



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS
ESTADO DE SÃO PAULO

Parecer DJ nº 092/2020

Assunto: Projeto de Decreto Legislativo nº 03/20 – Aatoria Vereadores Edson Roberto Secafim, Dalva Berto, Luiz Mayr Neto, Alecio Cau, Franklin Duarte de Lima, Gilberto Aparecido Borges, José Henrique Conti, Kiko Beloni, Mauro de Sousa Penido, Mônica Morandi e Roberson Costalonga – “Susta o processo de compras 444/2018, Termo de Contrato 39/2019, com fundamentos no inciso V do artigo 49 da Constituição Federal, no inciso IX do artigo 20 da Constituição do Estado de São Paulo, no inciso XIX do artigo 9º da Lei Orgânica, inciso XIX do artigo 27 do Regimento Interno da Câmara Municipal”

À Comissão de Justiça e Redação

Trata-se de parecer jurídico relativo ao projeto em epígrafe que **“Susta o processo de compras 444/2018, Termo de Contrato 39/2019”** de autoria dos Vereadores elencados solicitado pela Comissão de Justiça e Redação.

Cumpre, primeiramente, destacar a competência regimental da Comissão de Justiça e Redação, estabelecida no artigo 38.

A proposta em exame afigura-se revestida de legalidade, pois por força da Constituição, os Municípios foram dotados de autonomia legislativa, que vem consubstanciada na capacidade de legislar sobre assuntos de interesse local, e de suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30 inc. I e inc. II).



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

No caso em tela observa-se que a matéria trata de assunto interno da Câmara, questão referente à sistemática brasileira do processo legislativo cuja definição do funcionamento interno é privativo das Câmaras por meio da espécie normativa definida na respectiva Lei Orgânica:

“Art. 58. As proposições destinadas a regular matéria político-administrativa de competência exclusiva da Câmara são:

I - decreto legislativo, de efeitos externos;

(...)

Parágrafo único. Os projetos de decreto legislativo e de resolução aprovados não dependem de sanção do Prefeito, sendo promulgados pelo Presidente da Câmara.

Art. 59. O Regimento Interno da Câmara disciplinará os casos de decreto legislativo e de resolução cuja elaboração, redação, alteração e consolidação serão feitas com observância das mesmas normas técnicas relativas às leis.”

No que tange ao mérito, primeiramente transcrevo os dispositivos legais que fundamentaram o projeto em análise:

Constituição Federal

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

Constituição do Estado de São Paulo

“Artigo 20 - Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

IX - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar;"

Lei Orgânica do Município de Valinhos

"Art. 9º Compete à Câmara Municipal, privativamente, as seguintes atribuições, entre outras:

(...)

XIX - zelar pela preservação de sua competência, sustando os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentador."

Regimento Interno da Câmara Municipal de Valinhos

"Art. 27. À Câmara compete, privativamente, entre outras, as seguintes atribuições:

(...)

XIX - zelar pela preservação de sua competência, sustando os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentador;"

De modo que se faz necessário colacionar alguns entendimentos doutrinários referentes ao assunto:

"Embora não seja o escopo deste estudo a análise da repartição das competências entre os poderes, faz-se necessário um delineamento do tema para se fixar os pontos sobre os quais serão traçadas as



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

linhas mestras do trabalho aqui desenvolvido, que é direcionado à questão do controle de um poder sobre outro.

O Estado moderno, diga-se, o Estado de Direito contemporâneo, tem como requisito básico, com o sentido de garantir as liberdades e os direitos dos cidadãos, a partição dos poderes estatais, de maneira que não sejam exercidos por uma só pessoa ou órgão.

Esses poderes consistem em dirigir o Estado (executar leis), fazer leis e aplicá-las aos casos concretos (no sentido de controle da observância das leis e dos direitos dos indivíduos) e são conferidos a Poderes distintos, denominados Executivo, Legislativo e Judiciário respectivamente. Tal divisão, embora já tenha sido discutida por Aristóteles, na antiguidade, resulta das concepções de Locke e Montesquieu¹. Essas posições filosóficas, por vezes, são objeto de releituras, ou redefinições, como a de Loewestein, que vê de forma diferente o problema da repartição das atribuições dos poderes do Estado. Nota-se que ocorre uma evolução conformativa do Estado, que faz com que esses "poderes" sofram um processo de "interpenetração", permeada de "controles recíprocos".

O fato é que se tem, ainda, nos Estados contemporâneos, salvo algumas exceções, os poderes distintamente separados, com previsão constitucional específica de como devem "trabalhar" esses poderes e quais seus limites, configurando um sistema de "freios e contrapesos". No Estado de Direito, é preciso que algum órgão, inserido em algum dos Poderes, revestido de legitimidade, dê a palavra final sobre a aplicação do Direito, e essa incumbência é atribuída ao Poder Judiciário que, via de regra, tem como entidade máxima uma corte suprema, incumbida de pronunciar o veredito definitivo sobre Direito Constitucional, que é um Direito de cunho eminentemente político.

As constituições têm regras sobre o funcionamento harmônico dos poderes e devem trazê-las para evitar que surjam, a todo o momento,



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

questões sobre as competências e atribuições dos poderes. Essas questões contêm problemas políticos de difícil solução que, muitas vezes, contemplam aspectos de natureza usurpativa. Ou seja, um poder, por intermédio de seus membros, e por via de determinadas competências próprias, usurpa as competências de outro. Daí a necessidade de normas estruturantes nas constituições de forma que, definindo de maneira específica e delimitada as competências dos poderes previnam os conflitos entre eles. E mais, devem conter, também, normas de resolução de conflitos – as normas de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário são normas desse naipe.

Assim, as constituições, em especial a brasileira, trazem normas que definem como o Poder Legislativo controla e fiscaliza os atos do Poder Executivo e alguns atos (administrativos) do Poder Judiciário. Trazem, também, os mecanismos institucionais pelos quais o Poder Judiciário controla os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, os primeiros enquanto atos administrativos e legislativos (o Poder Executivo tem competência legislativa, embora restrita) e, com relação aos segundos, os atos legislativos em essência (leis, emendas constitucionais, etc.). São os freios e contrapesos que garantem a estabilidade do sistema, possibilitando que os Poderes funcionem com autonomia (vigiada) e independência (limitada), resultando harmônicos entre si.

