— Inconstitucionalidade de ato normativo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que determina critérios de reajustamento de preços e correção monetária em contratos administrativos.

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro
Proc. E-14/33997/95

EXPEDIENTE DE 09 DE SETEMBRO DE 1996

*Proc. nº E-14/33997/95 — APROVO E DETERMINO que seja dado efeito normativo ao parecer, autorizando a propositura da ação de inconstitucionalidade para dirimir em definitivo às divergências suscitadas.

Parecer 02/96 — SBTP — Rio de Janeiro, 09 de maio de 1996

EMENTA: Tribunal de Contas do Estado — Ato Normativo 033/95 — Inconstitucionalidade

Notas Explicativas 1,2,4,5,6 do TCE — Breves considerações sobre as matérias de que tratam.

Inconstitucionalidade do Artigo 113, § 2º, da Lei 8.666/93.

Aplicabilidade do Enunciado 3/96 — PGE

Recomendação de que seja proposta ação direta de inconstitucionalidade

Senhor Procurador Geral,

Trata-se de solicitação do ilustre Procurador Chefe da Coordenadoria do Sistema Jurídico, Dr. Sylvio Melo, no sentido de que a Procuradoria Administrativa emita pronunciamento sobre as Notas Explicativas números 1,2,4,5 e 6, editadas pelo Tribunal de Contas do Estado.

O consulente solicita um parecer acerca da constitucionalidade de ato normativo editado pelo TCE, que vem pretendendo, através das referidas notas explicativas, traçar orientação normativa para os órgãos e entidades da Administração Estadual, bem como sejam ana-

lisados os assuntos focalizados nas referidas notas.

Num segundo momento, o Dr. Sylvio Mello sugere seja examinada a constitucionalidade do artigo 113, § 2º, da Lei federal 8.666/93, destacando a necessidade de, na hipótese de se concluir por sua inconstitucionalidade, apontar-se o caminho a ser seguido pela Administração estadual.

Como se vê, a consulta envolve assuntos diversos, que serão analisados, um a um, a seguir.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO Nº 033/95

Preliminarmente, há que se destacar que as atribuições conferidas pelo constituinte federal aos Tribunais de Contas precisam ser bem compreendidas, para que a representatividade do sistema democrático não seja comprometida, e, muito mais, para que o princípio da tripartição de poderes tenha obediência assegurada

Assim, sempre que se falar de Tribunal de Contas, há que se ter em mente sua natureza de órgão *auxiliar do Congresso Nacional*, no exercício do controle a que se refere o *caput* do artigo 70 da Constituição Federal.

Como se sabe, o Legislativo exerce sobre a despesa pública, um controle prévio e um posterior. O controle prévio se verifica no planejamento dessa despesa, como no caso das leis orçamentárias. Por sua vez, o controle a *posteriori*, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, se realiza nos termos estabelecidos no artigo 70 da Constituição Federal.

Repise-se, mais uma vez, que o controle de que trata o artigo 70 da Constituição Federal e de competência do Congresso Nacional, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas, cujas atribuições vêm exaustivamente alinhadas no artigo 71 e incisos e 73 da Constituição Federal.

Essa condição de *órgão auxiliar* do Congresso Nacional, ostentada pelo Tribunal de Contas, de forma alguma diminui sua importância, mas, jamais pode ser esquecida, sob pena de se violar princípio fundamental da Constituição, incluído no seu artigo 2º.

Pois bem; invocando suas atribuições legais, especialmente o artigo 143 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado, aprovado pela Deliberação 167 de 10 de novembro de 1992, o Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro editou o *Ato Normativo nº 033*, através do qual aprovou as *Notas Explicativas* nº 1, 2, 3, 4, 5 e 6 da Comissão Permanente de Estudos das Normas Legais sobre controle da Administração Pública — CENAP, ato esse publicado no Diário Oficial de 05 de julho de 1995.

Para que se possa apurar se a providência adotada por S. Exa. e legal, cabe, inicialmente, analisar o dispositivo invocado como suporte jurídico, qual seja, o artigo 143, I. alínea c e III do Regimento Interno do TCE.

Dispõe o referido artigo

Art. 143 — Compete, ainda ao Presidente:
I — relatar:
a) .....
b).....
c) os assuntos das sessões administrativas convocadas por sua iniciativa.
II.....
III — expedir atos executivos e normativos, assim definidos em função de seu próprio conteúdo"

Em relação ao comando contido no inciso I, letra *c* não há dúvidas de sua validade, formal e material, pelo que desimporta sua análise no momento.

