O Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado de São Paulo, Dr. Márcio Sotelo Felippe, encaminhou-me a seguinte

"Consulta

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo julgou ilegal o edital de licitação para concessão da exploração do Sistema Rodoviário Anhanguera Bandeirantes. À vista da decisão definitiva da Corte de Contas, o Superintendente do DER anulou o edital. Foi impetrado mandado de segurança contra essa decisão, sob o fundamento, a final acolhido, de que ficara prejudicado o direito constitucional de ampla defesa. A Administração não apelou e está dando cumprimento à r. sentença.

Pergunta-se:

1. O Superintendente do DER estava vinculado à decisão do Tribunal de Contas, ainda não confirmada por decreto legislativo?

2. Em caso de ser conferida resposta negativa à primeira questão, isso impede o Superintendente do DER de, agora, decidir no mesmo sentido do julgamento do Tribunal de Contas?".

Parecer

01. — A resposta a ser conferida ao primeiro quesito proposto na consulta há de ser extraída ao texto da Constituição, exclusivamente.

Permito-me, não obstante, observar que a circunstância de o artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 709, de 14 de janeiro de 1.993, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado, tê-lo referido como *"auxiliar do Poder Legislativo"* deu lugar a largo debate a respeito da sua configuração institucional[1].

Duas linhas de argumentação foram então exploradas em defesa de uma alegada *independência* do tribunal:

[1ª] os Tribunais de Contas exercem funções jurisdicionais e não podem estar ligados ao Legislativo, atuando este como instância recursal de juízes com garantias de vitaliceidade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade;

[2ª] embora o artigo 71 da Constituição de 1988 afirme que *"o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União"* e o artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo diga que "o *controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado"*, a qualificação, na lei complementar estadual, do Tribunal de Contas do Estado como *"órgão auxiliar"* do Poder Legislativo respeita ao que se tem chamado de *"natureza"* jurídica — e os Tribunais de Contas não estão vinculados a qualquer Poder, sendo dotados de prerrogativas de autonomia; daí porque

1 Sua "natureza jurídica", diz-se, enfaticamente.

seria adequado dissesse a lei complementar que a fiscalização financeira exercida pelo Poder Legislativo o seria *com a participação do Tribunal de Contas;* alegou-se ainda ser descabido o emprego da expressão *"órgãos auxiliares"* para referí-los, dado que estes seriam órgãos *subalternos, inferiores,* aos quais compete a manifestação da vontade secundária do Estado.

02. — A primeira linha de argumentação acima indicada não guarda conformidade com a Constituição.

No Brasil, e no Estado de São Paulo, o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estão ligados ao Poder Legislativo. Quem exerce o *controle externo* de que se cuida [artigos 70 e 71 da Constituição de 1.988 e artigos 32 e 33 da Constituição do Estado de São Paulo] é o Poder Legislativo — o Congresso Nacional e a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Investir contra isso é afrontar a Constituição, tanto a da República Federativa do Brasil quanto a do Estado de São Paulo — o que não impede a quem quer que seja debater o papel e as funções dos Tribunais de Contas, propondo o seu aprimoramento mediante reforma constitucional. Até então, contudo, prevalece a supremacia da ordem constitucional vigente.

03. — A segunda linha de argumentação é francamente emocional.

O vocábulo *"auxiliar"*, em contextos diversos, *conota* sentidos distintos; desprendida do dicionário e usada em um texto, não é mais a sua carga *denotativa,* o seu espectro referencial possível, porém o sentido sob o qual no texto foi usada que conta; por isso é imprescindível, se desejarmos determinar qual o sentido *(intenção),* entre os inúmeros possíveis, sob o qual a palavra *"auxiliar"* está sendo usada, aqui ou ali, descobrirmos qual a sua *conotação* aqui ou ali, neste ou naquele contexto[2]. Importa, no caso — já que o papel da palavra *"auxiliar"* em cada *"jogo de linguagem"* não é captável mediante *uma* definição[3] — penetrarmos esse *"jogo"*, o que importa considerarmos o contexto do artigo 1º da Lei Complementar estadual nº 709/93, que, por sua vez, está inserido em um contexto mais amplo, da lei complementar estadual e das Constituições, federal e estadual.

04. — Imprescindível neste passo relembrarmos que o *direito,* interpreta-se e aplica-se por inteiro. Vale dizer: não se interpreta *textos de direito,* isoladamente, mas sim o *direito,* no seu todo[4] [5].

