surtem efeitos, o que é o oposto do determinado na Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Isso pois, em seu art. 27, a Lei nº 9.868/99 prevê que, mediante aprovação de maioria de dois terços dos membros do STF, por razões de segurança jurídica ou interesse social, pode-se restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que tenha eficácia somente a partir de seu trânsito em julgado (FAJARDO, 2008, p. 28/29).

Assim, é evidente a superação dos contextos jurídicos, políticos, econômicos e sociais do Brasil da década de 1960, época em que a súmula foi editada, mais ainda, da década de 1940, época da Constituição de 1946, a qual a súmula se refere. Entretanto, apesar da incompatibilidade com o ordenamento jurídico atual, a súmula 347 do STF ainda é muito utilizada pelo Tribunal de Contas da União, sobretudo quando declarou inconstitucional o Decreto nº 2.745/98 (Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras).

Esse decreto baseia-se na Lei nº 9.478/97, conhecida como a Lei do Petróleo, que, em seu art. 67, determinava: “os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. É importante ressaltar que a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16) revogou expressamente o art. 67 da Lei nº 9.478/97, sem, todavia, haver revogado o Decreto nº 2.745/98.

Segundo o Tribunal de Contas, revelava-se inconstitucional o Decreto nº 2.745/98, pois a Petrobras deveria obedecer ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) no tocante às modalidades de licitação e seus respectivos limites, considerando-se o valor estimado de contratação. Diante disso, a Petrobras impetrou diversos mandados de segurança, os quais chegaram ao Supremo Tribunal Federal com o intuito de impugnar decisões do TCU que consideravam a inconstitucionalidade.

A Petrobras alegou em seus mandados de segurança que súmula nº 347 do STF, utilizada para fundamentar as decisões do TCU, entra em confronto com as próprias normas constitucionais, uma vez que não está entre as competências previstas na Constituição de 1988 para o TCU a declaração de inconstitucionalidade de leis e de atos do Poder Público. Tal tese foi acolhida pelos ministros nas decisões da Suprema Corte.

O Ministro Gilmar Mendes, no MS 25888 MC/DF, esclareceu que a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, verificada desde o advento da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, está a demonstrar a necessidade de se reexaminar a permanência da súmula nº 347 no ordenamento jurídico pós Constituição de 1988¹³.

É importante também enfatizar que, em entendimento anteriormente mencionado (STF – MC MS: 35812 DF), o Min. Alexandre de Moraes entende pela superação da súmula 347 do STF, e explica que sua aplicação, além de violar a segurança jurídica, visa “reconhecer a inconstitucionalidade no caso concreto quando a Suprema Corte já tenha se manifestado sobre o tema”. O Ministro é contundente em afirmar que a competência do Tribunal de Contas está delimitada pelo art. 71 da Constituição de 1988, e que, portanto, não deve esse órgão aplicar controle de constitucionalidade difuso, haja vista a sua eficácia comprometida pelo advento da promulgação da Constituição de 1988.

3.2 Superação da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal: exame jurisprudencial, aplicação do método do *distinguishing* (distinção) e a edição de súmula nos moldes do regimento interno do Supremo Tribunal Federal

Em situações ideais de inconstitucionalidade de lei, ou mesmo se tratando de preceito fundamental em descumprimento, são previstos meios necessários para remediar a situação, conforme disposição constitucional. No entanto, a súmula em discussão apresenta uma situação que levanta controvérsias sobre como tratá-la, tendo em vista sua inconstitucionalidade material, pois seu advento se deu em um contexto, como já explanado, diverso do atual ordenamento jurídico.

Deve-se, a princípio, salientar que, sob a ótica das ações próprias em controle de constitucionalidade, como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), não se pode conceber a proposta de revisão desta súmula, considerando que o requisito primordial das referidas ações constitucionais consiste na análise de lei ou ato normativo do poder público. No entanto, como é sabido, a súmula 347 do STF não se enquadra na definição de lei ou ato normativo do poder público, já

¹³ “[...] A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. [...]. 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”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança: MS 25888 MC/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 22.03.2006, DJ de 29.03.2006.

que, com base em síntese de entendimentos consolidados no Supremo Tribunal Federal, é firme o entendimento de que o enunciado de súmula não é ato normativo.