O mesmo não ocorre, entretanto, em relação ao disposto no inciso III, que, se num primeiro momento, parece absolutamente válido, vem sendo interpretado, pelos integrantes do Tribunal de Contas, de forma exageradamente abrangente.

É que, como denuncia a consulta de fls. 02/04, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro vem amparando, no referido dispositivo legal, o exercício de atribuições que nunca lhe foram conferidas pelo constituinte federal, dentre elas a de expedir atos regulamentares destinados a terceiros.

Pelo próprio contexto em que está inserido o inciso III do artigo 143 do Regimento In-

terno do TCE, há que se admitir que os atos normativos e executivos nele referidos dizem respeito, exclusivamente, à organização e administração do próprio Tribunal e de seu pessoal.

Para que se conclua da forma acima exposta, é preciso, apenas, que se atente para o fato de que o artigo 143 do Regimento Interno do TCE trata, exclusivamente de questões relacionadas à organização e funcionamento do próprio Tribunal e seus servidores, o que, aliás, é o que se poderia esperar de uma norma regimental

Como se sabe, o constituinte federal, no artigo 73 da Constituição autorizou os Tribunais de Contas a exercerem, *no que couber*, as atribuições previstas no artigo 96, do que decorre sua competência para editar atos normativos e executivos de efeitos internos.

Por isso, o Poder Regulamentar a que se referem os artigos 4º da Lei Complementar Estadual nº 63/90 e o artigo 3º da Lei Federal nº 8.443/92 somente pode ser interpretado como a faculdade de editar atos normativos sobre sua organização (Regimento Interno) e outros que vinculem, exclusivamente, seus servidores.

Assim, os atos executivos e normativos a que se refere o artigo 143, III, do Regimento Interno do TCE, são as resoluções, deliberações, circulares, avisos, ordens de serviço e etc., relacionadas, exclusivamente a organização e administração interna do Tribunal.

Mas, em razão da má técnica legislativa e, para que não se discuta sobre a abrangência do referido dispositivo, passa-se, a seguir, a discorrer sobre a impossibilidade do Tribunal de Contas regulamentar' a ação da Administração Pública.

A Constituição de 1988 conferiu, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo, competência para o exercício do Poder Regulamentar, como se vê do artigo 84, IV, sendo que, em sede Estadual, como, não poderia deixar de ser, tal dispositivo foi repetido no artigo 142,1V, da Constituição do Estado.

Ora, dentro do conceito de Poder Regulamentar está inserida a faculdade de explicar a lei para sua correta execução, como se apreende da lição a seguir transcrita[1]:

"*O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de executivo (Presidente do República, Governadores e Prefeitos), de explicar a lei para sua correta execução ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinado por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (Constituição da República artigo 84, IV) e, por isso mesmo, idelegável a qualquer subordinado*".

Uma breve leitura das notas explicativas em exame evidencia que, o que com elas se pretendeu, efetivamente, foi traduzir o entendimento do TCE sobre a conjugação de determinados dispositivos legais, de modo a uniformizar o entendimento dos técnicos do TCE e dos " órgãos jurisdicionados" sobre a correta aplicação da lei.

Ou seja, explicou-se a lei, para sua correta e uniforme execução.

Por certo, a edição, pelo Presidente do Tribunal de Contas, de Atos Normativos de efeitos internos é admissível na hipótese, por isso que a vinculação dos técnicos do Tribunal as orientações contidas nas notas explicativas aprovadas através do Ato Normativo 033/95 é perfeitamente aceitável, sendo fruto do exercício de um poder hierárquico.

Entretanto, a pretensão de vincular os tais " órgãos jurisdicionados (ou seja aqueles referidos no artigo 71, I, da Constituição Federal) aos entendimentos explícitos nas citadas notas e abusiva e ilegal, *data venia*.

Há que se ter em mente que o efeito vinculante que o Tribunal de Contas do Estado pretendeu atribuir a seus entendimentos não tem amparo constitucional, até porque, como é sabido, quando o constituinte houve por bem vincular um Poder ao entendimento de outro, sobre determinada matéria, expressamente previu essa vinculação, como no caso da ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, II, § 2º, da Constituição Federal).

1 *in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*, Hely Lopes Meirelles, 15ª edição atualizada pela Constituição de 1988, p. 106/107, Editora Revista dos Tribunais.