Dizendo-o de outro modo: não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum[6].

05. — Ora, procedida a análise do contexto mais amplo, no qual discernimos os preceitos do artigo 71 da Constituição da República

2 Vide meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, págs. 56 e ss.

3 Idem, pág. 60.

4 Meu *La doppia destrutturazione del diritto — Una teoria brasiliana sull'interpretazione*, Edizioni UNICOPLI, Milano, 1996, pág. 80; referindo-me à interpretação da Constituição, meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, págs. 176-177.

5 SANTI ROMANO (*Fragmentos de un dicionário jurídico*, trad. de Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, pág. 211) insiste em que a interpretação da lei é sempre interpretação, não de uma lei ou de uma norma singular [interpretação de texto, anoto; não de norma — a norma é o resultado da interpretação], mas de uma lei ou de uma norma [= texto] que é considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico; o que significa que o quê efetivamente se interpreta é esse ordenamento, e, como conseqüência, o texto singular.

6 As normas — afirma BOBBIO (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pág. 3) — só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo.

Federativa do Brasil e do artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo [o *controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas*], teremos que, na alusão a *auxílio dos Tribunais de Contas* ao Poder Legislativo, Constituições, federal e estadual, atribuem a esses órgãos a função de *participação*, precisamente, na atividade de *controle externo* de que se cogita.

O desconforto causado pelo uso da expressão no texto do artigo 1º e o debate que provoca faz-me recordar a observação de TOBIAS BARRETO[7] ao tratar do *poder moderador*, que o artigo 98 da Constituição de 1824 diz ser *"delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante"* (grifei); aí, invectivando contra *"a celebre questão que tem preocupado altas cabeças, encanecidas, quanto à força do adverbio privativamente"*, averba: *"Seja como fôr, o certo é que o monarcha é o unico investido daquelle excelso poder; e isto, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante"*.

É evidente que *"órgão auxiliar"*, no enunciado do artigo 1º da lei complementar estadual, não desmerece o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. A expressão é plenamente adequada ao que dispõe o artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo.

E isso porque, no direito brasileiro, efetivamente, ainda que providos de garantias de *independência*[8] e *participem* da atividade de *controle externo* atribuída ao Poder Legislativo, os Tribunais de Contas são *órgãos auxiliares*[9] deste último.

06. — A definição desse ponto [de que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é *órgão auxiliar* da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo justa e precisamente porque, qual enuncia o artigo 33 da Constituição estadual, *auxilia* a Assembléia Legislativa, a cargo de quem está o controle externo da Administração], a definição desse ponto, dizia, assume importância relevante no encaminhamento da solução a ser dada ao primeiro quesito proposto na consulta.

Além disso, contudo, a alusão à Lei Complementar nº 709/93 enseja ainda determinada observação, relevante.

É que o seu artigo 14 — ao afirmar *jurisdição privativa* do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo — e o seu artigo 15 — na afirmação de que as pessoas nele arroladas *só por decisão dele podem liberar-se de sua responsabilidade* — agridem francamente o princípio da *universalidade de jurisdição*, que é conferida ao Poder Judiciário, consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988.

A inconstitucionalidade desses preceitos é flagrante, dado que as decisões dos Tribunais de Contas são dotadas de cunho exclusivamente *administrativo*, não *jurisdicional*[10] [11].

07. — Para logo se vê, pois, que o aspecto a ser aprofundado, no tratamento da matéria de que cuidamos, é o da *eficácia* das decisões dos Tribunais de Contas.

Importa definirmos se essas decisões são imediatamente obrigatórias para a Adminis-

7 *Estudos de Direito*, volume II — volume VII das Obras Completas — Edição do Estado de Sergipe, Rio de Janeiro, 1926, pág. 103.

8 Vide MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 19ª edição, Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 139 e HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo brasileiro*, 17ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1990, pág. 602.

9 Cf. também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, exposição no 15º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, anais, 1º volume, edição do Tribunal de Contas do Estado de são Paulo, são Paulo, 1989, pág. 194.

10 JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, pág. 690) entende ser, o Tribunal de Contas, um órgão técnico, não jurisdicional.

11 A respeito da natureza das decisões dos Tribunais de Contas, veja-se A. J. FERREIRA CUSTÓDIO, *Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas*, in RT 685/7 e ss.

tração, o que, como anotei inicialmente, há de ser questionado no âmbito da Constituição do Brasil, exclusivamente.

