

O TRIBUNAL DE CONTAS NÃO POSSUI PODERES PARA ANULAR CONTRATO ADMINISTRATIVO

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

O Tribunal de Contas auxilia o Poder Legislativo no controle externo dos bens e dinheiros públicos e participa, de forma ativa, do quadro institucional brasileiro.

Demonstrando a grande importância da Corte de Contas no Brasil, a Constituição Federal de 1988 tratou de fortalecê-la tendo em vista que juntamente com os órgãos técnicos (controle interno), é responsável pela fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial dos entes federativos.

As atribuições do Tribunal de Contas vem insculpidas no artigo 71 da CF, sendo responsável pela legalidade, economicidade e legitimidade dos atos contratuais públicos.

Assim, a Corte de Contas ao fiscalizar a legalidade dos atos administrativos, aprecia se eles foram baixados pela autoridade competente em conformidade com as leis e comandos legais aplicáveis.

Antônio Roque Citadini¹ ilustra o que foi dito, da seguinte forma:

“O controle de legalidade que prioriza a apreciação da regular execução das leis por parte do governante, continua sendo um eficiente mecanismo para zelar pela boa gestão dos recursos públicos. Embora não seja hoje a única forma de eficiente controle, a verificação da legalidade é a base de toda boa gestão das leis orçamentárias. Afinal, cumprir rigorosamente as leis votadas no Parlamento, seguir à risca as disposições do orçamento, sem violação ou irregular gestão, é a primeira obrigação do administrador público. Verificar se os atos administrativos obedeceram estritamente às leis é a primeira responsabilidade dos órgãos encarregados do controle administrativo.

O controle de legalidade é priorizado pelos Tribunais de Contas, não obstante as Controladorias ou Auditorias também o

¹ Antônio Roque Citadini, *O Controle da Administração Pública*, 1995, Ed. Max Limonad, os. 18/19.

exercçam. Essa forma de controle é mais destacada no modelo do Tribunal de Contas, embora a verificação de regularidade dos atos da Administração seja indispensável e utilizada mesmo em países que adotam o modelo de Controladorias, e geralmente se faça acompanhar de outras modalidades de controle.”

O controle de mérito dos atos da Administração é imperioso, possuindo como finalidade a perquirição se o ato público atingiu o seu objetivo, que serviu-lhe de motivo para a sua emanção, com o menor custo possível.

Mais uma vez, registre-se o posicionamento de Antônio Roque Citadini,² que assim averba sobre o controle de mérito:

“Este controle de mérito, que procura verificar a economicidade do ato do administrador, é sem dúvida a principal marca das Controladorias. Somente nos anos recentes os Tribunais de Contas vêm-se libertando do mero controle de legalidade, para adotar meios de fiscalização mais eficientes, dentre eles o que privilegia as auditorias, como acontece no controle de mérito ou gestão. Neste tipo de controle, procura-se verificar a relação existente entre o serviço ou obra realizada e o seu custo.”

Dessa forma, a fiscalização do ato administrativo não se cinge apenas ao confronto da legalidade, ou seja, se ele foi baixado dentro dos comandos legais vigentes, visto que as atuais técnicas de auditorias permitem apreciar as razões de mérito das contratações e execuções de obras e serviços.

Deixou de imperar, atualmente, o aspecto formal, para se admitir o controle de mérito da respectiva contratação, com o respeito a economicidade da mesma.

A despeito da Constituição Federal conferir inúmeras prerrogativas às Cortes de Contas, inclusive, a função de órgão julgador de despesas efetuadas pelos administradores públicos, inexistente nas qualquer função jurisdicional, não fazendo suas decisões coisa julgada no âmbito externo (judicial). Apenas no seio interno (administrativo) é que existe a prevalência das decisões do Tribunal de Contas, que efetivamente não possuem efeito erga omnes junto da Administração Direta (Poder Executivo).

Nessa vertente, discordo peremptoriamente da decisão do Tribunal de Contas da União (Processo nº. 649.010/92)³, onde foi afirmado que o julgamento pelo Tribunal faz coisa julgada material, ficando imune ao controle judicial:

“ O julgamento das contas pelo Tribunal de Contas faz coisa julgada material e não se submete a controle judicial.”

² Antônio Roque Citadini, O Controle da Administração Pública, 1995, Ed. Max Limonad, ps. 18/19.