Ora, no caso das notas explicativas em exame, o Tribunal de Contas, quando de sua edição, não estava exercendo qualquer das competências que lhe conferiu o constituinte federal ou estadual.

Simplesmente, o que ocorreu é que, aprovado pelos ilustres membros da Corte de Contas o entendimento dos integrantes da COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS DAS NORMAS LEGAIS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — CENAP sobre determinadas matérias, analisadas em tese, restou decidido que tal entendimento deveria ser obedecido pelos técnicos do TCE e pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Como asseverado na consulta de fls. 02 destes autos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 828-5 já afirmou a inconstitucionalidade do efeito normativo emprestado a resposta à consulta formulada ao TCE (Lei Complementar 63, artigo 3º, VII e Deliberação 167, § 3º, do artigo 68).

Na decisão em questão, o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio assinalou a impossibilidade do Órgão de Contas, por força de procedimento interno, qual seja, a Consulta, legislar para " fora dos muros do Tribunal de Contas"

Assim, se a decisão em consulta não pode ter efeito vinculante. as notas explicativas também não no podem, eis que não passam, como as primeiras, de expressões de entendimentos do Órgão de Contas sobre a aplicação de determinados dispositivos legais.

Por isso, com a devida vênia de quem pense de forma diversa, entendo que o Ato Normativo 033 editado pelo Tribunal de Contas é inconstitucional, sendo que os órgão e entidades da Administração Pública não estão vinculados aos entendimentos expressos nas notas explicativas aprovadas através do referido Ato Normativo, ao qual não devem qualquer obediência.

DA NOTA EXPLICATIVA Nº I

A Nota Explicativa nº 1 dispõe sobre o reajustamento de preços e correção monetária nos contratos administrativos, à luz da Lei 8.880/94, MP542/94 e Dec. 1110/94.

Cabe, de início, destacar que a referência feita pela nota explicativa em exame ao Dec. 1.100/94 consubstancia equívoco flagrante, pois, referido Decreto trata da redução da alíquota do IPI sobre determinados produtos, a zero.

Por sua vez, o Dec. 1.110/94 "dispõe sobre a conversão para a Unidade Real de Valor dos contratos para aquisição de bens e serviços em que forem contratantes órgãos e entidades da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências".

Assim, onde se lê Dec. 1.100/94 deve ser entendido Dec. 1.110/94.

Esclarecido tal ponto, deve ser destacado que o Dec. 1.110/94 somente é aplicável aos Estados e Municípios no que se relacionar a contratos executados por tais entes em nome da União, ou, à conta de recursos transferidos pelas entidades federais da administração direta e indireta, excetuadas as transferências constitucionais (artigo 1º, § 1º, do Dec. 1.110/94).

No primeiro parágrafo da nota explicativa em exame, afirmou-se que a Lei 8.880/94 não vedara a correção monetária e reajuste dos contratos, apenas suspendendo sua aplicabilidade pelo prazo de um ano.

A afirmação e correta e decorre da disposição contida no artigo 11 da Lei 8.880/94.

No segundo parágrafo da referida nota explicativa, esclareceu-se que se o contrato tiver sido celebrado em real, ou se em URV, entre 01.03.94 e 30.06.94, o prazo de suspensão da aplicabilidade dos reajustes e da correção monetária tem seu curso iniciado na data da celebração do contrato.

De acordo com a nota explicativa, esse entendimento decorreria da conjugação do artigo com o artigo 15 e o artigo 28 da M.P 542/94.

Os artigos 11 e 15 a que se referiu a nota explicativa são os da Lei 8.880/94, obviamente.

A condusão alcançada na nota é correta e também decorre da simples leitura dos dispositivos legais nela referidos, não reclamando maiores digressões.

A terceira conclusão da nota explicativa nº 1 é no sentido de que, em relação aos contra-

tos convertidos para URV, o prazo de um ano para suspensão da aplicabilidade dos reajustes e da correção monetária deve ser contado a partir da conversão.

Essa conclusão é fundamentada no artigo 15, § 4º, da Lei 8.880/94 (presume-se, porque a nota não faz expressa referência), 27, § 3º, da MP 542/94 e Art. 4º, II, do Dec. 1.110/94.

Como se disse antes, o Dec. 1.110/94 não obriga os Estados e Municípios, a não ser em casos específicos, sendo certo que o artigo 4º, referido na nota explicativa em exame, apenas menciona as alterações a serem propostas nos contratos a que se refere. Dentre essas propostas de alteração, consta a do inciso II, que diz respeito à cláusula estabelecendo a periodicidade mínima de um ano para os reajustes, a partir da conversão em URV.