Repise-se, compete somente a um Poder dar a palavra final sobre a adequação à Constituição de atos de qualquer dos Poderes – este Poder é o Poder Judiciário, e não o poder como um todo, mas seu órgão máximo, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal (STF). Sob esse aspecto, sua responsabilidade é preponderante, pois dependem da sua aquiescência as mudanças na Constituição, considerando-se que o STF tem o poder de limitar a competência do Congresso Nacional para alterar o texto constitucional.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Além disso, o STF tem a faculdade de, por via interpretativa, provocar a chamada mutação constitucional, atuando como legislador positivo. Ou seja, pode legislar de fato e de direito, de maneira definitiva (não cabe recurso da decisão definitiva do STF), e pode limitar a competência de quem tem a atribuição constitucional originária de legislar em sede de poder constituinte derivado (por via de emenda constitucional).

Interessa aqui verificar como se dá o controle dos atos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo; especificamente os atos do Poder Executivo revestidos do caráter legislativo, consubstanciados no poder regulamentar e na delegação legislativa.² Entre esses atos, o foco do presente trabalho é dirigido aos atos do Poder Executivo no exercício do poder regulamentar, em especial porque essa matéria tem sido objetivo do maior número de propostas de decreto legislativo com o objetivo de sustá-los.³

A Constituição de 1988 traz, em seus artigos 48 a 50, as atribuições do Congresso Nacional e, nos artigos 51 e 52, as atribuições específicas de cada uma de suas casas. Em alguns desses dispositivos, está prevista a competência de fiscalização pelo Congresso dos atos de gestão do Poder Executivo, bem assim de seus atos normativos, conforme dispõe o art. 49, inciso V, objeto precípua do presente estudo.

2. Art. 49, inciso V, da Constituição – análise do dispositivo

O art. 49, inciso V, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

[...].”

Trata-se de princípio constitucional que tem a natureza de princípio constitucional extensível, tanto é que há repetição desse dispositivo



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

nas constituições estaduais, e tal aspecto não foi refutado pelo Supremo Tribunal Federal. Tal entendimento é corroborado pelo conhecimento, pelo STF, de ADIns contra atos legislativos estaduais e distritais editados para sustar atos do Poder Executivo (ADIns nº 748-3/RS e 1.553-2/DF), sem se questionar da constitucionalidade dos dispositivos das Constituições estadual e distrital, que possibilitaram a edição dos atos sustadores pela Assembleia Legislativa e Câmara Distrital respectivamente. Daí que as conclusões aqui expostas aplicam-se tanto na esfera federal, quanto na estadual.

Destaque-se, também, que o decreto legislativo, ato pelo qual é veiculada a sustação prevista no artigo 49, inciso V, embora conste como modalidade de processo legislativo no artigo 59 da CF/88, não tem sua disciplina regulamentada na Constituição. Sua elaboração e edição são normatizadas por via do Regimento Interno do Congresso Nacional.

No que diz respeito ao objeto da sustação, podem ser atos do Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, ou atos decorrentes de delegação legislativa. Esses dois aspectos serão abordados em separado adiante (itens 2.3 e 2.4). Elimine-se, de antemão, a possibilidade do controle das medidas provisórias (editadas com base no artigo 62 da CF/88), por via de decreto legislativo editado com base no art. 49, V. As medidas provisórias não decorrem do poder regulamentar⁴ e não se equiparam à delegação legislativa (edição de leis delegadas, conforme artigo 68 da CF/88).

2.1. Aspectos históricos

A competência do Congresso Nacional de sustar atos do Poder Executivo, nos termos do art. 49, inciso V, é nova, i.e., é uma inovação trazida pela Constituição de 1988, que não encontra paralelos normativos exatos nas constituições anteriores.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

A doutrina cita a Constituição de 1934, que em seu art. 91, incisos I e II, atribuía ao Senado Federal competência semelhante⁵.

Contudo, o arcabouço constitucional em que estava inserido o Senado Federal, na Carta de 1934, era diferente, não se tratava de casa legislativa em sua acepção plena, mas estava mais próxima de ser um órgão de coordenação dos poderes federais. Tal dispositivo, embora a Carta de 1934 tenha tido curta duração, foi objeto de polêmica na doutrina⁶.

Na Constituição atual, a confrontação de poderes trazida pelo art. 49, inciso V, é mais clara, considerando-se que o poder de sustar os atos é deferido ao Congresso Nacional – casa legislativa por excelência.

Destaque-se que o conteúdo do inciso III do mencionado art. 91 da Carta de 1934 dispunha que os atos das autoridades administrativas (portanto, não os regulamentos presidenciais, mas atos baixados com base nesses) deveriam ser objeto não de sustação direta pelo Senado Federal, mas de proposta apresentada ao Poder Executivo para que este procedesse à sua revogação. Parece-nos que essa fórmula é mais sábia que a fórmula genérica da Constituição de 1988. Como se verá adiante, a forma do dispositivo atual pode levar ao entendimento de que há campo para ataques diretos do Congresso Nacional a atos de autoridades administrativas, o que se reputa inviável e que pode trazer sérios inconvenientes.

2.2. A sustação de atos normativos – natureza jurídica e efeitos

A sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional tem natureza de controle de constitucionalidade do tipo controle político. Veja-se que, para o Congresso Nacional sustar ato normativo do Poder Executivo, há que se configurar a exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, a critério do Poder Legislativo.

Em ambas as situações, é indubitável que se configura caso de inconstitucionalidade. Se um decreto presidencial vai além do que



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

está previsto na lei, ou seja, exorbita do poder regulamentar, trata-se de inconstitucionalidade do decreto pela via indireta. Também, se a uma lei delegada editada pelo Poder Executivo extrapolar os limites da competência legislativa delegada pelo Congresso Nacional, configura-se inconstitucionalidade da mesma lei. Assim, promovendo a sustação desses atos, o Congresso Nacional promove o controle de constitucionalidade dos mesmos.

Trata-se, portanto, de controle político de constitucionalidade⁷. Tal sistema é adotado na França, porém previamente à edição do ato. No Brasil, como se vê, existe a previsão constitucional de controle político a posteriori. Como se trata de controle político, materializado em ato cuja edição fica a cargo do próprio Poder que toma a iniciativa, é uma faculdade, e não um "poder-dever" do Congresso Nacional.

A outra hipótese é de se admitir a possibilidade do controle da discricionariedade do Poder Executivo, no que diz respeito ao poder regulamentar. Aqui os problemas parecem ser maiores, visto que nem ao Poder Judiciário é admitido o controle da discricionariedade administrativa (em relação aos seus aspectos de oportunidade e conveniência). A sustação de atos do Poder Executivo com base em aspectos dessa natureza refugiria completamente ao sistema de pesos e contrapesos entre os três Poderes, podendo derivar para uma confusão de competências.

Assim, deve ser afastada essa possibilidade, pelo menos no plano teórico.

