TRIBUNAL DE CONTAS — COMPETÊNCIA — CONTROLE DE LEGALIDADE

— Não tem o Tribunal de Contas competência para exercer o poder regulamentar, invalidar ou sustar, diretamente, contrato administrativo ou ordenar a revisão de ato de aposentadoria.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Parecer nº 02/96-LRB Em 11 de março de 1996

Tribunal de Contas do estado. Incompetência para: a) exercer o poder regulamentar; b) invalidar ou sustar, diretamente, contrato firmado pela Administração; c) ordenar ao administrador a revisão de ato de aposentadoria de servidor.

Senhor Procurador-Geral:

Atendendo solicitação do Senhor Governador do Estado, que me foi transmitida por Vossa Excelência, apresento, a seguir, parecer no qual são analisadas algumas questões referentes ao âmbito de competência do Tribunal de Contas do Estado, à luz da doutrina predominante — inclusive a que se estabeleceu por orientação desta Procuradoria — e da jurisprudência dos Tribunais, sobretudo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o Supremo Tribunal Federal. A rigor, cuidar-se-á, tão-somente, da discussão de três temas que vêm suscitando conflitos no âmbito dos Estados, em relação aos quais o Tribunal de Contas tem agido sem título de competência, consoante tem pronunciado a doutrina e os Tribunais.

Excelentíssimo Senhor
Dr. Raul Cid Loureiro
M.D. Procurador-Geral do Estado

1. *Incompetência do tribunal de Contas para exercício do poder regulamentar (em sua acepção constitucional)*

A propósito desse tema, é oportuno, de plano, traçar algumas distinções essenciais *entre lei, regulamento e atos administrativos inferiores*. Com a ascensão da ideologia liberal e a consagração da separação de Poderes, os Estados democráticos, há mais de duzentos anos, se organizam atribuindo as funções estatais de legislar, administrar e julgar á órgãos diversos. Como corolário de tal ordenação de Poderes, e nota essencial dessa modalidade de Estado a submissão de todas as atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos a normas gerais preexistente. Tal peculiaridade recebe a designação de *princípio da legalidade.*

O tema abriga complexidade e sutilezas que envolvem conceitos como os de preferências da lei e reserva da lei, e, dentro desta última, a reserva absoluta e relativa, e a reserva de lei formal e de lei material.[1] Não será necessário tal aprofundamento para os fins do raciocínio aqui desenvolvido. Basta que se assinale que o princípio da legalidade, na sua aplicação aos particulares, traduz-se em que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", na locução clássica reproduzida no inciso II do art. 5º da Carta de 1988. Inversamente, no que toca à Administração Pública, seus órgãos e agentes, o princípio tem significado sumétrico: só se pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. A nova Constituição também abrigou a regra (art. 37, *caput).*

Pois é de tal circunstância que decorre a distinção fundamental, ao ângulo material, entre a lei e o regulamento. Um e outro, é certo, são atos normativos, de caráter geral e impessoal. Mas somente a lei — e não o regulamento — pode inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente. Sempre a lei, e jamais o regulamento, será a via legítima de se criarem obrigações para os particulares. A doutrina é indiscrepante na matéria. A faculdade regulamentar, lembra Sergio Ferraz, longe de infirmar o princípio da separação de Poderes, antes o confirma: o regulamento é uma das principais formas de manifestação da atuação administrativa, e não poderá contrariar a lei formal.[2]

O conceito de poder regulamentar foi expresso, com a clareza habitual, pelo saudoso professor Hely Lopes Meirelles:

"O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, os de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV)."[3]

No mesmo sentido, veja-se a lição do professor Caio Tácito, expondo, de forma didáticos, os diferentes níveis de atuação normativa do Estado:

"A capacidade ordinatória do Estado se manifesta por meio de círculos concêntricos que

1 Sobre o tema, v. Alberto Xavier, *Legalidade e Tributação,* in RDP 47-48/329.

2 Sergio Ferraz, verbete "*Regulamento" do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. LVIII, 1973.

3 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, 1993, p. 112.