³ TC nº. 649.010/92-2, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julgado em 23.01.96, in RDA 204/325.

A nossa oposição a esta r. decisão se fundamenta no Princípio Democrático de Direito da Acessibilidade ao Judiciário, onde nem a lei possui força para impedir que a lesão ou a sua simples ameaça seja apreciada pela via jurisdicional competente.

Esta dicção vem insculpida no inciso XXXV, do art. 5º, da CF, que não admite barreiras à apreciação do Poder Judiciário, sendo o direito de ação consagrado como direito fundamental.

Por esta razão, um Tribunal Administrativo, por maior envergadura que possua, e é o caso das Cortes de Contas, não possui competência para produzir coisa julgada material no âmbito do Poder Judiciário:

“Processo civil. Agravo de instrumento. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Direito de ação.

I – O direito de ação é um direito subjetivo público, conseqüentemente nenhuma decisão pode impedir o acesso do cidadão às vias jurisdicionais.

II – A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁴

Agregue-se a este fato que as opiniões ou julgamentos do Tribunal de Contas são técnicas, não vinculando nem mesmo o Legislativo, que desfruta de independência, nos limites da CF, para proferir ou emanar o julgamento político da Administração Pública:⁵

“(…) 1. Sendo peça opinativa, o parecer prévio do Tribunal de Contas Estadual não vincula o pronunciamento posterior da Assembléia Legislativa, cujo exercício da competência constitucional não pode ser impedido pelo Judiciário.

2. Entendimento contrário implica em contrariedade ao princípio da independência dos poderes.

3. É inconfundível a natureza técnica do parecer prévio do TCE com o julgamento político da Assembléia Legislativa Estadual.

4. Indefiro o pedido de nulidade do parecer do TCE, inconcebível que o julgador se manifeste sobre a validade do ato futuro, e não realizado, da Assembléia Legislativa, para declará-lo nulo.

5. Recurso ordinário conhecido e improvido.”⁶

⁴ TRF-5ª Região, Ag. nº. 95.05.03938/PE, Rel. Juiz Araken Mariz, 2ª T., DJ de 2.9.95.

⁵ Cf. Fernando Rodrigues Martins, *Controle do Patrimônio Público*, 2000, Ed. RT, p. 125.

⁶ STJ, ROMS nº. 2.622/BA, Rel. Min. José de Jesus Filho, 2ª T., DJ de 10.6.96, p. 20.302.

As contas julgadas regulares e boas pelo Tribunal de Contas, pelo mesmo princípio declinado, não impedem que o Poder Judiciário adentre a legalidade da decisão administrativa, podendo revê-las ou até mesmo reformá-las,⁷ se instalado para tal.

Até mesmo na hipótese do julgamento da Corte de Contas ter a aprovação do Legislativo, não existirá óbice legal para o ajuizamento de ação civil pública ou popular para a defesa do patrimônio público, com fulcro no art. 21, inciso II, da Lei nº. 8.429/92.

Descabe, assim, criar condicionantes para a propositura de ação judicial, como decidido pelo STJ:

“Recurso especial. Processual civil e administrativo. Ação civil. Reparação ao erário estadual. Ministério Público Estadual. Acórdão recorrido criou ‘condicionante’ à propositura da referida ação. Averiguação ou não pelo TCE. Matéria reservada a posterior liquidação do decisum. Violação caracterizada. O Ministério Público Estadual promoveu ação civil pública tendo como objeto pedido certo (ressarcimento ao erário de verbas. Horas extras. Percebidas indevidamente por servidor já ocupante de cargo de confiança). Ainda que líquido o pedido, a ação não poderia ser extinta, de ofício, considerando a inexistência ‘de convencimento do Tribunal de Contas sobre a existência de eventual dano’. Violação caracterizada, devendo a discutida ação civil ter seu mérito devidamente apreciado. Recurso provido.”

Além do mais, os julgados administrativos não fazem coisa julgada, que é voltada apenas para as sentenças judiciais que não comportem mais recurso (§ 3º, do art. 46 da Lei de Introdução ao Código Civil).

Somente as lides forenses é que são suscetíveis de serem imortalizadas pela coisa julgada em prol da segurança e estabilidade jurídica necessária para a sociedade.

Como as decisões do Tribunal de Contas são técnicas, na órbita administrativa, elas não possuem o condão de criar efeitos de coisa julgada administrativa.