Há que se admitir que o objeto principal do controle efetivado pelo Poder Legislativo é o excesso de poder. No dizer de Anna Cândida Cunha Ferraz:

"Finalmente, o objeto do controle – excesso de poder – é perfeitamente delineado. O Legislativo, ao exercer esse poder congressional de sustar regulamentos ou lei delegada, interfere na



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

função constitucional normativa do Executivo. De fato, o legislativo não exerce “apenas” o controle, puro e simples, da lei (no caso do regulamento) ou da lei delegada (no caso de delegação), mas, ao contrário, fiscaliza a própria atuação do Executivo. Sem sombra de dúvida, pois, trata-se de interferência na partilha constitucional de competências. Configura-se, assim, a sustação controle de constitucionalidade semelhante àquele exercido pelo Poder Judiciário ao declarar um ato normativo inválido” (1994, p. 209).

O excesso de poder, nesse caso, deve ser entendido como o exercício do poder regulamentar além dos limites da lei, o que resulta em ilegalidade do ato e, em consequência, sua inconstitucionalidade, mas não por ferir diretamente a Constituição, e sim por extrapolar os limites da lei regulada.

No caso da delegação legislativa, os critérios de aferição são mais objetivos, visto que a resolução que confere a delegação, conforme dispõe o artigo 68, § 2º, da CF/88, ela própria já fixa os limites da delegação. Incabível, pois, a edição de decreto legislativo que suste lei delegada que não seja lastreado em exorbitância da competência delegada.

Com relação aos efeitos, o decreto legislativo “susta” os efeitos do ato do Poder Executivo. Isso quer dizer que fica suspensa a vigência e, portanto, a eficácia do ato do Poder Executivo. Não se trata de uma revogação no sentido estrito do termo. Pode-se inferir que se trata de uma situação, pelo menos em princípio, transitória. Sendo assim, tal sustação deve progredir para um entendimento entre o Legislativo e o Executivo, no sentido de que o Poder Executivo reformule o ato regulamentador ou lei delegada, ou que o Congresso Nacional, per se, edite lei regulamentando a matéria controversa. Não se trata de ato idêntico à resolução do Senado Federal que suspende a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva pelo STF (art. 52, inciso X), pois nesse caso a palavra final



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

já está dada por quem tem a competência constitucional para fazê-lo – o STF.

2.3. Poder regulamentar

Cumpra alinhar de maneira sucinta o que se compreende por poder regulamentar. Diógenes Gasparini (1978, p. 38-42) ressalta a impropriedade do uso do termo “poder regulamentar”, como se houvesse, ao lado dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, outro poder de igual porte. A ressalva é pertinente. Contudo, a expressão “poder regulamentar” é de uso corrente e, evidentemente, não tem o mesmo significado, ou abrangência, de um “poder estatal”, mas o sentido de competência ou atribuição.

Há que distinguir entre poder regulamentar e poder normativo. O primeiro dirige-se à regulamentação das leis, o segundo é mais geral e abrange, inclusive, os regulamentos (decretos) autônomos. Conforme Odete Medauar (2000, p. 135-136): “Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar apresenta-se como espécie”; e adiante: “No direito brasileiro o poder regulamentar destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio de decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais.” (itálicos no original)8.

Assim, entende-se que o poder regulamentar a que se refere o artigo 49, V, da Constituição Federal abrange aquele estabelecido no artigo 84, incisos IV e VI, i.e., abrange a regulamentação das leis; poder regulamentar que é atribuído, genericamente, em respeito ao mencionado inciso IV e especialmente sobre a organização e o funcionamento da administração federal, no caso inciso do VI.

2.4. Delegação legislativa



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

É entendimento uniforme que a expressão "delegação legislativa" constante do art. 49, inciso V in fine, refere-se à previsão de expedição de leis delegadas pelo Chefe do Poder Executivo, com base no artigo 68 da CF/889. Nesse sentido, referindo-se à sustação de atos que exorbitem da delegação legislativa, sustenta Anna Cândida da Cunha Ferraz:

"Embora integre o mesmo dispositivo que contempla o poder congressual de sustar atos que exorbitem do poder regulamentar, retro examinado, é, em essência, diferente essa atribuição do Congresso Nacional e não terá talvez a mesma relevância, na prática, da relativa ao poder regulamentar. Com efeito, refere-se o texto a ato normativo que exorbita dos limites da delegação legislativa. Como tende a doutrina a admitir que, no sistema constitucional brasileiro, somente são possíveis as exceções expressas constitucionalmente, consoante se observou, e constatando-se que, de modo expresse, o que é contemplado na Constituição, como instrumento de delegação legislativa, é a lei delegada, modalidade constitucionalmente admitida de delegação legislativa ao Poder Executivo (art. 59), parece que o preceito constitucional apenas incide sobre essa espécie de delegação" (1994, p. 99-100) (Itálicos no original).

Assim, tem-se que a delegação legislativa prevista no art. 49, inciso V, da CF/88 refere-se, única e exclusivamente, à veiculação pelo Poder Executivo de leis delegadas, com base no art. 68 da Constituição.

Questão que se afigura interessante é se poderia o Congresso Nacional sustar leis delegadas editadas antes da promulgação da Constituição de 1988, considerando que o dispositivo que autoriza tal prática não existia anteriormente à sua edição. Adotando-se a orientação do STF no que diz respeito a direito pré-constitucional, a



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

conclusão, pelo menos aparentemente, seria no sentido de não se aplicar tal controle político.

Contudo, parece-me que deve ser admitido tal controle. Justamente por ser uma norma que possibilita o controle político, se for detectado pelo Congresso Nacional que houve extrapolação da delegação, ainda que tenha ocorrido antes de outubro de 1988, nada obsta a aplicação do permissivo. Não se trata da hipótese de inconstitucionalidade superveniente da lei delegada. A inconstitucionalidade já existia, o que não existia era a possibilidade do seu controle político.

O novo, nesse caso, não é a matéria sob controle, mas a modalidade de controle.

Considerando que após a Constituição de 1988 foram editadas apenas duas leis delegadas (ambas disciplinando gratificações para servidores públicos) e que nenhuma delas foi objeto de sustação pelo Congresso Nacional, com base no art. 49, inciso V, perde sentido a análise, com escopo prático, desta parte do dispositivo estudado.

3. Limites do controle legislativo

Indubitável que a regulamentação de leis comporta aspectos de discricionariedade¹⁰. E aqui, novamente, o problema seria de controle do excesso de poder, no sentido de extrapolar os limites da discricionariedade. Ocorre que, se os atos normativos editados pelo Poder Executivo forem editados com obediência aos princípios inscritos no art. 37 da CF/88, esses atos não poderão ser atacados pela via do controle previsto no artigo 49, inciso V, da CF/88.