O § 4º, do artigo 15 da Lei 8.880/94, efetivamente, determina que, quando da conversão em URV, devem ser suspensas a aplicação das cláusulas de atualização financeira ou monetária.

Quanto ao artigo 27, § 3º, da MP 542/94 a matéria nele tratada diz respeito ao critério a ser adotado, para cálculo dos índices de correção monetária, para efeitos de reajustes.

Não enxergo qualquer discrepância entre o entendimento expresso na lei e aquele referido na 3ª conclusão da nota explicativa nº 1, ora em questão.

No que diz respeito à 4ª conclusão da nota explicativa nº 1, ela decorre da própria Lei 8.666/93, que prevê a atualização do pagamento do preço, como ressaltado no Parecer 49/93/NND.

Destaque-se, apenas, que a inserção de cláusulas de correção monetária nos contratos administrativos é essencial, na forma do que dispõe o artigo 55, IV, da Lei 8.666/93, daí porque, para regularidade dos contratos, é imperioso que deles conste a referida cláusula, observando-se, obviamente, o disposto na Lei Federal, sobre periodicidade de reajustes e correção monetária.

Assim, apesar da nota explicativa apenas sugerir a inserção dessas cláusulas, *data venia*, tal providência é de atendimento obrigatório.

Quanto à última conclusão estampada na nota explicativa em exame, cabe, de pronto, concordar com a inadmissibilidade da atualização monetária e reajustamento pela TR, na forma do § 4º do artigo 27 da MP 542/94 (artigo 27, § 5º da Lei 9.069/65).

Destaque-se, entretanto, que os dispositivos legais indicados para justificar a prevalência dos índices pactuados pela Administração Estadual e Municipal, sobre a variação do IPCr, para os contratos celebrados após 1º de julho de 1994, quais sejam, os artigos 27, § 1º, letras *a*, *b* e *c* da MP 542/94 e artigo 4º do Dec. 1.110/94, não parecem autorizar esse entendimento, devendo ser observado o disposto nos artigos 14 e 15 da Lei 8.880/94 e 23 e 27 da MP 542/94.

Por certo, as condições fixadas nas propostas anteriores a 01.07.94 haveriam de ser mantidas, entretanto, após tal data a liberdade na estipulação de índices de correção e reajustamento foi restringida, cabendo ressaltar que, posteriormente, a questão foi disciplinada pela MP 1.079/95.

DA NOTA EXPLICATIVA Nº 2

A nota explicativa nº 2, por sua vez, trata da duração dos contratos firmados sob a vigência do Dec. 2.300/86.

De início, nela se afirmou que as hipóteses previstas nos incisos II e IV do artigo 57 da Lei 8.666/93 para duração dos contratos somente poderia ser admitida se o edital previsse tais prazos.

Em conclusão, restou expresso que a ressalva contida no artigo 121 da Lei 8.666/93, quanto à aplicabilidade do disposto no artigo 57 aos contratos celebrados sob a vigência do Dec. 2.300/86 é inócua, pois, enquanto vigente este último diploma legal, a celebração de contratos com prazo tão longo não era autorizada por lei.

Ouso discordar do entendimento expresso na referida nota, pois a prorrogação de prazos de vigência dos contratos já era autorizada pelo Dec. 2.300/86, sendo que a ressalva atinge a todos os comandos do artigo 57 da Lei 8.666/93 e não apenas aqueles contidos nos incisos II e IV.

DA NOTA EXPLICATIVA Nº 4

Através da nota explicativa nº 4, o TCE firmou entendimento no sentido de que os prazos previstos na Lei 8.666/93, artigos 21, § 2º, 26 e 61 parágrafo único, são normas gerais, devendo ser obedecidos pelos Estados e Municípios.

Há, contudo, ressalva de que tais entes estão autorizados a definir prazos maiores para divulgação da licitação e menores para publicação dos extratos, como fez a Lei Estadual 287/79.

A conclusão estampada na nota é correta, pois, inequivocamente, as normas contidas nos artigo 21, § 2º, 26 e 61 da Lei 8.666/93 são de caráter geral, estando os Estados e Municípios, entretanto, autorizados a ampliar os prazos para divulgação da licitação e reduzir os de publicação, de acordo com o critério da razoabilidade.