O STF em diversas oportunidades banuiu esta idéia, colocando um ponto final na pretensa alegação de coisa julgada administrativa, como se verifica no RMS nº. 8.797/SP,⁸ que teve a relatoria do Ministro Vítor Nunes Leal:

“Anulação de ato administrativo ilegal pela própria Administração. Sem procedência a alegada coisa julgada administrativa.”

⁷“A apuração de contas pelo Tribunal de Contas da União não impede que o Ministério Público apresente denúncia, se entender, em tese, crime em ato conexo à prestação de contas àquele órgão de natureza administrativa” (STF, RTJ, 160/900).

⁸ STF, RMS nº. 8.797/SP, Rel. Min. Vítor Nunes Leal, Pleno, DJ 9.8.62, ementário vol. 511-01, p. 194.

Em outra oportunidade, foi argüido perante o STF a coisa julgada administrativa, no caso de um ato de aposentadoria baixado pelo Conselho da Magistratura. E mantendo-se fiel à corrente majoritária da col. Corte, o eminente Ministro Marco Aurélio,⁹ desconsiderou-a, como se constata pela ementa do v. acórdão:

“Aposentadoria. Ato administrativo do Conselho da Magistratura. Natureza. Coisa julgada administrativa. Inexistência. O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insubsistência de decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa.”

Não foi outra a interpretação também do Ministro Francisco Rezek,¹⁰ que inadmitiu a tese de que seria inviável o cancelamento de determinado registro de marca pelo INPI, por ter ocorrido afronta à coisa julgada administrativa:

“Propriedade industrial. Registro de marca. Cancelamento. Coisa julgada. Recurso extraordinário de que não se conhece, visto que não caracterizada a afronta à coisa julgada na decisão em debate.”

Por fim, dada a sua envergadura jurídica, sem demérito para os ilustres e cultos julgadores citados anteriormente, que se perfilam a magnitude da cultura jurídica do Ministro Moreira Alves, o decano do STF, não se pode deixar passar em branco, a sua ótica sobre o presente tema:¹¹

“Ação rescisória. Recurso extraordinário. Alegação de ofensa a coisa julgada administrativa e a direito adquirido. – A coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa. Por outro lado, sob o ângulo da alegação de ofensa ao referido dispositivo constitucional no que diz respeito ao direito adquirido, o recurso extraordinário, em se tratando de acórdão que julgou ação rescisória, teria de atacá-lo com a demonstração de que esse aresto errou ao declarar inexistente violação à literalidade do preceito constitucional – o que no caso não ocorre – e não com a alegação de que o acórdão rescindendo o teria contrariado, pois a via rescisória não é mera reiteração da via originária que se pretende rescindir.

Recurso extraordinário não conhecido.”

⁹ STF, Rel. Min. Marco Aurélio, RE n.º 195.861/ES, 2ª T., DJ de 17.10.97, p. 52.507.

¹⁰ STF, Rel. Min. Francisco Rezek, RE n.º 109.690/DF, 2ª T., DJ de 3.4.87, p. 5.819.

¹¹ STF, Rel. Min. Moreira Alves, RE n.º 144.996/SP, 1ª T., DJ de 12.09.97, p. 43.732.

Como as decisões das Cortes de Contas são administrativas o exame da legalidade das mesmas pelo Poder Judiciário é perfeitamente factível, por inexistir óbice legal ao enfrentamento das aludidas questões julgadas, como demonstrado cabalmente pelo STF.

Ultrapassada essa barreira, o Tribunal de Contas não possui personalidade jurídica própria, dada a sua função meramente técnica, não podendo ser parte passiva em lides jurisdicionais.¹² As decisões que resultem em imputação de débito ou condenação em multa possuem força de título executivo extrajudicial. Caso não sejam quitadas as multas ou os débitos existentes, o devedor será inscrito na dívida ativa, sofrendo a posteriori a execução judicial dos valores inscritos.

Se o Legislativo rejeitar a sanção arbitrada no julgamento das contas públicas, levada a efeito pelo Tribunal de Contas, ela perderá a eficácia, conforme prescrevem o § 2º, do art. 31 e o inciso IX, do art. 49, da CF.

Nesse sentido, Fernando Rodrigues Martins,¹³ ao citar a lição lapidar de Hely Lopes Meirelles averba:

“Portanto, o parecer do Tribunal ou órgão de contas vale como decisão enquanto a Câmara não o substituir por seu julgamento qualificado pelo quorum constitucional.”