A exorbitância do poder regulamentar eiva o ato de inconstitucionalidade, por vício de ilegalidade (vai além dos limites da lei). No entanto, pode-se ter um ato inconstitucional que não exorbite do poder regulamentar, mas que seja inconstitucional por ferir um dos princípios do citado artigo 37, que não seja o da legalidade. Por exemplo, um decreto presidencial, que, dentro dos estritos limites da



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

lei, amplie determinados benefícios, porém violando o princípio da impessoalidade. Não há aqui exorbitância do poder regulamentar, mas há inconstitucionalidade. Não é possível, nesse caso, que o Congresso Nacional edite um decreto legislativo sustando o decreto presidencial.

Quanto aos atos executivos autônomos, que não correspondem à regulamentação de leis, o seu controle fica mais complexo, já que o parâmetro de controle, que é, normalmente, a lei, passa ser a própria Constituição. Neste caso, i.e., dos regulamentos autônomos, ou decretos autônomos, que são passíveis do controle direto de constitucionalidade¹¹, não podem ser objeto de sustação pelo Congresso Nacional, pois não são atos da espécie "poder regulamentar", mas inseridos no "poder normativo".

Em sede de delimitações e repartição de competências e atribuições de poderes, a interpretação da Carta Magna deve ser extremamente cautelosa em relação aos termos utilizados na redação do texto. Poder regulamentar aqui deve ser entendido em sentido restrito, i.e., os atos do poder executivo que regulamentem leis editadas conforme o processo legislativo estabelecido na Constituição. Portanto, não estão alcançados pelo controle previsto no art. 49, inciso V, da CF/88 os atos normativos editados com supedâneo no poder normativo do Poder Executivo e que não se destinem especificamente à regulamentação de leis, a exemplo dos regulamentos autônomos.

Outro problema diz respeito aos atos editados por autoridades que não o Chefe do Poder Executivo. Por exemplo, o Presidente da República, por via de Decreto, delega ao Ministro de Estado a competência para normatizar determinados aspectos de uma lei. Ou, outra situação, a própria lei remete a uma autoridade, que não o Chefe do Poder Executivo, a regulamentação de determinado aspecto para a implementação dos comandos legais. Em ambos os casos, o primeiro de delegação e o segundo de atribuição legal, não



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

será o chefe do Poder Executivo que exercerá o poder regulamentar, por via do ato próprio – o decreto presidencial. Questiona-se: nesses casos, pode haver sustação, pelo congresso Nacional, desses atos, com base no art. 49, inciso V, da CF/88?

Parece-nos que a resposta é no sentido negativo. O problema aqui é que não compete ao Congresso Nacional, diretamente, por via legislativa (decreto legislativo) se amiscuir em atos regulamentares, melhor dizer atos normativos, editados no âmbito do Poder Executivo, por autoridades que não o Chefe do Poder Executivo. Há outros mecanismos para se proceder a esse controle, a cargo do Poder Judiciário, de maneira genérica, e, em situações específicas, do Tribunal de Contas da União (art. 71, incisos IX, X e XI). Além do que, essa modalidade de atos não se amolda, em sentido estrito, ao conceito de ato regulamentar, decorrente do poder regulamentar, mas sim ao de ato executivo, inserindo-se no âmbito dos atos normativos.

Ou seja, o controle que pode ser exercido pelo Poder Legislativo, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, é limitado e restringe-se às hipóteses de extrapolação do poder regulamentar, no sentido de não-adequação aos limites da lei regulamentada (disposições contra legem, extra legem ou ultra legem), configurando violação ao princípio da legalidade, e diz respeito somente aos atos do chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos regulamentares, não abrangendo os decretos autônomos ou qualquer outro ato emanado na esfera do Poder Executivo. Qualquer outra hipótese de inconstitucionalidade só poderá ser objeto de controle pelo Poder Judiciário¹². Entender-se de outro modo seria como se ler no supercitado inciso V do artigo 49 da CF/88 não a expressão “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”, mas “atos normativos no âmbito do Poder Executivo eivados de inconstitucionalidade direta ou



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

indiretamente”; o que configuraria, evidentemente, uma ampliação distorcida do comando constitucional.

Nesse sentido, o STF, ao julgar os embargos de declaração AGAED (Edcl – AgRg) nº 185.142-PE (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1998, p. 732), que teve como relator o Ministro Moreira Alves, exarou a seguinte ementa:

“EMENTA: – Embargos de declaração - Ocorrência de omissão quanto à forma de delegação feita pela Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional ao INCRA. Omissão que se supre, esclarecendo-se que essa questão só daria margem a ofensa indireta à Constituição, e, além disso, nada tem que ver com o disposto no artigo 49, V, da Carta Magna, invocado no recurso extraordinário. Embargos recebidos para suprir a omissão do acórdão embargado, sem, no entanto, modificar o dispositivo deste.” (destacou-se).

A amplitude da aplicação do dispositivo do art. 49, inciso V, da CF/88 não é unanimidade. A Prof. Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 214-215) sustenta que “o exercício desse controle político pelo Congresso Nacional leva-o a interpretar a Constituição conforme a lei e não conforme a Constituição, numa perigosa inversão para a supremacia, a vitalidade e a defesa das normas constitucionais” e que tal dispositivo se afigura como figura anômala no ordenamento jurídico, e propõe sua supressão¹³.

4. Da possibilidade de controle de constitucionalidade do decreto legislativo editado com base no artigo 49, inciso V

O decreto legislativo editado pelo Congresso Nacional, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, que veicula a sustação de ato do Poder Executivo é ato normativo federal. Trata-se, portanto, de ato que se enquadra na previsão constitucional para efeito de controle concentrado.

Em outras palavras, o decreto legislativo que veicula a sustação do ato do Poder Executivo pode ser objeto do controle concentrado de



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

constitucionalidade, com base no art. 102, inciso I, e seu § 1º, e art. 103, § 4º, i.e., por via de ação direta de inconstitucionalidade, de arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁴ e de ação declaratória de constitucionalidade, respectivamente. Evidentemente, mostra-se incabível a inconstitucionalidade por omissão.