DA NOTA EXPLICATIVA Nº 5

O entendimento expresso na nota explicativa nº 5 é no sentido de que a dispensa de documentação na fase de habilitação permitida no artigo 32,§ 1º, da Lei 8.666/93 deve ser conciliada aos impedimentos previstos na legislação de cada ente político, em especial quanto a débitos fiscais.

A orientação traçada na nota em questão é mais do que evidente, pois, decorre do princípio da legalidade a obediência do administrador as normas legais de sua esfera de atuação.

Por isso que o administrador estadual não pode se furtar de cumprir as exigências contidas na legislação estadual, não estando autorizado a, com base no artigo 32, §1º, da Lei 8.666/93, dispensar documento considerado essencial pela lei estadual à habilitação em licitação.

DA NOTA EXPLICATIVA Nº 6

A nota em questão traz orientação que decorre do texto constitucional, e que, *data venia*, não reclama maiores discussões.

E que a presunção de inocência não e novidade em nosso direito, sendo certo que dela decorre que as sanções não podem ser impostas antes de exercido, com amplitude, o direito de defesa.

Assim, mesmo que não acolhida a defesa, ha que se aguardar, para aplicação das sanções cabíveis, o julgamento dos recursos interpostos, destacando-se, ainda, que as decisões administrativas estão sujeitas a reexame pelo Judiciário, o que também acontece com as decisões do Tribunal de Contas.

DO ARTIGO 113, 2º, DA LEI 8.666/93

Como assinalado inicialmente, na segunda parte da consulta o ilustre Procurador-Chefe da Coordenadoria do Sistema Jurídico solicitou fosse emitido pronunciamento sobre a constitucionalidade do artigo 113,§ 2º, da Lei 8.666/93.

Assim dispõe o referido artigo:

"*Art. 113 — O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do controle interno nela previsto.*

§ 1º — .....

§ 2º — Os Tribunais de Contas e órgãos integrantes da 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 doação das medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame lhes forem determinadas."

Pelo conteúdo do dispositivo legal acima transcrito apreende-se que os órgãos de controle interno da Administração, bem como os Tribunais de Contas (controle externo) foram autorizados, pelo legislador ordinário, a requisitar, aos órgãos e entidades da Administração, cópias dos editais de licitação para exame de sua legalidade, bem como a expedir ordens a tais órgãos e entidades, no sentido de que sejam adotadas medidas corretivas dos referidos editais.

As atribuições dos Tribunais de Contas, como já se disse na primeira parte deste parecer, foram fixadas, pelo constituinte federal, no artigo 71 da Constituição, sendo certo que, dentre elas, está a aplicação aos responsáveis por despesas ilegais das sanções previstas em lei, com assinação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias à sustação da execução do ato impugnado.

Destaque-se, contudo, que, em relação a contratos, o constituinte federal preferiu reservar ao Congresso Nacional a competência para sustá-los, bem como para expedir ordens ao Poder Executivo para adoção das medidas cabíveis.

Os editais de licitação não implicam na realização de despesas pela Administração (também não implicam em renúncia de receita) o que somente ocorrera após a formalização do contrato administrativo, entre a Administração e o particular vencedor do certame.

Não parece haver dúvidas na doutrina de que os atos sujeitos à exame pelos Tribunais de Contas são aqueles relacionados à gestão dos recursos públicos, pela Administração, exclusivamente.

Por isso, os editais de licitação não parecem ser passíveis de controle financeiro — orçamentário autônomo, exercitável pelo Tribunal de Contas, que somente os analisará em conjunto com os contratos administrativos respectivos, sobre os quais o órgão de contas exerce controle a *posteriori*.

Sobre tal questão, já se pronunciou o ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa Diogo Figueiredo Moreira Neto como se vê do trecho a seguir transcrito[2]:

"*Ocorre, ainda, que os processos de licitação, de sua dispensa ou de declaração de sua inexigibilidade, são de plena competência do Administração e não podem ser sujeitos o exame sendo em conjunto com o contrato que, porventura, se lhes siga. Antes, não importam em despesa nem mesmo em qualquer tipo de reserva, nada existindo passível de controle financeiro — orçamentário até que dele decorre algum contrato, ocasião em que o procedimento licitatório ou exclusório da formalidade examinado como* conditio juris *de sua celebração.*"

O parecer antes referido, elaborado em 1989, antecedeu edição da norma cuja constitucionalidade se questiona na consulta de fls. 02 e seguintes.