O Ministro Luiz Fux, na ADPF 80¹⁴, reiterou entendimento de que súmula do Supremo Tribunal Federal se trata somente de expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte, não consubstanciando ato do poder público, carecendo a ADPF de interesse jurídico. Deste modo, não é possível superar a súmula por ações constitucionais, posto que os legitimados do art. 103 da Constituição de 1988 não estão autorizados a pleitear tal edição.

3.2.1 O método do *distinguishing* (distinção)

Uma técnica que vem consolidando o sistema de precedentes judiciais na tradição jurídica brasileira trata-se do *distinguishing* (distinção), que significa hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação (NEVES, 2017, p. 1.390). Consiste na comparação, ou seja, na verificação, em julgados cujo magistrado está vinculado a precedentes judiciais, da aproximação ou não do caso em julgamento ao precedente.

O magistério de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 979-980) nos explica que caberá o uso do *distinguishing* (distinção) para os casos de súmula vinculante. Dessa forma, é lógico entender que esse conhecimento dos elementos que formaram a consolidação do dispositivo vinculante em seu contexto originário será estendido ao entendimento sumular “simples”, como é o caso da súmula 347 do STF.

O *distinguishing* (distinção) será a expressão da exegese nas situações em que, concretamente, o paradigma de uma decisão não deva ser aplicado por incompatibilidade entre os fundamentos discutidos na situação pregressa e na atual. Pode-se entender que as especificidades do caso em concreto, de forma bem peculiar, afastam a tese jurídica do precedente (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 559).

A aplicação *distinguishing* (distinção) deve atender à forte semelhança e identidade do caso que deu ensejo ao precedente com o caso concreto em julgamento. A inobservância de equivalência e eventuais *particularidades fático-jurídicas* presentes no caso e não na súmula abririam, assim, margem para a distinção (DUXBURY citado por MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 659).

¹⁴ Embargos de declaração no agravo regimental na ADPF 80 de Relatoria do Ministro Luiz Fux. Rejeitados em 26.03.2015.

A doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2017, p. 559-560) entende que o juiz, ao fazer o paralelo, deve desempenhar a comparação e o grau de aproximação que há entre o caso concreto e o caso que ensejou a súmula. É a atenção do magistrado nesse momento que decidirá se há distinção entre situações com a possível não aplicação do precedente, ou, no máximo, a sua aplicação ampliativa.

O método do *distinguishing* (distinção) ainda é entendimento recente em nosso ordenamento jurídico. Apesar de escassa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podemos encontrá-lo, por exemplo, no seguinte recurso ordinário do TRT 2ª Região 15:

SÚMULA REGIONAL Nº 27. REAPRECIACÃO DA MATÉRIA. DISTINGUISHING. A reclamante, contratada pelo Município de Itapecerica da Serra, após aprovação em concurso público de provas e títulos, no cargo de agente administrativo III (oficial administrativo), não faz jus à Gratificação de Atividade Técnica criada pela Lei Municipal nº 2.112/2010, pois seu cargo não está elencado no Anexo V mencionado no inciso I do art. 41 da referida lei. *Demonstrado o distinguishing em relação à hipótese tratada pela Súmula Regional nº 27*, mantém-se o decidido no V. Acórdão anterior. (TRT-2 - RO: 00013405420125020332 SP, Data de Julgamento: 01/10/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 14/10/2015). (Grifo nosso).

Assim, na hipótese da súmula 347 do STF, fazendo-se o *distinguishing* (distinção), seria o caso de o tribunal analisar o Direito em uma ótica diversa da já pacificada em momento anterior. Ressalte-se que o Enunciado foi aprovado antes do atual ordenamento constitucional e, portanto, não se compatibiliza com os fatos fundamentais discutidos.