Já foram mencionadas as ADIns nº 748-3/RS e 1.553-2/DF, cujos objetos eram decretos legislativos estaduais editados para sustar atos regulamentares de governadores. Por via dessas ADIns, ficou estabelecido que o decreto legislativo sustador pode ser objeto de controle concentrado. No julgamento da ADIn nº 748-3-RS, consta a seguinte Ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL – DECRETO LEGISLATIVO – CONTEÚDO NORMATIVO – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE ATO EMANADO DO GOVERNADOR DO ESTADO – CONTROLE PARLAMENTAR DA ATIVIDADE REGULAMENTAR DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 49, V) – POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – AÇÃO DIRETA CONHECIDA. REDE ESTADUAL DE ENSINO – CALENDÁRIO ESCOLAR ROTATIVO – PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL – ALEGADA INOBSERVÂNCIA DO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO REGULAMENTAR PELO EXECUTIVO – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – O controle concentrado de constitucionalidade tem objeto próprio. Incide exclusivamente sobre atos estatais providos de densidade normativa. – A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização da constitucionalidade em tese, requer, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. – O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, a suspensão de eficácia de ato oriundo do poder executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou Brasília a. 38 n. 153 jan./mar. 2002 295 inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo. A supressão da eficácia de uma regra de direito possui força normativa equiparável à dos preceitos jurídicos que inovam, de forma positiva, o ordenamento estatal, eis que a deliberação parlamentar de suspensão dos efeitos de um preceito jurídico incorpora, ainda que em sentido inverso, a carga de normatividade inerente ao ato que lhe constitui o objeto. O exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do poder executivo impõe a análise, pelo supremo tribunal federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida a instituição parlamentar. Cabe à corte suprema, em consequência, verificar se os atos normativos emanados do executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1992, p. 41) (grifou-se).

Como se admite o controle concentrado dos decretos legislativos, é forçoso se admitir seu controle de constitucionalidade, também, na via difusa.

Veja-se que os decretos veiculados sob o pálio do poder regulamentar não podem ser objeto de controle concentrado, pois se trata de inconstitucionalidade indireta (ilegalidade do decreto), passível de verificação somente pela via difusa. Já os decretos autônomos podem ser atacados pela via direta perante o STF, mas não podem pela via do art. 49, inciso V, da CF/88.

4.1. Perplexidades decorrentes



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

O controle de constitucionalidade do decreto legislativo veiculado com base no art. 49, inciso V, da CF/88 que tenha por objetivo a suspensão de efeitos de um decreto presidencial suscita, em princípio, dois aspectos concomitantes: 1) a interferência do Legislativo em ato do Poder Executivo; 2) a interferência do Judiciário em ato do Poder Legislativo em sede de controle político.

No caso de haver constitucionalidade formal do decreto legislativo, i.e., a hipótese de sua edição é plausível e os trâmites legislativos pertinentes foram cumpridos de maneira esmerada, restará ainda por parte do STF a análise da questão de mérito, ou seja, se o ato do Poder Executivo pode ou não ter exorbitado do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

A extrapolação dos limites da delegação legislativa, como já foi dito, diz respeito à hipótese de lei delegada, em seus estreitos limites – portanto de análise meritória mais tranquila. É que bastaria, nesse caso, ao STF verificar a concordância da lei delegada editada pelo chefe do Poder Executivo com os termos da autorização legislativa expressa.

Contudo, no que diz respeito à exorbitância da competência regulamentar, a questão é mais tormentosa. Primeiro porque pode tratar-se de um juízo de valor, envolvendo aspectos de discricionariedade, o qual pode não coincidir sob o ponto de vista dos órgãos controladores – no caso o Congresso Nacional e o STF. Veja-se que, se o STF entender que o ato presidencial não exorbitou do poder regulamentar, o decreto legislativo deverá ser tachado de inconstitucional – inconstitucionalidade material. Segundo, porque vai depender de qual foi o ato (decreto presidencial, portaria ministerial etc.) que embasou a regulamentação atacada. E terceiro, porque depende, também, de qual a modalidade de ato está sendo atacada pelo decreto legislativo. São pontos distintos.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

A questão referente ao enfrentamento do mérito do ato pelos dois poderes é extremamente interessante sob o ponto de vista de que deve prevalecer o entendimento do STF, ainda que o Congresso Nacional entenda diferentemente e ainda que haja expressa previsão constitucional de que tem a casa Legislativa competência para sustar determinados atos do Executivo.

Outro ponto importante é o de que o ato do Executivo pode ser ilegal (no sentido de que extrapolou a lei que autorizava a regulamentação por decreto). Nesses casos, o STF tem entendido que não cabe ADIn, pois se trata de problema de ilegalidade. Contudo, se um ato presidencial que padecer desse vício for susgado pelo Congresso Nacional, e subsequentemente o ato congressional for atacado por via de ADIn, o STF será levado a decidir no mérito se o ato presidencial exorbita ou não da competência regulamentar, vale dizer, vai ter de declarar se o ato presidencial é ilegal ou não, pois esse é o mérito da questão relativamente à constitucionalidade ou não do decreto legislativo atacado.

Ou poderia o STF declarar que não pode analisar a causa, pois se trata de uma questão de legalidade do ato? Parece que não. É que, como dito imediatamente acima, o ato em debate, cuja inconstitucionalidade é alegada, não é o ato do Presidente, mas o do Congresso, e a constitucionalidade deste depende da ilegalidade daquele. E o STF terá, fatalmente, que analisar a legalidade do decreto presidencial. Uma armadilha jurídica? Não. Apenas uma decorrência do sistema de freios e contrapesos, inerentes à tripartição dos poderes.

Outros aspectos problemáticos podem surgir, por exemplo, caso seja editado um decreto legislativo que suste um ato do Poder Executivo, o qual regulamentava determinado benefício fiscal. Uma vez sustados os efeitos do decreto regulamentador, torna-se inaplicável o benefício por absoluta falta de regulamentação. Um contribuinte,



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

sentindo-se prejudicado, entra com uma ação declaratória, pedindo a declaração incidental de inconstitucionalidade do referido decreto legislativo de forma que possa manter o benefício fiscal. Procedente a ação, ter-se-á o benefício aplicável somente àquele contribuinte (efeito inter partes). Outros contribuintes inconformados entram com ações semelhantes; em decorrência, centenas de recursos extraordinários chegam ao STF, que considera todos procedentes, dá provimento e, ipso facto, comunica ao Senado Federal que determinado decreto legislativo é inconstitucional. O Senado edita o ato previsto no artigo 52, inciso X, da CF/88, suspendendo a execução do decreto legislativo, agora com efeito erga omnes.

Aqui se tem um ato do Senado Federal sobrepondo-se a um ato do Congresso Nacional, como acontece normalmente quando o Senado suspende a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Ocorre que, no caso da lei, tratou-se de ato para cuja elaboração concorreram o Legislativo e o Executivo, a qual foi objeto de revisão judicial pelo órgão ao qual a Constituição atribuiu o juízo definitivo sobre a matéria. No caso de inconstitucionalidade do ato "sustador", é como se houvesse um controle às avessas e a resolução do Senado Federal que suspendesse os efeitos do decreto legislativo "sustador", declarado inconstitucional no controle difuso, teria as mesmas cores de um decreto legislativo que garantisse a constitucionalidade do ato do Poder Executivo. O ideal, nesse caso, é a edição de outro decreto legislativo, revogando o anterior.