A época, o Tribunal de Contas do Estado invocava Deliberação TCT 107/87 bem como o artigo 47 e 48, parágrafo único, da Lei Complementar 63/90, para justificar a atitude de se pronunciar, antecipadamente, sobre a legalidade dos editais de licitação, e expedir ordens determinando sua sustação.

Isso não parece ser relevante, entretanto, porquanto as competências dos Tribunais de Contas foram exaustivamente elencadas na Carta Constitucional, não estando o legislador ordinário autorizado a ampliá-las, ainda mais de forma a interferir, diretamente, na autonomia e independência do Poder Executivo.

Destaque-se que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Mandado de Segurança 680/91, em que foi relator o Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves, julgou ilegal ato do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que decretou nulo edital de determinado procedimento licitatório.

Na ocasião, o TCE, reclamou o descumprimento da regra insculpida na referida Resolução TCT 107/87, a qual possibilitava a apreciação prévia, pelo Órgão de Contas, dos editais de concorrência, e culminou por declarar a nulidade do edital de licitação que, a seu ver restringia o caráter competitivo do certame.

A vencedora do procedimento licitatório, inconformada, impetrou Mandado de Segurança, buscando a maior parte de seus fundamentos, no ofício 19/89 — DFMN transcrito, em parte, acima.

O voto do ilustre Desembargador Relator, acolhido pela maioria dos Desembargadores presentes a sessão, também se fundamentou no referido Ofício 19/89 — DFMN.[3]

2 vide ofício nº 19/89 — DFMN — Processo e-14/32.287/89

3 Contra o acórdão foi interposto Recurso Especial que foi inadmitido e contra o despacho denegatório do RE foi interposto Agravo de Instrumento, julgado prejudicado, pela anulação da licitação pela Administração.

Ressalte-se, entretanto, que o ilustre prolator do voto vencedor destacou, de forma bem clara, seu entendimento no sentido de que as competências conferidas aos Tribunais de Contas, pelo artigo 71 da Constituição Federal são exaustivas, não estando o legislador ordinário autorizado a ampliá-las, para conferir aos Órgãos de Contas poder para "decretar nulidade, sustar licitações ou prosseguimento do correspondente processamento em seus termos finais".

Registre-se que as informações prestadas pela autoridade coatora, nos autos do referido "mandamus" (Exmo. Dr. Reynaldo Sant'ana, Presidente da Corte, à época) deixam transparecer que o Órgão de Contas se ampara no artigo 71, IX e X da Constituição Federal, para respaldar seu posicionamento.

Entretanto, como se afirmou anteriormente, as atribuições a que se referem tais dispositivos somente dizem respeito a atos de que resultem receita ou despesa, o que não e o caso dos editais de licitação

E de curiosa redação o artigo 39, II, letra e, da Lei Complementar 63/90 que assim dispõe:

"*Art. 39 — Para assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos e contratos de que resultem receita ou despesa praticados pelos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto:*

.....

II — receber uma via dos documentos a seguir enumerados

.....

e) cópia dos editais de licitação, acompanhado da documentação que a eles diga respeito, ou dos atos de dispensa ou inexigibilidade daquela, acompanhados de seus fundamentos e justificativas, quando for o caso.

O Tribunal de Contas também invoca, como suporte de seu entendimento, o dispositivo legal antes transcrito, que, entretanto, lhe confere uma competência inusitada, qual seja, a de receber cópia dos editais, e não de requisitá-los, por isso que, *data venia*, não merece maiores comentários.

Cabe ressaltar, por fim, que o exame dos editais de licitação pelos Órgãos de Contas na forma prevista no artigo 113, § 2º, da Lei 8.666/93, permite um controle prévio dos contratos de licitação, pois, como se apreende do artigo 40, § 2º, III, do citado diploma legal, a minuta do contrato a ser celebrado com o licitante vencedor é anexo obrigatório do edital.

Mesmo que se dissesse que o controle se limitaria ao exame das cláusulas do edital, propriamente dito, a interferência prévia do TCE sobre o contrato que viesse a ser celebrado seria evidente, pois é no edital que se estabelecem todas condições do contrato.

E, como o controle que a Constituição confere ao Tribunal de contas é um controle exercitável a *posteriori*, não se pode admitir sua intromissão nos editais de licitação, porquanto isso seria o mesmo que lhe atribuir competência para interferir, previamente, nos contratos administrativos.