Seguindo o leque constitucional, o art. 113, da Lei nº. 8.666/93, conferiu ao Tribunal de Contas a competência do controle das despesas dos contratos públicos e demais instrumentos regidos pela Lei de Licitações, incluindo-se também a Lei de Concessões ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, sem prejuízo do sistema de controle interno.¹⁴

Sucedo que o controle exercido pelo Tribunal de Contas é consumado após a formalização e a execução do Contrato Administrativo, não possuindo poderes para efetuar controle prévio sobre atos ou pactos ainda não levados a efeito. Haveria uma grave ilegalidade, pois é defeso o controle externo do Tribunal de Contas *a priori*.

¹² “O Tribunal de Contas do Estado, malgrado figurar no pólo passivo de ação mandamental, não tem personalidade jurídica, por ser mero órgão auxiliar do Poder Legislativo (e a sua personalidade é meramente judiciária), não podendo, por isso mesmo, utilizar-se do recurso especial. Não é jurídico nem legal cometer-se aos Conselhos de Contas a legitimação para defender, em juízo (ativa ou passivamente), as suas decisões, mas as suas prerrogativas. Interpretação de tal sorte dilargante imporia o dever de se conceder aos Juízes e Tribunais Judiciários, o poder de litigar, pela via recursal, porfiando a manutenção de seus julgados e também, à autoridade coatora, na ação de segurança, o direito de recorrer, que é cometido à pessoa jurídica de direito público. Órgãos da natureza dos Tribunais de Contas só podem residir em juízo (e conseqüentemente recorrer) nas lides internas, em confronto com outros órgãos ou com poderes do Estado, e no momento em que, algum destes lhes retire prerrogativa ou lhes afronte direitos que lhes são próprios, porque indesjungíveis de seus fins constitucionais. Não tendo, o recurso especial, efeito suspensivo, poderia o Tribunal de Contas (e deveria), tão logo anulada a sua decisão sobre as contas do ex-governador, emitir novo parecer sobre a mesma matéria, escoimando-o dos defeitos identificados no acórdão do Tribunal de Justiça, independentemente da manifestação de qualquer recurso. Havendo, in casu, o Tribunal de Justiça apreciado a lide com arrimo em legislação local (normas de Regimento), inexistente divergência, eis que esta só se configura quando decorrente do conflito de teses jurídicas, na interpretação da mesma legislação federal. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime” (STJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª T., Resp. n.º 121.053/PB (97/0013299-4), DJ de 27.10.97, p. 54.729).

¹³ *Apud Controle do Patrimônio Público*, Fernando Rodrigues Martins, ob. cit. ant., p. 126.

¹⁴ O § 2º, do art. 113, da Lei nº. 8.666/93 está assim regido:

“Os Tribunais de contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.”

A propósito, nunca é demais invocar as lições do mestre Luís Roberto Barroso,¹⁵ que no alto de sua cátedra, comunga com a nossa hóstia, quando informa:

“No sistema brasileiro, a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, mediante controle externo do Tribunal de Contas, é, de regra, exercida *a posteriori*, e não *a priori*, não tem apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração Direta ou Indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos.”

Nessa linha, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,¹⁶ seguindo o voto condutor do eminente Des. Pedro Américo, considerou inválida decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que declarou nulos editais de licitação em curso, que regulavam concessão de transporte público, ficando assim ementado o aresto:

“Mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas em controle prévio de ato executivo. Preliminar de perdimento do objeto afastada. Serviço de transporte coletivo de passageiros no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e sua disciplinação normativa. Atribuições do Tribunal de Contas na definição constitucional. Ato nulo se lhe falta respaldo constitucional. A ação fiscalizadora do Tribunal de Contas está definida na Carta Federal (arts. 70/74), extensível às Cortes de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 75), no concernente ao sistema de controle da gestão orçamentária, financeira e patrimonial ou dos recursos públicos carreados às entidades privadas, bem como às operações diversificadas e créditos, direitos e haveres públicos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de direito público, defendendo atribuições definidas de fiscalização externa como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Essa atuação se perfaz *a posteriori*, porque se *a priori*, importaria em ingerência na liberdade de ação da administração, afetando a independência que a Constituição assegura a cada um dos Poderes (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 602, 14ª ed.). O constituinte federal foi preciso e exaustivo no definir a atuação do Tribunal de Contas, nada deixando à incursão infraconstitucional. Ilegal qualquer ampliação que importa em ingerência nos atos executivos da Administração Pública de quaisquer dos Poderes. Segurança concedida.”