Ademais, é também questionável a possibilidade de o Senado Federal editar resolução com base no artigo 52, inciso X, suspendendo a execução de decreto legislativo declarado inconstitucional pelo STF, porquanto o dispositivo constitucional faz menção à "lei declarada inconstitucional". Assim, se se entender que se refere à lei em sentido estrito, tal dispositivo não se aplicaria ao decreto legislativo inconstitucional. Em face dos argumentos acima,



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

parece que esta seria a melhor decisão, mas não somente por este último simplório fundamento.

5. Poder regulamentar e sua sustação pelo Congresso Nacional – a concretização de sua aplicação

Conquanto existam casos de sustação de atos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo com base em dispositivos da Constituição do RS e DF, que ensejaram as citadas ADIns nº 748-3/RS e 1.553-2/DF, o objeto deste precípua estudo são os atos do Congresso Nacional.

Tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de decretos legislativos, originários do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, que sustentam atos do Poder Executivo, dirigindo-se tanto a decretos do Presidente da República, quanto a atos de ministros, e até de secretários e coordenadores dos ministérios. Selecionamos dois desses projetos, ambos em matéria tributária, mas que são paradigmáticos. Adiante segue uma verificação de seus principais aspectos.

(...)

6. Considerações finais

Não se entende, como alguns doutrinadores, que o dispositivo do art. 49, inciso V, da Constituição de 1988 seja uma norma aberrante, desequilibrando o sistema de freios e contrapesos, a ponto de se propor sua supressão do texto constitucional.

Contudo, tem-se que a utilização de tal modalidade de controle político é de uso limitado e não tem a amplitude que transparece nos projetos de decreto legislativo apresentados no Congresso Nacional. Somente podem ser sustadas as leis delegadas que exorbitem dos termos da competência delegada, e somente por esse motivo, não outro. Os atos editados com base no poder regulamentar compreendem os decretos que regulamentem as leis, editados pelo Chefe do Poder Executivo.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, não estão alcançados pelo controle previsto no art. 49, inciso V, da CF/88 os atos normativos editados com supedâneo no poder normativo do Poder Executivo e que não se destinem especificamente à regulamentação de leis, a exemplo dos regulamentos autônomos.

Também, não podem ser objeto dessa modalidade de controle político os atos editados com base no art. 87, inciso IV, da CF/88, e, muito menos, os atos praticados pelos secretários dos ministérios e outras autoridades hierarquicamente inferiores.

Ou seja, o controle que pode ser exercido pelo Poder Legislativo, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, é constitucionalmente delimitado e restringe-se às hipóteses de extrapolação do poder regulamentar, no sentido de não-adequação aos limites da lei regulamentada (disposições contra legem, extra legem ou ultra legem), configurando violação ao princípio da legalidade. Não é possível por meio desse instrumento a verificação de aspectos relacionados ao poder discricionário da Administração, ou da violação de outros princípios que não o da legalidade, e se aplica somente aos decretos regulamentares do Poder Executivo (decretos presidenciais), isto é, não abrange os decretos autônomos ou qualquer outro ato emanado na esfera do Poder Executivo.

Essas conclusões aplicam-se às esferas estadual e municipal, em virtude de que o art. 49, inciso V, da Constituição Federal, constitui-se em princípio constitucional extensível." (Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988, Marcos Aurélio Pereira Valadão)

Noutro giro temos na Carta Magna e na Carta Paulista os seguintes dispositivos a respeito de sustação de contratos administrativos:

Constituição Federal



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

(...)

§ 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.

§ 2º 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.”



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Constituição do Estado de São Paulo

Artigo 32 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;

XI - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa;

(...)

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembleia Legislativa que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

§ 2º - Se a Assembleia Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.”

Novamente se faz necessário recorrer à doutrina para trazer a elucidação do assunto:

“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



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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 exerçam. 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 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:



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

"j) 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.

(...)

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



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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 – ,cabará à Corte de Contas, então pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro...” 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 medidas 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 ideias, levando o



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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

"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 competência relevantíssima no controle externo, atua nessa esfera como auxiliar do Poder Legislativo, porque essa atividade inclui-se na



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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.”



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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.

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.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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 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



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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 (...)”

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



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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.”

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

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

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*

25 *Roberto Ribeiro Bazilli, Contratos Administrativos, 1996, Ed. Malheiros, p. 155. 14*

26 *STF, MS n.º 23.550-1/DF, Rel. p/ acórdão, Min. Sepúlveda Pertence, pleno, DJ de 31.10.01, ementário n.º 2.050-3.” (O Tribunal de Contas não possui poderes para anular contrato administrativo, Mauro Roberto Gomes de Mattos)*

“Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros e executivos, como o pagamento e a realização do objeto, respectivamente. O artigo defende que Tribunal de Contas não tem poder para sustar diretamente um contrato.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

O ordenamento jurídico brasileiro, formado pela Constituição e lições do Supremo Tribunal Federal, com extrema parcimônia, harmonizou o primado do respeito ao ato jurídico perfeito com a secular discussão acerca dos efeitos do ato ilegal, admitindo a competência do controle externo para buscar inicialmente que a própria Administração suste o contrato, observando-se, é claro, a legislação pertinente. Note-se que determinação à sustação não é rescisão, mas apenas ato cautelar impeditivo da consumação da despesa ou do fato gerador de pagamento. A autoridade que recebe a comunicação é que avalia os efeitos da sustação na vida do contrato. Diversamente dos poderes que concedeu aos tribunais de contas, em relação a atos administrativos em geral, o constituinte, ao tratar de contratos, definiu uma sistemática que envolve essas cortes, os poderes Legislativo e Executivo, em uma efetiva aplicação da teoria de freios e contrapesos checks and balances.

Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros e executivos, como o pagamento e a realização do objeto, respectivamente. O inc. X e §§ 1º e 2º do art. 71 da Constituição Federal, ao se referirem à sustação, admitiram, implicitamente, que esta tivesse natureza cautelar ou definitiva.

A sustação terá natureza meramente cautelar quando determinada no curso de um processo, visando resguardar o patrimônio público; terá natureza decisória definitiva quando for anunciada pelo Tribunal de Contas, com a recomendação para adotar as medidas legais, genericamente, ou implicar providências incompatíveis com a continuidade do contrato.