Ademais, vale lembrar o caráter cogente das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferidas na via incidental. Assim sendo, mesmo quando há inconstitucionalidade chapada¹⁶, reconhecida com uniformidade pela jurisprudência do STF, os órgãos administrativos como o TCU, devem se vincular à posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, o entendimento é pela impossibilidade desse órgão em realizar controle de constitucionalidade (MENDES, 2014, p. 995).

¹⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEGUNDA REGIÃO. **Recurso Ordinário nº 00013405420125020332/SP**. 14ª Turma. Min. Manoel Antonio Ariano. Data de Julgamento: 01/10/2015, Data de Publicação: 14/10/2015.

¹⁶ Expressão primeiramente usada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, utilizada em situação de inconstitucionalidade ululante, ou seja, óbvia e evidente. Mais recentemente foi utilizada pelo Ministro Eros Grau em seu voto na ADI 1923 MC/DF.

No entanto, mais coerente seria, com as devidas vênias, atentar para as transformações sofridas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a edição da súmula 347 do STF, de modo a se determinar uma solução definitiva para a questão. Desta forma, é imprescindível mencionar que também no campo infraconstitucional, desde o surgimento da Súmula 347 do STF, muito ocorreu. Dois Códigos de Processo Civil entraram em vigor, um desses em 1973 e outro, ainda mais recente, em 2015, além de diversas outras leis. Mais do que leis, no entanto, mudou-se a forma de se sistematizar, entender, estudar e pesquisar o Direito.

É fato que o ordenamento jurídico brasileiro cada vez mais se aproxima do *common law* (direito comum), buscando imprimir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e maior celeridade ao trâmite processual, com o objetivo de privilegiar a busca pela uniformização, estabilização da jurisprudência e garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais, consoante lição de Elpídio Donizetti (2016, p. 20).

O Código de Processo Civil de 2015 é um importante exemplo dessa aproximação. O dispositivo dedicou uma considerável relevância aos precedentes e às súmulas, destinando alguns de seus artigos ao direito jurisprudencial (BUENO, 2003, p. de internet). Nessa legislação processual também se encontra dispositivo versando sobre os elementos essenciais da sentença, o art. 489. Mais precisamente em seu §1º, pode-se perceber o elemento do *distinguishing* (distinção) a ser aplicado pelo magistrado:

Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V. se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

O inc. V supramencionado se destaca pela afirmação de que não há como se declarar fundamentada uma decisão, caso a mesma não determine em suas linhas a devida justificativa do Direito acertadamente aplicado. Qualquer pronunciamento do magistrado, segundo o Código de Processo Civil, não terá o embasamento apropriado se não dispor de idônea fundamentação, ou seja, não poderá simplesmente invocar um entendimento sumulado sem fazer o encaixe necessário ao caso concreto.

O inc. VI do mesmo artigo dispõe: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. De forma semelhante ao inciso anterior,

o inc. VI versa que, apesar da parte alegar entendimento, jurisprudência ou enunciado, o magistrado deverá apreciar a prova tendo como base a distinção.

O papel da distinção se faz presente como um parâmetro entre o entendimento anteriormente firmado e o caso em concreto atual. Essa conduta pelo juiz servirá para deferir, bem como para indeferir o levantamento da parte. É válida também para fins de embasamento do uso da distinção, uma análise do art. 926 do novo Código de Processo Civil:

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O *caput* do artigo acima é incisivo ao aduzir que a jurisprudência do tribunal deve manter a sua devida uniformização, estabilidade, integralidade e coerência. Para o entendimento da atual situação da súmula 347 do STF invoca-se a não uniformização, bem como a sua incoerência com a atual conjuntura jurídica.

É possível também entender, do art. 926 do Código de Processo Civil, que o tribunal responsável pelo pronunciamento deverá verificar as circunstâncias fáticas que deram ensejo à criação da jurisprudência em questão. Da junção dos entendimentos dos §1º e 2º do aludido artigo, verifica-se que não há fundamentos para a súmula 347 do STF, haja vista sua desconformidade com o atual ordenamento jurídico.