Por fim, há que se destacar que, se os editais de licitação puderem ser sustados pelo TCE, em razão da competência que a Constituição Federal conferiu a esse Tribunal, no artigo 71, X, além da antecipação do momento do controle dos contratos, estará configurada, de certa forma, uma usurpação de competência conferida, exclusivamente, ao Congresso Nacional, qual seja a de sustar os contratos celebrados pela Administração, pois, como se disse antes o edital traz em si, todas as cláusulas do contrato. Por certo, não se estaria sustando a execução de um contrato, mas mais do que isso, estar-se ia impedindo sua celebração.

Ora, se o TCE não pode sustar a execução de um contrato, muito menos está autorizado a impedir sua celebração, cabendo-lhe, apenas, analisá-lo, após sua formalização, quando lhe serão submetidos a exame, inclusive, os atos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação, cuja legalidade é condição de validade dos próprios contratos.

Entretanto, detectados quaisquer vícios, não compete ao Tribunal de Contas determinar a sustação dos contratos, como é sabido, mas, solicitar tal providencia ao Congresso Nacional.

Por isso, concessa *máxima venia*, o artigo 113,§ 2º, da lei 8.666/93 me parece inconstitucional.

Quanto à questão levantada na consulta, relativa ao " caminho ser seguido pela Administração Estadual", na hipótese de se concluir pela inconstitucionalidade do artigo 113, § 2º, da Lei 8.666/93, parece-me que, com a edição do Enunciado nº 3 da PGE, não resta dúvidas de que a norma não deve ser cumprida pela Administração Estadual.

Entretanto, a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade parece ser recomendável, dada a relevância da questão envolvida.

É o parecer, s.m.j.

Sylvia Braga Tavares Paes, Procuradora do Estado

Visto. De acordo.

1. A ilustre Procuradora SYLVIA BRAGA TAVARES PAES, solicitada a emitir Parecer sobre a constitucionalidade de atos normativos praticados pelo Tribunal de Contas do Estado, desenvolve, fundamentalmente, duas linhas de interpretação constitucional. Ambas são absolutamente pertinentes e, no meu entender, decisivas para o deslinde teórico da questão proposta.

2. O método consiste simplesmente em confrontar, a partir do obrigatório padrão federal, o alegado poder normativo externo daquela Corte, com dois marcos principiologicos da mais alta hierarquia valorativa, tal como expressos no Título I da Constituição de 1988; nominalmente, os princípios fundamentais da *separação de Poderes do Estado* (art. 2º) e o *democrático* (art. 1º parágrafo único).

3. Quanto à primeira proposta confrontativa, destina-se a afirmar ou a infirmar a constitucionalidade do invocado poder normativo externo, diante da expressa *limitação de exercício do poder*, contida no princípio da separação de Poderes, no que respeita à eficácia pretendida de um comando administrativo de caráter abstrato e geral editado pelo Tribunal de Contas face aos Poderes do Estado. O tema já tem sido objeto de pronunciamentos desta Procuradoria Administrativa, como o recordou a Parecerista, negando a constitucionalidade dessa sorte de interferência na gestão administrativa executada pelo Poder do Estado competente (v. Ofício nº 19/89-DFMN, Processo E-14/32.287/89, cujos argumentos viriam a servir de expressa fundamentação do V. Acórdão prolatado pelo órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado no Mandado de Segurança nº 689/91).

4. Mas esta na segunda proposta de confronto interpretativo, contida no Parecer 02/96-SBTP, a contribuição inovativa e vingorosa de sua ilustre autora. Nela se busca afirmar ou infirmar a constitucionalidade desse invocado poder normativo externo dos Tribunais de Contas diante de limitação de atribuição de poder contida no princípio democrático, no que respeita à eficácia de um comando administrativo de caráter abstrato e geral, editado por um desses órgão de contas, agora não mais apenas, em suas relações, com os Poderes do Estado, mas em face aos administrativos.

5. Com efeito, inova, a Parecerista, ao invocar o princípio democrático como parâmetro, apropriado a definição de constitucionalidade pretendida, tomado não apenas em sua acepção corrente e tradicional, de princípio de escolha de governantes e de estabelecimento de regras de representatividade, ou, ainda, mais além, de princípio informativo de formas de participação direta e semi-direta dos governados nos processos do poder publico ou mesmo, e finalmente, como informador de valores políticos referidos a dignidade da personalidade humana. Com efeito, a menção que é feita ao princípio democrático e realmente modernissima e oportuníssima, no caso, ao situá-lo como um *princípio de organização* que rege as técnicas e as formas de *atribuição do poder estatal* aos diferentes órgão que o estruturam. Como prefere o eminente J.J. GOMES CANOTILHO, ao reconhecê-lo expressamente com este sentido, trata-se de um "*princípio de organização* da titularidade e exercício do Poder" (v. *Direito Constitucional*, ed. Almedina, Lisboa, 1991, 5ª ed. p. 422, grifo do Autor).