vão, sucessivamente, da constituição à lei material e formal, isto é, àquela elaborada pelos órgãos legislativos; desce aos regulamentos por meio dos quais o Presidente da República complementa e particulariza as leis; e, finalmente, aos atos administrativos gerais, originários das várias escolas de competência administrativa."[4]

Como se constata, singelamente, não é controvertido, em doutrina, que o poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo. A única polêmica que existe na matéria é sobre a existência ou não de regulamentos *autônomos*, ao lado dos regulamento *de execução*, generalizadamente admitidos. Estes últimos têm seu fundamento constitucional no art. 84, IV, ao passo que os primeiros legitimar-se-iam nos incisos II e VI do mesmo artigo. A discussão não é importante para os fins aqui visados.[5]

À vista da clareza da dicção constitucional, bem como da univocidade da doutrina quanto à competência privativa do Chefe do Executivo para exercer o poder regulamentar, coloca-se a questão da validade da norma constante do inciso I, do art. 4º, da Lei Complementar 63, de 1º de agosto de 19900, do Estado do Rio de Janeiro — a chamada Lei Orgânica do Tribunal de Contas —, onde se lê:

"Art. 4º. Compete, ainda, ao Tribunal de Contas:

I — exercer o poder regulamentar, podendo, em conseqüência, expedir atos e instruções normativas sobre a aplicação de leis pertinentes a matéria de suas atribuições e organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.:

É de grande interesse assinalar, desde logo, que a regra acima transcrita foge do modelo da lei federal, que não faz menção a atos e instruções "sobre a aplicação de leis pertinentes a matéria de suas atribuições", utilizando tão-somente a locução "atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições". Vale dizer: o que vai ser regulamentado não são as leis — porque jamais poderia caber ao Tribunal de Contas fazê-lo — mas apenas as matérias que a lei já lhes abriguiu. Confira-se o texto federal, extraído do art. 3º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

"Art. 3º. Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em conseqüência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devem ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

"De todo modo, embora a diferença assinalada acima não seja de pouca relevância, o problema é com as palavras "poder regulamentar", presentes em ambos os textos. Entendida no seu sentido mais óbvio, a expressão é evidentemente inconstitucional. De fato, no longo elenco de competência atribuídas ao Tribunal de Contas, constante dos onze inciso do art. 71, da Constituição, não figura a referida expressão, até porque ,como já se viu, o poder regulamentar é privativo do Poder Executivo. A inconstitucionalidade, portanto, seria patente.

Porém, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, inspiradas pela produção do Tribunal Constitucional Federal alemão, têm desenvolvido e aplicado a diversos casos a chamada *interpretação conforme a Constituição*. Por este mecanismo procura-se resguardar a validade de uma determinada norma, excluindo-se expressamente a interpretação mais óbvia — que conduziria à sua inconstitucionalidade — e estabelecendo uma outra interpretação, que permita ao dispositivo ser aplicado em harmonia com o texto constitucional maior. Por esta técnica, é possível admitir a validade da expressão "poder regulamentar", desde que se entenda que o legislador quis referir-se a uma competência administrativa normativa. Vale dizer: fez referência à espécie — regu-

4 Caio Tácito. *O Mandado de Segurança e o Poder Normativo da Administração*, RDA 46/246.

5 Para um amplo levantamento da doutrina na matéria, v. nosso *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 1993, p. 389-91).

lamento —, quando queria significar o gênero: ato administrativo normativo.

De fato, parece aceitável reconhecer-se no Tribunal de Contas competência para editar atos normativos administrativos, como seu Regimento Interno, ou para baixar uma Resolução ou outros atos internos. Poderá, igualmente, expedir atos ordinatórios, como circulares, avisos, ordens de serviço. Nunca, porém, será legítima a produção de atos de efeitos externos geradores de direitos e obrigações para terceiros, notadamente quando dirigidos a órgãos constitucionais de outro Poder. Situa-se ao arrepio da Constituição, e foge inteiramente ao razoável, o exercício, pelo Tribunal de Contas, de uma indevida competência regulamentar, equiparada ao Executivo, ou mesmo, em alguns casos de abuso mais explícito, de uma competência legislativa, com inovações à ordem jurídica.