¹⁵ Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, 2001, Ed. Renovar, p. 235.

¹⁶ TJ RJ, Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves, MS nº. 680/91, Órgão Especial, julgado em 24.8.92.

Em seu voto-âncora, o Desembargador Pedro Américo teve a oportunidade de afirmar, em “alto e bom som”, que:

“Ora, se a Constituição exauriu as atribuições e competência do Tribunal de Contas, não há espaço para incursão maior pelo legislador ordinário, mormente em matéria de tratamento federal, prévia e subjetivamente, não lhe sendo dado decretar nulidade, sustar licitações ou prosseguimento do correspondente processamento em seus termos finais.”

O Tribunal de Contas possui legitimidade para sustar determinado ato administrativo, desde que ele esteja enquadrado no raio de ação de sua competência, e seja fixado prazo para eliminar a irregularidade verificada.

A teor do art. 71, incisos IX e X da CF, o Tribunal de Contas deverá assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da determinação da Corte, para após sustar, se não atendido, a execução do ato tido como ilegal, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Possui, assim, o Tribunal de Contas o dever de notificar o ente público de possíveis irregularidades, assinalando prazo para que seja abolido o ato contaminado, por infringência a preceito legal. Findo o lapso temporal, sem que haja a devida correção do ato tido como ilegal, imposta pela Corte de Contas, é que será lícita a decretação da nulidade de cláusula ou do próprio edital de licitação.

Mantendo eficaz esse princípio, o próprio Tribunal de Contas da União,¹⁷ pela voz do Ministro Homero dos Santos, deixou assente os limites da competência da Corte, como salientado:

“i) as diligências determinadas pelo Tribunal, com o fim de corrigir atos concessivos ilegais, geradores de despesas, igualmente ilegais, constituem decisões corretivas, etapas decisórias nomeadoras que preparam a decisão final sobre o seu registro.”

Continuando o seu voto, o ilustre Ministro Relator, arremata:

“Assim é que no exercício de sua competência, haurida da fonte constitucional, pode – e deve – a Egrégia Corte verificar se o ato, que lhe incumbe apreciar, conforma-se ou não à disposição pertinente, determinando, quando for o caso, a diligência necessária ao exato cumprimento da lei, nos estritos termos do permissivo constitucional (cf. CF, art. 71, IX). E, na hipótese de não atendimento a essa decisão, caberá à Corte, ainda no exercício pleno de sua competência constitucional, considerar ilegal a concessão e negar registro ao respectivo ato.

¹⁷ Processo n.º 9.262/90, Rel. Min. Homero dos Santos, Pleno, julgado em 28.6.90, in RDA 183/243.

Com esse modo de proceder, não haverá como alegar-se estar sendo travada a ação da egrégia Corte, pois que estará exercendo a sua competência de dizer do direito *sub judice*, recusando o registro do ato que tenha por praticado em desacordo com a legislação específica.”

O STF também já teve a oportunidade de deixar expresso que na sua atuação fiscalizadora, o Tribunal de Contas, apurando alguma irregularidade ou vício de legalidade em procedimento administrativo, proceda a correção do defeito apontado, desde que, *a priori*, permita ao órgão ou entidade sanar o defeito que infirma a validade do ato.

Este posicionamento foi firmado no caso específico da verificação da legalidade de determinada aposentadoria, tido como irregular pelo Tribunal de Contas, que recusou, de plano a efetivação do devido registro. O princípio é o mesmo aplicado a todos os atos administrativos, inclusive nos procedimentos licitatórios.

Dada a sua importância, nunca é demais trazer à lume a autorizada e necessária visão do STF:¹⁸

“No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentro de outras atribuições, à verificação da legalidade da aposentadoria, e determina - tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo - a efetivação, ou não de seu registro.

O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame.

Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União - especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora - recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando desse modo, a medida radical da recusa do registro.

Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução à diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União - reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria - ,caberá à Corte de Contas, então pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro...”

¹⁸ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS n.º 21.666, Pleno, julgado em 19.5.93, RDA 198/290-291.