É preciso deixar claro, porém, que a decisão do Tribunal de Contas não é vinculativa nesse caso. Somente o Decreto Legislativo é que obriga o agente público. Assim, se a Administração Pública não atender à recomendação, o Tribunal de Contas não tem poder para sustar diretamente.



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Recentemente, em análise de processo sobre a sustação dos contratos, o Supremo Tribunal Federal fixou¹ um entendimento garantindo às cortes de contas a prerrogativa para suspender os efeitos de contratos. Com a devida vênia, a decisão confronta o próprio texto da Constituição Federal, que dispõe, como dito anteriormente, que a suspensão de contrato é da competência do Poder Legislativo.

Para subsidiar a decisão, a Corte Suprema justificou que o Tribunal de Contas, no exercício do poder geral de cautela, pode determinar medidas, em caráter precário, que assegurem o resultado final dos processos administrativos sob sua responsabilidade, incluindo-se, nessa prerrogativa, a possibilidade de sustação de alguns dos efeitos decorrentes de contratos potencialmente danosos ao interesse público e aos princípios dispostos no art. 37 da Constituição da República.

Ocorre, porém, que a premissa extrapola os poderes constitucionais definidos para os órgãos de controle externo. Embora possuam natureza de órgão auxiliar do Poder Legislativo, a atuação dos tribunais de contas não pode e nem deve substituir a atuação dos representantes do Legislativo eleitos. Sem dúvida, é preciso que a atuação técnica das cortes de contas seja valorizada, mas não se pode subtrair, por via judicial, a competência do povo representado pelos que possuem legitimidade para exercer tais funções.

Embora se encontre no próprio Supremo Tribunal Federal – STF algum precedente no mesmo sentido do firmado na decisão supramencionada, cabe aos doutrinadores discutir o alcance de tais decisões em busca do aperfeiçoamento do Estado e do respeito aos limites funcionais.

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Segurança nº 5182. Relator: ministra Carmem Lúcia. Julgado em: 14 jul. 2017.” (Limites da sustação de contratos administrativos determinados pelos



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

tribunais de contas Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Publicado em 07/2017. Elaborado em 07/2017.
<https://jus.com.br/artigos/59333/limites-da-sustacao-de-contratos-administrativos-determinados-pelos-tribunais-de-contas>)

“Em análise de processo sobre a sustação dos contratos, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou entendimento garantindo aos tribunais de contas a prerrogativa para suspender os efeitos de contratos – Suspensão de Segurança nº 5182. A decisão, no entanto, confronta o próprio texto da Constituição Federal, que dispõe que a suspensão de contrato é da competência do Poder Legislativo. A relatora do processo é a ministra Carmem Lúcia.

Para subsidiar a decisão, a Corte Suprema justificou que o Tribunal de Contas, no exercício do poder geral de cautela, pode determinar medidas que assegurem o resultado final dos processos administrativos sob sua responsabilidade. Dentre as prerrogativas, está a possibilidade de sustação de alguns dos efeitos decorrentes de contratos potencialmente danosos ao interesse público e aos princípios dispostos no art. 37 da Constituição.

De acordo com o advogado e professor de Direito Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ocorre, porém, que a premissa extrapola os poderes constitucionais definidos para os órgãos de controle externo. “Embora possuam natureza de órgão auxiliar do Poder Legislativo, a atuação dos tribunais de contas não pode e nem deve substituir a atuação dos representantes do Legislativo. Sem dúvida, é preciso que a atuação técnica das cortes de contas seja valorizada, mas não se pode subtrair, por via judicial, a competência do povo representado pelos que possuem legitimidade para exercer tais funções”, afirma.

Ato jurídico perfeito



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

O ordenamento jurídico brasileiro, formado pela Constituição e pela jurisprudência do STF, harmonizou o respeito ao ato jurídico perfeito com a discussão acerca dos efeitos do ato ilegal. Foi admitida a competência do controle externo para buscar que a própria Administração suste o contrato, observando-se a legislação pertinente. Assim, conforme o professor Jacoby, a determinação à sustação não é rescisão, mas apenas ato cautelar impeditivo da consumação da despesa ou do fato gerador de pagamento. A autoridade que recebe a comunicação é que avalia os efeitos da sustação na vida do contrato.

“Diversamente dos poderes que concedeu aos tribunais de contas, em relação a atos administrativos em geral, o constituinte definiu uma sistemática que envolve essas cortes, os poderes Legislativo e Executivo, em uma efetiva aplicação da teoria de freios e contrapesos. Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros e executivos, como o pagamento e a realização do objeto, respectivamente. O inc. X e §§ 1º e 2º do art. 71 da Constituição, ao se referirem à sustação, admitiram, implicitamente, que esta tivesse natureza cautelar ou definitiva”, esclarece Jacoby.

A sustação terá natureza meramente cautelar quando determinada no curso de um processo, visando resguardar o patrimônio público, e terá natureza decisória definitiva quando for anunciada pelo Tribunal de Contas, com a recomendação para adotar as medidas legais, genericamente, ou implicar providências incompatíveis com a continuidade do contrato.

“É preciso deixar claro, porém, que a decisão do Tribunal de Contas não é vinculativa nesse caso. Somente o Decreto Legislativo é que obriga o agente público. Assim, se a Administração Pública não atender à recomendação, o Tribunal de Contas não tem poder para sustar diretamente”, conclui Jacoby Fernandes.” (fonte:



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

<https://canalabertoBrasil.com.br/stf-garante-aos-tribunais-de-contas-a-prerrogativa-para-suspender-contratos/>

“As Cortes de Contas desempenham atividades centrais para a salvaguarda da economicidade, eficiência e legalidade das despesas públicas. 1 Não há dúvida. Contudo, a posição institucional e a natureza das funções confiadas aos Tribunais de Contas não raro propiciam convulsões entre poderes e profundas controvérsias jurídicas a respeito do alcance de tais competências.

Quase nada do que concerne aos Tribunais de Contas é pacífico. A doutrina diverge profundamente até mesmo quanto à natureza do órgão: há aqueles que o concebem como organismo meramente auxiliar do Poder Legislativo 2 e há também os que o entendem como um órgão constitucionalmente autônomo, livre de laços de subalternidade com outros Poderes, a exemplo do que se verifica com o Ministério Público. 3

Este estudo dedica-se a reanalisar um ponto controvertido que, a meu sentir, parece ter sido mal equacionado pela doutrina brasileira: o papel das Cortes de Contas na sustação de contratos públicos eivados de vícios jurídicos.