Tal é o caso, por exemplo, de Deliberação que estabeleça regras para contratação de empresas para prestação de serviços à Administração ou para terceirização. Não pode o Tribunal de Contas expedir regulamento autônomo, nem muito menos invadir esfera legislativa, impondo requisitos e vedações que não têm lastro em texto legal. Da mesma sorte, não há juridicidade em editar o Tribunal de Contas normatização sobre contratação temporária, estabelecendo critérios próprios, substituindo-se ao administrador e ao legislador.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direto de Inconstitucionalidade nº 828-5-RJ,[6]

Não bastassem os argumentos incontestáveis até aqui deduzidos, um outro fundamento evidencia a implausibilidade do exercício de poder regulamentar pelo Tribunal de Contas. E que, na hipótese de abuso de poder regulamentar pelo Executivo, a Constituição provê expressamente o mecanismo de sanção: compete ao Legislativo "sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar". Não existe qualquer mecanismo constitucional destinado a neutralizar o abuso por parte do Tribunal de Contas. Como não há competência constitucional insuscetível de controle, a conclusão é que simplesmente não há a competência invocada pelo Tribunal de Contas.

Em síntese das idéias enunciadas neste tópico, é possível deixar assentado que a referência feita pela lei ao poder regulamentar do Tribunal de Contas somente será constitucional se interpretada no sentido de uma competência normativa limitada, consistente na ordenação interna de sua própria atuação. Não tem competência o Tribunal de Contas para editar atos normativos genéricos e abstratos, vinculativos para a Administração, nem muito menos para invadir esfera legislativa, estabelecendo direitos e obrigações não contemplados no ordenamento.

II. *Incompetência do Tribunal de Contas para invalidar ou sustar, diretamente, contrato celebrado pela Administração.*

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*. Salvo exceção expressa, 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. Esta é a lição cristalina de Hely Lopes Meirelles.

6 ADin 828-5-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio. A ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo sido preferida decisão liminar suspendendo os dispositivos em 25.05.93. fulminou, por inconstitucionais, pretensões normativas do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Assim é que considerou inválida a Deliberação nº 45, na qual se previa que a solução de consulta encaminhada ao Tribunal teria caráter normativo. Também já se pronunciou a invalidade da Resolução Normativa que, em estranhíssimo conteúdo, adiou, no Rio de Janeiro, a vigência da Emenda à Constituição federal nº 1/92, que limitou a remuneração de deputados estaduais e vereadores.

O órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em significativa decisão tomada em agosto de 1992, considerou inválida decisão do Tribunal de Contas que declarou nulos editais de licitações, em processo de concorrência em curso. Em decisão precisa, averbou aquela Corte:

"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 correspectivo processamento em seus termos finais".[7]

É bem de ver, ademais, que mesmo o controle posterior há de se submeter aos princípios constitucionais, inclusive os que resguardam direitos individuais. Nesse passo, é importante assinalar que os contratos administrativos são acordos de vontade celebrados entre a Administração e particulares (ou, eventualmente, outro ente administrativo). São, normalmente, atos bilaterais e comutativos, geradores de direitos e obrigações para ambas as partes. Sua desconstituição exige não apenas cautela — porque existem responsabilidade em jogo, inclusive, e sobretudo, responsabilidade civil — como a observância do devido processo legal.

É princípio generalizadamente aceito no direito administrativo nacional que a Administração não só pode, como deve, *invalidar* os seus próprios atos, quando viciados por ilegalidade. Tal proposição é objeto do verbete nº 473, da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*.

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que as tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvado, em todos os casos, a apreciação judicial.

O Tribunal de Contas, todavia, é órgão auxiliar do Poder Legislativo, não se enquadrado, para os fins aqui versados, na qualificação de Administração Pública. Da leitura das normas pertinentes da Constituição Federal, da Constituição do Estado e da Lei Complementar estadual nº 63, de 10.08.90, não se colhe fundamento para a Corte de Contas, por ato próprio e auto-executável, declarar a nulidade de contrato administrativo ou outro qualquer ato administrativo negocial.