Como já citado anteriormente, uma construção legal em um período constitucional diverso e superado não tem arcabouço jurídico suficiente para sustentar a sentença de qualquer tribunal. Seguindo o entendimento de Gilmar Mendes, a distinção seria uma possibilidade para a súmula 347 do STF, não podendo esta súmula ser aplicada nas decisões dos tribunais, tendo vista a sua grande e, atualmente unânime, contrariedade com o que expressam as decisões envolvendo as competências do TCU.

3.2.2 Edição da súmula 347 do STF nos moldes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

Outra possibilidade para a superação da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal seria sua edição ou cancelamento pelo próprio tribunal que a elaborou. Aborda o novo Código de Processo Civil que a edição de súmula deverá observar os regimentos internos dos tribunais a que se referem. Além disso, prevê a participação de pessoas, órgãos ou entidades, de modo que possam contribuir para a rediscussão da tese da súmula a ser alterada.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

[...]

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Cumprido ressaltar que, observado o disposto no art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil e considerando-se a súmula 347 do STF, a não modificação do enunciado acaba por violar o artigo citado. Ou seja, sem a devida alteração, a jurisprudência uniformizada não se mantém estável, íntegra e coerente com as decisões posteriores do STF, a exemplo do MS 25888 MC/DF.

À vista disso, verificando-se o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, afere-se que compete ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, segundo o inciso VII do art. 7º: “deliberar sobre a inclusão, alteração e cancelamento de enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”. Em jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal encontra-se, por exemplo, a revogação da súmula 506 do próprio Tribunal. Essa súmula referia-se ao art. 4º da Lei 4.348, de 26/6/1964¹⁷. Concluiu o pleno¹⁸:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. 2. Completa reformulação da legislação, quanto à suspensão das liminares nos diversos processos, até mesmo na ação civil pública e na ação popular. 3. Disciplina assimétrica na legislação do mandado de segurança. Recorribilidade, tão-somente, da decisão que nega o pedido de suspensão em mandado de segurança. Súmula 506. 4. Configuração de lacuna de regulação superveniente. Necessidade de sua colmatação. Extensão da disciplina prevista na Lei nº 8.437, de 1992, à hipótese de indeferimento do pedido de suspensão em mandado de segurança. 5. Admissibilidade do agravo nas decisões que deferem ou indeferem a suspensão de segurança. Questão de ordem resolvida no sentido do conhecimento do agravo. Revogação da Súmula 506. 6. No mérito, em face da grave lesão causada à economia pública, o agravo foi provido, para deferir a suspensão de segurança. (SS 1945 AgR-AgR-AgR-QO, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 19.12.2002, DJ de 1.8.2003).

Assim, a fim de evitar maiores divergências de julgados, mais simples seria uma solução definitiva, concretizada no cancelamento da súmula 347 do STF, haja vista sua inegável inconstitucionalidade. Essa derrogação pode partir da proposição de qualquer Ministro, se assentada em matéria constitucional, conforme dispõe o art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Já o art. 102 versa:

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

Destarte, como determinado acima, posteriormente à proposição pelo Ministro, deverá ocorrer a deliberação em Plenário, por maioria absoluta. No entanto, percebe-se que, apesar de existirem disposições expressas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Supremo Tribunal Federal permanece inerte quanto à edição ou cancelamento da súmula 347 do STF.

¹⁷ Estabelecia normas relativas ao Mandado de Segurança.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1.945-7 Alagoas**. Pleno. Min. Gilmar Mendes j. em 19.12.2002, DJ de 1.8.2003.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta feita, não se admite lógico que o Direito pátrio continue a utilizar o entendimento de tão ultrapassada súmula. A Constituição de 1988 não trouxe, dentre as competências do Tribunal de Contas da União, o poder de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. De fato, sendo a Constituição a Lei Maior, como se pode admitir que uma súmula anterior e contrária à Constituição de 1988 seja vigente hodiernamente no ordenamento jurídico?