Quanto aos contratos administrativos, a situação de incompetência do Tribunal de Contas é mais latente, visto que o § 1º, do art. 71, da CF, confere ao Poder Legislativo a tarefa de promover a eventual sustação:

“Art. 71

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado iretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.”

É verdade, contudo, que o § 2º do mesmo artigo permite que, “se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medias previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito”.

Ocorre, que a interpretação dos dispositivos citados terá que ser feita sistematicamente para que não haja o conflito de idéias, levando o intérprete a solução oposta ao que o Texto Constitucional elegeu como a que deve vigorar no caso concreto.

Pois bem, analisando o contexto dos § 1º e 2º, do art. 71, da CF, o eminente Professor de Direito Constitucional, Luís Roberto Barroso,¹⁹ entende que o “decidirá a respeito”, de que trata o último parágrafo citado, confere ao Tribunal de Contas a competência para julgar as contas do administrador, não podendo sobrepor seu juízo ao administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio.

“Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competência vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o ‘auxílio do Tribunal de Contas’. Por evidente, a última palavra é do Órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas. E, em qualquer caso, ainda existirá o recurso ao Judiciário.”

Sem minimizar a importância que o Tribunal de Contas exerce no auxílio do controle externo da Administração Pública, torna-se relevante trazer ao debate as considerações do ex-Procurador Geral da República, Aristides Junqueira, citado por Luís Roberto Barroso, na ADIN n.º 828-5/RJ, deixou consignado:

“Acrescente-se que as decisões dos Tribunais de Contas, nessa e em outras matérias, não têm caráter vinculativo para a Administração. Embora às Cortes de Contas esteja afeta

¹⁹ Luís Roberto Barroso, *ob. cit. ant.*, p. 238.

competência relevantíssima no controle externo, atua nessa esfera como auxiliar do Poder Legislativo, porque essa atividade inclui-se na competência constitucional desse Poder do Estado (CF/88, arts. 71 e 75).”

Em conclusão, somos da mesma opinião do ilustrado Luís Roberto Barroso, eis que malgrado a relevância do Tribunal de Contas para o controle externo do gasto e do patrimônio público, a Corte, como auxiliar do Poder Legislativo não possui competência para invalidar ou sustar edital de licitação a priori. O controle de legalidade e de mérito é exercido a posteriori, através de diligências, com prazo para o órgão ou entidade pública sanarem as ilegalidades apontadas. Não existe poder regulamentar da Corte de Contas para extrapolar a sua função de auxílio ao Poder Legislativo, a quem compete acatar ou não as posições técnicas, fazendo um julgamento político.

Destarte, o posicionamento do Tribunal de Contas não vincula o Legislativo, a quem compete a tarefa de, se for o caso, decidir pela revogação ou cancelamento do procedimento licitatório.

Todavia, se o manto do silêncio imperar, a competência será para o Tribunal de Contas, competindo-lhe tomar as providências legais para que haja a devida correção de ilegalidades presentes no e edital de licitação.

Em sua parte conclusiva, que pedimos venia para incorporar ao presente texto, Luís Roberto Barroso,²⁰ em laço de extrema felicidade, afirma:

“O Tribunal de Contas não tem competência constitucional para exercer o poder regulamentar, que é privativo do Executivo. A lei que se refere ao exercício de tal competência deve ser interpretada conforme a Constituição, com o sentido de que o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Não tem o Tribunal competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, nem muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei.”

Quanto aos contratos administrativos, não se pode deixar de registrar a queixa da falha de redação do § 2º, do art. 71, da CF, que leva o intérprete a dois caminhos, eis que apesar da competência para sustar o contrato ser privativa do Congresso Nacional, o parágrafo em tela estipula o prazo de 90 dias para efetivação da medida, sob pena do Tribunal de Contas “decidir a respeito”. A decisão a respeito do Tribunal de Contas levou o professor Barroso a concluir que esta competência seria apenas para fins de sustar determinados atos administrativos que não se confundem com os negócios (contratos), dado o poder privativo do Congresso Nacional, a que alude o § 1º do art. 71 da CF.

²⁰ Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, 2001, Ed. Renovar, p. 239.

Entende o festejado autor que:²¹

“Em nenhuma hipótese tem o tribunal competência para invalidar atos negociais, contratuais ou não, nem tampouco tem competência para sustar contrato celebrado pela Administração.”