Naturalmente a possibilidade de sustação de um ato — competência, esta sim, titularizada pelo Tribunal de Contas — quando, apontada a ilegalidade, não é ela sanada no prazo assinado (CF, art. 71, IX e X), não se confunde com uma inexistente acuidade de declarar a nulidade de qualquer ato. Mesmo a sustação, nos casos em que admitida, não pode prescindir da observância do devido processo legal, notadamente quando o ato em questão houver criado criado situação jurídica subjetiva em favor de terceiros.

Vale dizer: o Tribunal de Contas não tem, em qualquer hipótese, competência para invalidar um ato administrativo. Poderá, se for o caso, sustá-lo, mas, havendo direitos subjetivos envolvidos, terá de observar o devido processo legal, que há de incluir, por evidente, a audiência do interessado para defesa do ato ou de sua posição jurídica. O arbítrio não é legítimo, mesmo quando exercido sob o manto da moralidade.

A situação de incompetência do Tribunal de Contas se torna ainda mais nítida na matéria quando o ato que se pretenda sustar seja um contrato. Neste caso, consoante a letra expressa do § 1º, do art. 71, da Constituição Federal, cabe ao Poder Legislativo a eventual sustação. Confira-se:

"Art. 71 .....

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

O § 2º do mesmo artigo prevê que, "se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito". *Decidirá*, por cer-

7 MS 680/91, Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves.

to, 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 competências 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.

Não é irrelevante rememorar a manifestação do Procurador-Geral da República — na ocasião, o eminentíssimo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga —, nos autos da ADIn nº 828-5-RJ, já mencionada, onde 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 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)."

III. *Incompetência do Tribunal de Contas em matéria de apreciação da legalidade de aposentadoria*

Nada obstante o desgaste doutrinário e político sofrido pela teoria da separação dos Poderes, nas últimas décadas, ainda prevalece no mundo jurídico a convicção de que o Estado realiza os seus fins por meio de três funções em que se reparte a sua atividade legislação, administração e jurisdição. Na lição sempre lembrada de Seabra Fagundes, *legislar* consiste me editar o direito positivo, *administrar* é aplicar a lei de ofício e *julgar* é aplicar a lei contenciosamente. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.[8]

A função legislativa, ao longo dos anos, tem se caracterizado, não apenas pela edição de normas, como também pela missão, elevadíssima, de fiscalização dos atos governamentais, nos diferentes níveis, que vão desde sua conveniência política até sua legalidade. É neste domínio que se insere o Tribunal de Contas, instituído pela Constituição como órgão auxiliar do Poder Legislativo, ao qual compete, em controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos gastos públicos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (CF 1988, arts. 70 e 71). Não é papel do Tribunal de Contas, por via de conseqüência, dizer definitivamente o Direito — pois isto incumbe ao Judiciário — nem tampouco substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para tomada de decisões políticas e administrativas — que é atribuição dos órgãos do Poder Executivo.

Passando, imediatamente, à questão do registro das aposentadorias, é certo que cabe ao Tribunal de Contas o controle de sua legalidade. Não se deve impedir que a Corte, supondo estar diante de um erro que implique em *redução* dos proventos do inativo, se manifeste a este respeito, inclusive suscitando a reapreciação do tema pela Administração. O que não tem sentido algum, todavia, é o Tribunal, sob a designação imprópria de *diligência*, ordenar ao administrador que, contra o seu próprio entendimento, se curve à orientação do Tribunal de Contas, sob pena de sofrer sanções a mais drásticas, inclusive com a aplicação de multas que recaem sobre a pessoa do administrador.

Tal procedimento não seria admissível nem mesmo quando a fixação de proventos pelo administrador importasse em pagamento superior ao que o Tribunal imaginasse devido, hipótese em que caberia ao Tribunal, simplesmente, negar registro à aposentadoria. Se assim é, muito mais absurda é a posição pela

8 M. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, pp. 2-3.

qual a Corte de Contas, arrogando-se a condição de substituto processual do servidor inativo, determina a majoração de seus proventos, contra a vontade da Administração e sem ordem judicial, desempenhando um estranhíssimo papel pelo qual tutela o interesse privado em lugar do interesse público.