6. Como se observa, trata-se, neste sentido, da *legitimidade democrática da atribuição e do conseqüente exercício do poder estatal.* Ora, ao reservar, a Constituição, ao Poder Executivo, a exclusividade da gestão dos in-

teresses da sociedade que foram cometidos ao Estado (art. 84, II), cuidou de definir em *numerus clausus*, as interferências possíveis do Legislativo sobre o Executivo (dispositivos dos arts. 48, 49, 50, 51 e 52).

7. No que concerne especificamente à gestão dos recursos públicos, o Poder Legislativo atua os dois modos: *preventivamente*, na elaboração do orçamento (art. 48, II), e *a posteriori*, no *julgamento das contas* do Chefe do Poder Executivo (art. 49, IX) bem como, através da *fiscalização*, exercida com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70, parágrafo único). Como se observa, a Constituição reservou ao órgão do Poder democraticamente legitimado — o Congresso Nacional — conformado por agentes eleitos, esse poder excepcional de intervir no Poder Executivo, cujo Chefe é também democraticamente eleito. Tal poder, por óbvio, não admite delegação e muito menos outorga presumida a um órgão auxiliar (Tribunal de Contas) que tem suas competências administrativas (e não jurisdicionais) taxativamente definidas.

8. Sob essa irrespondível *trouvaille* interpretativa, revela-se toda a extensão da impropriedade da tese de inspiração corporativa que vem tentando sustentar uma esdrúxula atribuição de "poderes interventivos preventivos" aos Tribunais de Contas, seja pela via normativa seja pela concreta, até mesmo para "anular" atos do Poder Executivo. Neste sentido, e em conclusão, a douta Procuradora aponta o sério equívoco ao art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que até mesmo pelo desserviço que vem prestando à administração pública do País, merece ser contestado em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Isso, se o Congresso Nacional não se antecipar, como já se deu notícia pela imprensa, e revogar essa e a pletora de regras imprestáveis e obnóxias daquele preconceituoso Diploma.

Finalmente, aconselho a V.Exa. examinar a conveniência e a oportunidade de conferir caráter normativo ao presente Parecer.

Ao Gabinete.

Em 27 de maio de 1996.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa do Estado do Rio de Janeiro.

VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer nº 02/96-SBTP, subscrito pela ilustre Procuradora SYLVIA BRAGA TAVARES PAES (fls. 7/26), complementado pelo não nenos lúcido VISTO de fls. 27.730, exarado pelo douto Procurador Chefe da Procuradoria Administrativa, Procurador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO.

Evidente e a inconstitucionalidade do Ato Normativo 003/95, expendido pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no que se refere ao inaceitável exercício de poder regulamentar além das competências constitucionalmente atribuídas à Colenda Corte de Contas.

Do mesmo modo, flagrantemente inconstitucional e a disposição contida no parágrafo 2º do artigo 113 da Lei 8.666/93, porquanto a submissão prévia, ao Tribunal, dos Editais de Licitação, configura-se comum controle interventivo preventivo, não previsto nas exaustivas competências atribuídas, aos Órgãos de Contas, pelo artigo 71 da Constituição Federal, vulnerando, então, não só o princípio fundamental da separação de poderes (artigo 2º da C.F.), mais ainda o próprio princípio constitucional democrático da organização do Estado, no que se refere à "legitimidade democrática do atribuição e do conseqüente exercício do poder".

Tais são os motivos que me levam a aconselhar o descumprimento de tal norma por parte da Administração e, dada a relevância do assunto, entender conveniente a propositura de una Ação Direta de Inconstitucionalidade, visando expurgar a norma ilegítima do contexto da legislação nacional.

Ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, rogando considerar o exposto nos pareceres ora aprovados e no presente VISTO, solicitando, ainda, se assim Vossa Excelência julgar oportuna, autorização para a proposi-

tura da medida judicial visando a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 113 da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Dada a complementaridade de que o presente parecer reveste, em função do Parecer nº 2/96-LRB, (processo nº E-14/31 387/96) do ilustre Procurador LUIS ROBERTO BARROSO, solicito seja dado também a este caráter normativo.