O assunto é controvertido, ensejando a redação do § 2º do art. 71 da CF, divergência de interpretação, sem que a doutrina tenha se debruçado sobre a matéria, como seria de esperar, mas sempre oportuno lembrar, dado ao tema ser pouco explorado pela doutrina, merecendo uma atenção especial.

Em sentido oposto ao declinado alhures, Ives Gandra²² entende que a omissão do Congresso Nacional e do Poder Executivo, dá ao Tribunal de Contas a competência de sustar o contrato administrativo inquinado de ilegal:

“Omitindo-se Congresso e Poder Executivo, tal omissão deve ser punida, e a punição é transformar o órgão vicário em órgão principal, passando a ter funções que antes pertiniriam ao Congresso ou ao Poder Executivo.”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³ também concorda com a linha desenvolvida por Ives Gandra e se engaja na mesma corrente, como se constata:

“Decisão final. Caso o Congresso Nacional deixe de sustar o contrato no prazo de noventa dias, ou, em prazo igual, o Poder Executivo não tome providências necessárias para a correção da irregularidade, o Tribunal de Contas ‘decidirá a respeito’, diz o texto em exame. Esta decisão não poderá ser outra que a sustação definitiva da execução do contrato, com a imposição de sanção aos responsáveis, bem como, se for o caso, representação ao órgão competente, para que este venha a pleitear, de forma devida, a sanção penal e o ressarcimento dos danos.”

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, de quem sou declarado admirador, também defende a “competência dos Tribunais de Contas para Sustação de Contratos.”²⁴

Filho-me à primeira corrente, do Professor Luís Roberto Barroso, pelo fato do caput do art. 71 da CF determinar claramente o controle externo da Administração Pública pelo Congresso Nacional, *munus* exercido com o auxílio do Tribunal de Contas.

Ora, o Órgão Auxiliar não pode invadir a competência constitucional privativa do Legislativo e do Executivo, para se transformar em um poder autônomo.

²¹ Ob. cit. ant., p. 240.

²² Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1997, 4º vol. Ed. Saraiva, Tomo II, p. 75.

²³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, 1992, vol. 2, p. 132.

²⁴ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “Competência dos Tribunais de Contas para Sustação de Contratos”, *Fórum Administrativo – Direito Público* n.º 16, Ed. Fórum, junho de 2002, p. 732.

A dicção do § 2º do art. 71 da Constituição não autoriza o Tribunal de Contas a receber a transferência de competência privativa do Congresso Nacional, que como representante do Poder Legislativo pode solicitar ao Poder Executivo a sustação de contrato administrativo tido como irregular pelo Tribunal de Contas.

Admitir a transferência de poderes ao Tribunal de Contas para determinar ao Poder Executivo que invalide contrato administrativo é o mesmo que romper a simetria do art. 2º da CF, que exige a independência e harmonia como regra fundamental dos Poderes.

Parâmetro de observância indispensável à interpretação do Texto Maior, o princípio da divisão funcional do poder foi concebido como uma das vigas mestras da Constituição de 1988.

Não resta dúvida que o poder constitui o *ratio essendi* do fenômeno político do Estado.

Portanto, admitir que o Tribunal de Contas se transforme no próprio Poder Legislativo, substituindo o Congresso Nacional e sua competência privativa é o mesmo que invadir a independência dos Poderes, pois hierarquicamente o Executivo não se curva a órgão auxiliar de outro Poder. Por esta razão é que a Constituição deixou bem nítido que o Tribunal de Contas auxilia o Poder Legislativo, exercendo a salutar e necessária fiscalização da legalidade e economicidade dos atos públicos que acarretem despesa para o erário.

O Tribunal de Contas não pode se sobrepor ao Juízo do Executivo e nem do Legislativo, visto ser um órgão auxiliar deste último Poder, que é o responsável pelo controle externo (Congresso Nacional).

Razão pela qual a última palavra sempre será do órgão Legislativo e nunca do Tribunal de Contas que lhe auxilia.