Em opinião dissonante da totalidade da doutrina e da jurisprudência, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro segue linha diversa. Entende que ele venerando órgão que o Tribunal pode determinar a incorporação de vantagens aos proventos do servidor, mesmo que o interessado jamais haja requerido e que a Administração entenda que o benefício é descabido. Com isto, o órgão de contas se substitui ao Executivo. Mas, se o administrador não se submeter à determinação ilegítima, o órgão de contas lhe impõe uma grave multa. Com isto, substitui-se ao Judiciário. Esta curiosa revolução na teoria do Estado e na teoria constitucional não merece adesão.[9]

O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado a questão por diferentes ângulos, mantendo uma linha de absoluta coerência no tocante à exclusão da competência do Tribunal de contas para determinar ao administrador, sob pena de sanção, que se submete à sua deliberação. Em decisão anterior à Constituição de 1988, proferida no Mandado de Segurança nº 20.038, de que foi relator o Ministro Moreira Alves (RTJ 80/394, 407), assentou a Corte, a propósito da atribuição do registro de aposentadoria:

"(O Tribunal de Contas) só tem uma alternativa ou julga válida a aposentadoria voluntária nos termos em que foi concedida, ou a julga nula, por ilegal. O que não pode é determinar o registro da aposentadoria em termos diversos dos em que foi ela requerida e deferida... "(grifo acrescentado).

Já na vigência da nova Constituição, as decisões se multiplicaram. Ao julgar o MS 21.466-0-DF, relatado pelo Ministro Celso de Mello, o pleno do STF, por unanimidade de votos, assim se manifestou, em decisão de 19.05.93:

"No exercício de sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre 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 apresentação 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 de registro."

Remarque-se o verbo utilizado pelo Tribunal, com grifo no original: RECOMENDAÇÕES do Tribunal de Contas à autoridade administrativa, feitas em conversão de julgamento de legalidade de aposentadoria em diligência, não obrigam esta a rever o ato administrativo de concessão de aposentadoria para ajudá-lo a tais RECOMENDAÇÕES, razão por que, se a autoridade administrativa os rever para fazer esse ajuste, não está ela atuando como mera executadora material das RECOMENDAÇÕES do Tribunal de Contas, mas, sim, é a autoridade que responde pela prática do ano administrativo de ajuste. Conseqüentemente, a autoridade coatora não é o Tribunal de Contas, mas a autoridade administrativa..." (grifos acrescentados).

Sempre na mesma linha, decidiu ainda o Supremo, em acórdão prolatado no MS 21.462-7-DF, relatado pelo Ministro Néri da Silveira.

"...A conversão, em diligência, do julgamento de ilegalidade por ele feita não obriga a autoridade administrativa a cumprir as diligências determinadas".

9 V. decisão unânime proferida no Processo TCT nº TCT 106.004-0/91, apreciado em 3.08.95.

O voto do Ministro Moreira Alves, proferido no caso acima referido, expõe com clareza meridiana a posição da Corte na matéria:

"Ora, sendo certo — como ficou decidido no MS 21.466 — que a conversão, em diligência, do julgamento de legalidade pelo Tribunal de Contas não obriga a autoridade administrativa a cumprir as diligências determinadas, ou porque (como entendeu o então relator, o eminente Ministro Celso de Mello) o órgão que concedeu a aposentadoria pode recusar-se a alterar os termos dessa concessão (ou alteração), ou porque (como é meu entendimento) não pode o Tribunal de Contas fazer essa conversão por força do sistema constitucional, não estando, pois, aquele órgão administrativo obrigado a cumprir determinações dele em forma de diligências".

Atente-se para a posição inequívoca do Ministro Moreira Alves como não tem o Tribunal de Contas competência para determinar a retificação do ato de aposentadoria, pode o órgão administrativo simplesmente descumprir a ordem ilegal.