08. — Quem exerce o *controle externo* da União e das suas entidades da Administração direta e indireta é o Congresso Nacional [artigos 70 e 71]. Esse controle será exercido *com o auxílio do Tribunal de Contas da União.*

O Tribunal de Contas *participa* — vimos — do controle, sem *subordinação* ao Congresso Nacional, mas sem superpor a ele, é óbvio.

A forma sob a qual essa participação se dá está delineada no artigo 71, que enuncia as competências do *órgão auxiliar,* e nos seus parágrafos 1º, 2º e 3º, nos quais se define a questão da eficácia de suas decisões.

Tem-se, assim, que o Tribunal de Contas aprecia e julga contas, realiza inspeções e auditorias e empreende fiscalizações [incisos I, II, IV, V e VI do artigo 71] para informar e fornecer subsídios ao Poder Legislativo, a quem incumbe o exercício do *controle externo.*

Além disso, no que ora importa considerarmos, o Tribunal de Contas aprecia, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões [artigo 71, III]; aplica sanções aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de conta [artigo 71, VIII]; assina prazo para que o órgão ou entidade adote providências [artigo 71, IX]; e susta, se não atendido, a execução do ato impugnado [artigo 71, X].

08. — As decisões tomadas pelo Tribunal de Contas na apreciação e no julgamento de contas, na realização de inspeções e auditorias e no empreendimento de Fiscalizações [incisos I, II, IV, V e VI do artigo 71] *não obrigam imediatamente a Administração.* Elas apenas a vincularão após terem sido acolhidas pelo Poder Legislativo, titular do exercício do *controle externo.* Este, contudo, pode não acolhê-las.

Quanto às decisões tomadas na apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões [artigo 71, III], importarão, se os atos forem tidos como ilegais, na estipulação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, resolvendo-se como segue.

As decisões atinentes à estipulação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada irregularidade, [artigo 71, IX] a Administração pode não cumprí-las — daí *não serem imediatamente obrigatórias para ela* — o que, não obstante, poderá ensejar a sustação da execução do ato impugnado pelo Poder Legislativo.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 71 respeitam ao exercício das competências assinaladas nos seus incisos VIII e X.

09. — No caso de contrato, diz o parágrafo 1º, "*o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis*".

Vê-se, destarte, que a sustação do ato impugnado [artigo 71, X] é operada pelo Poder Legislativo, não pelo próprio Tribunal. E mais: vê-se ainda que apenas quando se tratar de contrato "*o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional*".

A primeira leitura do parágrafo 2º do artigo 71 — sobretudo se o leitor ignora que esse preceito não pode ser lido isoladamente; repito: não se interpreta *textos de direito,* isoladamente, mas sim *o direito,* no seu todo — a primeira leitura do parágrafo 2º, dizia, pode enredar o leitor em indesculpável confusão. É que o não iniciado poderia supor que o preceito atribui ao Tribunal o poder de decidir sobre a omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo.

Diz o parágrafo:

"*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*".

Lembro, a esta altura, o que em outra oportunidade[12] averbei: a interpretação é um processo intelectivo através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições,* alcança-

mos a determinação de um *conteúdo normativo;* é atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos (enunciados, disposições, textos).*

Ora, o enunciado semântico veiculado por esse parágrafo 2º [no contexto da Constituição do Brasil] só pode ser o seguinte: *se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal* — já então no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso II do artigo 71 — *decidirá* sobre a legalidade ou não do contrato e da respectiva despesa.

A propósito, a oportuna anotação de LUÍS ROBERTO BARROSO[13]: "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" (itálico no original).

Daí a verificação de que *a Administração não é diretamente alcançada pela decisão, do Tribunal, de sustação do contrato;* essa decisão apenas a vincula se assumida pelo Congresso Nacional.

Ainda assim, e mesmo assim, contudo, o preceito veiculado pelo parágrafo 2º admite que o Executivo não efetive as medidas que lhe tenham sido solicitadas pelo Legislativo, referidas no parágrafo 1º.

Quanto às decisões de sustação de outros atos impugnados, que não contratos, são, observado o texto do inciso X do artigo 71, dotadas de eficácia imediata. Devem tais decisões ser comunicadas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

10. — Por fim, o parágrafo 3º do artigo 71 atribui eficácia de título executivo às decisões, do Tribunal, de que resultem imputação de débito e multa.