Diante de toda perspectiva constitucional, processual e jurisprudencial brasileira atual, e das diversas nuances do Direito, é natural que sobrevenham novos contextos processualistas e de controle constitucional, como efetivamente ocorreu. Com efeito, o Código de Processo Civil atual dá relevância aos precedentes, em um contexto distinto ao da década de 60, época em que a súmula 347 do STF foi formulada. Nesse sentido, é irracional continuar aplicando um entendimento que agora é arcaico.

Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal, que outrora formulou tal súmula, já se posicionou diversas vezes no sentido de que o TCU não possui competência de apreciação de constitucionalidade. Ou seja, as leis e os atos do Poder Público não devem ser analisados constitucionalmente pelo TCU, sendo imprescindível o reexame da permanência dessa súmula em face da ordem constitucional, instaurada com a Constituição de 1988.

Por vezes, o que transparece não é o problema de a súmula ser inconstitucional ou não, mas a falta de empenho para que seja retirada do ordenamento, no intuito de proporcionar uma maior segurança jurídica. Muitos são os casos que declararam a súmula 347 como superada, no entanto pouco se verifica a busca por meios efetivos para sua revisão. Continuando por esse caminho de soluções paliativas e de decisões que só resolvem o caso concreto, o problema perdurará.

Destarte, considerando toda a controvérsia em torno da aplicação da súmula 347 do STF, tendo em vista que não houve sua extinção formal, a despeito de sua indiscutível caducidade material, percebe-se que todos os esforços devem ser empreendidos com o intuito de sanar a problemática.

O método da distinção se revela, portanto, como importante recurso para afastar a aplicação da súmula. No entanto, mais eficaz seria a edição ou cancelamento desta no próprio tribunal que a formulou. Portanto, é necessária uma medida definitiva, que encerre a discussão e garanta a manutenção da supremacia da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 19457/AL**. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 19.12.2002, DJ de 1.8.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=352654>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental na ADPF 80**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 26.03.2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15330076183&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22891/RS**. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 03.08.1998, DJ 07.11.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85854>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25888/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 22.03.2006. DJ de 29.03.2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000008483&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF**. Rel. para acórdão. Min. Eros Grau. Julgado em: 1º. 8. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm#transcricao1>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança: MS 35.490 DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 19.01.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313593887&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 8372/CE**. Pleno. Rel. Min. Pedro Chaves. Julgado em 11.12.1961. DJ de 26.04.1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. 13.12.1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 506**. 10.12.1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1531>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. **Recurso Ordinário nº 00013405420125020332/SP**. 14ª Turma. Rel. Min. Manoel Antonio Ariano. Julgado em: 01/10/2015. Data de Publicação: 14/10/2015. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta013&docId=d15c88f8b38a1a67f054823c5e8364d1b87a4909&fieldName=Documento&extension=pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O cancelamento da Súmula 506 do STF: notas para uma primeira reflexão**. 2003. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/017.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 2. vol. 12. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. vol. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARJADO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, nº 111, ano 40, jan/abr. 2008.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, nº 47, ano 12, out/dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. vol. único. Salvador: Juspodivm, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das Contratações Públicas pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo - RDA**. Rio de Janeiro, nº 257, mai/ago. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, nº 194, ano 17, fev. 2018.

THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE FIELD OF THE TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU): AN EXAMINATION OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SUMMARY Nº 347 UNDER THE CONSTITUTIONAL AND JURISPRUDENTIAL BRAZILIAN PERSPECTIVE.

ABSTRACT

This scientific article has as purpose to analyze the judicial review done by the Tribunal de Contas da União (TCU), according to the precept of the summary 347 of Supremo Tribunal Federal (STF), and, in that way, to understand if there is competent jurisdiction attributed to the TCU. It seeks to understand the control of constitutionality according to the summary 347, in correlation with the current Supremo Tribunal Federal's view, guided by the 1988 Constitution, as well as the elucidations arising from the transformations of Civil procedural law. It is hoped to point out the possible measures to heal the controversial summary and, concomitantly, build a new understanding on the question of illegitimacy for constitutional appreciation of TCU.

Keywords: Constitutionality control; Summary 347; Court union accounts; Editing of summary; *distinguishing*.