Não há necessidade de prosseguir-se, indefinidamente, reproduzindo o óbvio. Acrescenta-se, apenas, em desfecho, a decisão da Suprema Corte proferida no Conflito de Atribuições 40-7, onde a tese aqui sustentada é mais uma vez endossada, de forma clara e contundente:

"A diligência determinada pelo Tribunal de Contas, no sentido de baixa dos autos para a observância de determinado critério, quer quanto a parcela, quer no tocante ao tempo de serviço que a norteia, considerados proventos, não obriga o órgão que concedeu a aposentadoria. Daí a impropriedade de falar-se em conflito de atribuições."

Diante da torrencial e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impressionam os dois pareceres do antigo DASP invocados em recente decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ainda quando sustentassem a tese que corresponde ao entendimento do plenário daquela Corte. Um simples lance de olhos sobre os referidos documentos, todavia, revela a invocação indevida.

Em conclusão deste tópico, é possível afirmar que, à luz da melhor doutrina, e da incontroversa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do ato aposentadoria do servidor, não tem o Tribunal de Contas competência para ordenar à Administração que modifique a fixação dos proventos em favor do servidor, sob pena de sanção. Por certo, é facultado ao órgão de contas converter a apreciação em diligência e submeter à Administração suas ponderações. Havendo, contudo, divergência, somente o Poder Judiciário poderá determinar a modificação do ato, se for o caso.

IV. *Conclusão*

Não se deve minimizar a importância do controle da Administração Pública, inclusive no aspecto financeiro e orçamentário, para consolidação de um Estado democrático. Neste desiderato, muitos são os que crêem que o Tribunal de Contas possa ter um relevante papel, embora preconizem mudanças em suas competências, e, sobretudo, nos processos de investidura de seus membros. Como assinalado de início, o presente estudo não se voltou para esta específica problemática. Cuidou-se, aqui, ao revés, da delimitação da esfera legítima de atuação do Tribunal Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Este é um esforço de neutralização de conflitos que desgastam os órgãos públicos e não avançam o processo de moralidade.

As idéias aqui apresentadas sintetizam-se nas proposições seguintes:

I. 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.

II. O Tribunal de Contas tem competência para *sustar* atos administrativos, em certas circunstâncias, se, assinado prazo para sanar ilegalidade, não for atendido. Todavia, se o ato em questão envolver situações jurídicas de terceiros, é imperativa a observância do devido processo legal, facultando-se aos interessados deduzirem suas razões, sob pena de inconstitucionalidade. Em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para *invalidar* atos administrativos negociais, contratuais ou não, nem tampouco tem competência para sustar contrato celebrado pela Administração. Esta competência é do Poder Legislativo, titular do controle externo, ou do Judiciário, se provocado adequadamente.

III. O Tribunal de Contas, ao apreciar o ato concessivo de aposentadoria, pode baixar o processo em diligência, submetendo ao administrador suas ponderações, inclusive quanto à majoração de proventos do servidor. Não tem, todavia, competência para impor ao administrador, sob pena de multa ou outras sanções, a modificação do ato que a Administração entenda correto, notadamente quando a ordem importe em aumento de despesas. O Tribunal de Contas não é substituto processual do servidor nem tem o poder de dizer definitivamente o direito. Cabe ao interessado, e não ao Tribunal de Contas, pedir a majoração de proventos, em sede administrativa, ou, havendo divergência, em sede judicial.

É como me parece.

Luis Roberto Barroso — Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 02/96/LRB, subscrito pelo ilustre Procurador Luis Roberto Barroso (fls. 2/18).

Com exatidão e rigor, examinou o douto parecerista temas e materiais sobre os quais o Egrégio Tribunal de Contas tem admitido a sua competência, a despeito de manifestação em contrário, quer doutrinárias ou ainda oriundas de mais alta Corte do País, segundo conceitos e acórdãos alinhavados no parecer ora aprovado.

Ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado para conhecimento do opinamento, por S. Excelência, solicitado.

Em 09 de maio de 1996

Raul Cid Loureiro — Procurador Geral do Estado

DE ACORDO.

Em 09 de maio de 1996

Marcello Alencar