Note-se bem, contudo, que apenas as decisões que imputem a alguém a responsabilidade por débitos ou multas são dotadas dessa eficácia. E mais: para que sejam assim eficazes, é imprescindível que essas decisões identifiquem os responsáveis pelos débitos ou multas, no bojo de procedimento no âmbito do qual tenha sido assegurado aos responsabilizados o pleno exercício da garantia assegurada pelo artigo 5º, LV da Constituição do Brasil.

11. — Tudo sumariando, temos que, no Brasil, na vigência da sua Constituição, *apenas obrigam diretamente a Administração as decisões, do Tribunal de Contas da União, de sustação de atos por ele impugnados, que não sejam contratos.*

As decisões de que resultem imputação de débito e multa não obrigam a Administração, mas os responsáveis por irregularidades, prejuízos ou danos causados à Administração.

Essa verificação, extraída à consideração do texto da Constituição do Brasil, é inteiramente adequada ao disposto no artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo, até por força do disposto do artigo 75 da primeira.

Note-se que aos incisos I, II, IV, V e VI do artigo 71 da Constituição do Brasil correspondem, respectivamente, os incisos I, II, V, VI e VII do artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo. As decisões tomadas pelo Tribunal de Contas estadual, no exercício dessas competências, *não obrigam imediatamente a Administração.* No que tange à matéria a que respeita o inciso III desse artigo 33, tudo quanto acima dito a respeito daquela referida no inciso III da Constituição do Brasil a ela se aplica. Da mesma forma, o que também acima foi dito a respeito dos incisos VIII, IX e X do artigo 71 e de seus parágrafos 1º e 2º, da Constituição do Brasil, amolda-se, perfeitamente, aos incisos IX, X e XI do artigo 33 e a seus parágrafos 1º e 2º. Anoto contudo o fato de o parágrafo 3º do artigo 71 da Constituição do Brasil — que atribui eficácia de

12 Meu La doppia destrutturazione del diritto — Una teoria brasiliana sull'interpretazione, cit., pág. 59.

13 *Tribunais de Contas: algumas incompetências*, in RDA 203/139.

título executivo às decisões, do Tribunal de Contas da União, de que resultem imputação de débito e multa — não encontrar correspondente na Constituição estadual.

12. — Daí a conclusão de que, no Estado de São Paulo, *apenas obrigam diretamente a Administração as decisões, do Tribunal de Contas do Estado, de sustação de atos por ele impugnados, que não sejam contratos.*

Ora, a decisão, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que julgou ilegal o edital de licitação para concessão da exploração do Sistema Rodoviário Anhanguera-Bandeirantes não consubstanciou *ato de sustação* de edital. Isso é muito claro. O que houve, no caso, foi decisão tomada já em julgamento, na apreciação de recurso, decisão que atribuiu ilegalidade ao edital. Não se tratou — repito — de *ato de sustação* do edital. Por isso essa decisão *não obriga diretamente a Administração.*

Assim, ao primeiro quesito proposto na consulta dou a seguinte resposta:

* não; o Superintendente do DER não estava vinculado à decisão, do Tribunal de Contas, ainda não confirmada por decreto legislativo, que julgou ilegal o edital.

13. — Quanto ao segundo quesito, pode ser pronta e singelamente respondido, mesmo porque não me cabe considerar o mérito da decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O que me é indagado, exclusivamente, é se a circunstância de o Superintendente do DER não estar vinculado à decisão, do Tribunal de Contas, ainda não confirmada por decreto legislativo o impede de decidir no mesmo sentido.

Por certo que não. A função na qual investida a autoridade administrativa não lhe confere *poderes,* porém *deveres* [= *dever-poder*], dos quais o mais relevante é o de curar no sentido de prover o *interesse público,* nos quadrantes da *legalidade.*

Se convencida, a autoridade administrativa, de que a decisão que mais se amolda à satisfação do *interesse público,* nos quadrantes da *legalidade,* é a afirmada pelo Tribunal de Contas, poderá — deverá — tomá-la.

13. — Em face de todo o exposto dou as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1. não; o Superintendente do DER não estava vinculado à decisão, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ainda não confirmada por decreto legislativo;

2. *não; isso não* impede o Superintendente do DER de, agora, decidir no mesmo sentido do julgamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

É o que me parece

São Paulo, 8 de setembro de 1997.

Eros Roberto Grau. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I (França) [1995/1996]