Roberto Ribeiro Bazilli²⁵ não deixou passar em branco o princípio defendido pelo Professor Luís Roberto Barroso, da invasão de competência do Tribunal de Contas:

“Com referência à licitação, obriga os órgãos ou entidades da Administração interessados à adoção das medidas corretivas e, a nosso ver, incide em inconstitucionalidade flagrante, pois que não cabe a um órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, determinar a órgãos do outro Poder, o Executivo, a adoção de medidas que julga corretivas. Tal procedimento expressamente previsto na lei fere o princípio da separação dos Poderes. Compete – isto sim – ao Tribunal de Contas apontar, no exercício do controle externo, ao órgão ou entidade as incorreções existentes no edital. No entanto, ao órgão ou entidade, cabe, a juízo próprio, aceitar ou não as medidas corretivas indicadas pelo Tribunal de Contas. Mesmo porque o Tribunal de Contas não é infalível, e seria uma temeridade a

²⁵ Roberto Ribeiro Bazilli, *Contratos Administrativos*, 1996, Ed. Malheiros, p. 155.

aceitação pura e simples desta ou daquela correção por provir de determinação do Tribunal de Contas”.

Em outra robusta passagem, a Procuradoria Geral da República, instada a se pronunciar no MS nº. 23.550-1/DF, no *writ* que teve a relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, do STF, deixou assente:

“Na hipótese ora sob exame, o processo licitatório foi concluído, e após assinado o contrato pela empresa vencedora e a Suframa (...). É certo que a Administração Pública pode anular atos quando eivados de nulidade. Não é essa, entretanto, a hipótese dos autos. Tendo sido concluído o processo licitatório e o contrato assinado, o ato de sustação só poderia ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitórias, do Poder Executivo as medidas cabíveis, a teor do estatuído no artigo 71, § 1º, da Constituição Federal. No caso de contrato, o ato de sustação, ou a sustação do contrato, é dever do Congresso Nacional que solicitará do Poder Executivo as medidas cabíveis. Ao Congresso Nacional, pois, cabe determinar o ato de sustação. Ao Poder Executivo, a execução das medidas. Apenas na eventualidade do Congresso não exigir do Poder Executivo as necessárias medidas, ou, se exigidas e não tomadas, caberá ao próprio Tribunal de Contas decidir (...) A própria lei que regulamenta o processo licitatório - Lei nº. 8.666/93 - também ampara a impetrante. O artigo 49 da referida lei dispõe que somente a autoridade competente para a aprovação do procedimento licitatório poderá revogar a licitação por razões de interesse público, porém apenas na hipótese decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, o que, não ocorreu na presente hipótese...”

Pelo exposto, somos adeptos da corrente defendida pelo Professor Luís Roberto Barroso, como já declinado, entendendo que o Tribunal de Contas possui relevante função temperada pela Constituição Federal.

Coroando a nossa corrente, o STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº. 23.550-1/DF²⁶, deixou consignado que falece competência para o Tribunal de Contas anular ou sustar contrato administrativo:

“I. Tribunal de Contas: competência. Contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha competência, para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou (...)”

²⁶ STF, MS nº. 23.550-1/DF, Rel. p/ acórdão, Min. Sepúlveda Pertence, pleno, DJ de 31.10.01, ementário nº. 2.050-3.

O Ministro Sepúlveda Pertence, designado para redigir o acórdão declinado, enalteceu e acompanhou a precisa motivação do Ministro Celso de Mello:

“Também entendo que o Tribunal de Contas da União, como restou enfatizado nas informações prestadas nesses autos, não sustou o contrato, mesmo porque ele não dispunha de competência constitucional para tanto, mas limitou-se a cientificar quem teria competência para sustá-lo, para o imperativo de fazê-lo em face do que dispõe o artigo 49 da Lei nº. 8.666/93.

Na realidade, o Tribunal de Contas da União agindo no âmbito e nos estritos limites do que dispõe a regra de competência definida no inciso IX do artigo 71 da Constituição Federal, assinou prazo para a SUFRAMA, competente para invalidar o contrato, adotasse as providências cabíveis. Todos sabemos que a norma inscrita no § 1º do inciso XI do artigo 71 da Constituição não se revela aplicável em matéria de competência do Tribunal de Contas, porque em se tratando de contrato, o ato de sustação, que efetivamente não houve no caso, seria adotado diretamente pelo Congresso Nacional. Na verdade, o que houve foi uma determinação do Tribunal de Contas da União, de caráter decisório, para adoção de providências objetivando o efetivo cumprimento da lei, com clara incidência da regra que se contém no inciso IX do artigo 71.”

Como visto, o STF deixou assente que o Tribunal de Contas da União não possui poderes constitucionais para anular contrato administrativo.