Antes de debruçarmo-nos sobre a questão proposta, são cabíveis duas notas prévias que circundam o objeto deste estudo. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o verbo “sustar” designa fenômeno distinto dos tradicionais institutos que lhe são análogos: a anulação e a revogação. A revogação consiste na retirada, com efeitos meramente prospectivos, de um ato ou negócio do mundo jurídico, por motivos de conveniência e oportunidade. A anulação, que, em regra, possuirá efeitos retroativos, traduz-se na fulminação de um ato ou negócio jurídico contrário à Lei ou à Constituição. 4

A sustação, por seu turno, produz efeitos mais brandos do que a anulação e até mesmo do que a revogação. O ato ou negócio jurídico



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

sustado não é extirpado definitivamente do ordenamento, muito menos são os seus efeitos já produzidos desconstituídos (como se dá no caso da anulação). A sustação consiste em providência cautelar que apenas paralisa a eficácia de determinado ato ou negócio jurídico, buscando prevenir a ocorrência de lesões ao erário decorrentes da aplicação do ato ou negócio tido por irregular.

*Em segundo lugar, cabe analisar também qual é a extensão da prerrogativa em apreço. No geral, os autores que se dedicaram ao tema falam em competência para sustar contratos administrativos **5** ou, quando muito, contratos da Administração Pública. **6** Contudo, o sistema constitucional de controle externo não é subjetivamente constricto aos órgãos e entidades que integram a Administração direta e indireta. Além destes, conforme preceitua o art. 71, II, da CF/1988, **7** aquele alcança também quaisquer pessoas que sejam "responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos", bem como as que provocam "a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário".*

Essa característica fundamental do sistema é reforçada em outros dispositivos constitucionais, a exemplo do inciso IV do mencionado artigo, que afirma a competência dos Tribunais de Contas para "realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II".

*Assim sendo, quando a Constituição alude genericamente a "contratos", **8** sem lançar mão de adjetivos que restringiriam o alcance semântico do termo, não parece acertado fazê-lo pela via hermenêutica – até porque, como visto acima, o sistema de controle externo brasileiro não se restringe aos lindes subjetivos da Administração Pública. Nessa ótica, entendemos que a competência*



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

para sustar avenças antijurídicas, prevista no art. 71, §§ 1. e 2., da CF/1988, não se limita aos contratos celebrados pela Administração Pública, muito menos, aos contratos administrativos, abarcando todo e qualquer contrato custeado com recursos públicos. 9 Diante dessas considerações, valer-nos-emos preferencialmente da expressão lata "contratos públicos", com vistas a abarcar qualquer negócio jurídico financiado às expensas do erário.

2. Breve panorama doutrinário

Sem embargos, a maior parte dos autores brasileiros entende que a sustação de contratos públicos ilegais é ato para o qual o Congresso Nacional é privativamente competente. Nesse grupo de doutrinadores, destacam-se insignes juristas, como Ricardo Lobo Torres, 10 Eros Roberto Grau, 11 Luís Roberto Barroso, 12 Carlos Ari Sundfeld, 13 José Afonso da Silva, 14 Marcos Juruena 15 e Mauro Roberto de Gomes Mattos. 16 A título de ilustração da opinião dominante, confira-se excerto doutrinário de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

"A Constituição foi clara, em seu art. 71, § 1., ao atribuir a competência de sustar contratos só ao Congresso Nacional. Assim, a competência decisória do Tribunal de Contas, a que se refere o § 2. do art. 71, derivada da omissão do Executivo e do Legislativo na sustação de contratos, só pode dizer respeito à adoção de medidas que estejam em sua esfera de competências (como a punição de responsáveis), jamais a providências que foram clara e expressamente retiradas de sua esfera de atuação". 17

A corrente a qual me perfilho é integrada, dentre outros autores, por Ives Gandra Martins, 18 Manoel Gonçalves Ferreira Filho 19 e Jorge Ulisses Jacoby. 20 Em geral, contudo, tais juristas limitaram-se a manifestar a opinião da qual comungam, furtando-se de arrolar aprofundadamente os motivos que a fundamentam e, sobretudo, de rebater as críticas dirigidas pelos que pensam diferentemente. Nessa



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

linha, Ives Gandra pontifica que se omitindo "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". 21 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, explicita entendimento análogo nos seguintes termos:

Caso o Congresso Nacional deixe de sustar o contrato no prazo de 90 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. 22

Traçado esse breve panorama, procurarei, no tópico seguinte, apresentar argumentos que infirmam a concepção doutrinária prevalecente e fornecem sólida guarida à possibilidade de os contratos públicos antijurídicos serem, com base no art. 71, § 2., da CF/1988, sustados por Cortes de Contas.

3. Tribunais de Contas e sustação dos contratos públicos ilícitos

3.1. O elemento gramatical a ser interpretado

A atividade hermenêutica deve principiar e ser intransponivelmente limitada pelo texto normativo objeto da interpretação. 23 Pedindo vênua pelo truísmo, o primeiro passo para alcançar a resposta para a questão colocada é, pois, analisar acuradamente as normas – inscritas na Constituição, na legislação infraconstitucional e até mesmo na infralegal – que concernem ao tema.

Nesse sentido, por facilidade, transcreve-se os seguintes dispositivos constitucionais:



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

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

§ 2. 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".

*Note-se que, a meu juízo, o preceito reproduzido já não oferece respaldo ao entendimento adotado pela franca maioria da doutrina. Os parágrafos de um mesmo artigo devem ser interpretados, mais do que sistematicamente, de modo concatenado. **24** Nessa linha, parece indubitoso que o § 2., do art. 71, da CF/1988, prevê que a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo autoriza o Tribunal de Contas a decidir a respeito da sustação do pacto viciado – medida de que trata o parágrafo antecedente.*

Interpretando os dispositivos constitucionais transcritos diversamente, Luís Roberto Barroso manifestou-se nos seguintes termos:

*"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 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". **25***

Na mesma linha, assim asseverou Ricardo Lobo Torres:



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

"Se o descumprimento partir do Executivo, caberá ao Tribunal de Contas praticar os atos complementares de sua competência, imputando os débitos aos responsáveis e lhes aplicando as multas cabíveis. E se a omissão for do Congresso Nacional? Neste caso não restará ao Tribunal de Contas senão reconsiderar a impugnação ou insistir junto ao Congresso Nacional para que suste a execução do contrato, já que: a) o Judiciário não tem competência para apreciar o caso; b) o Tribunal de Contas não pode ele próprio determinar a sustação, pondo-se em conflito com o Legislativo". 26

A posição sustentada pelos professores Barroso e Lobo Torres não parece ser procedente. Em primeiro lugar, porque as competências para analisar a legalidade das despesas públicas, julgar as contas dos administradores e aplicar aos infratores as sanções legalmente previstas são outorgadas às Cortes de Contas, genérica e incondicionadamente, nos incisos do caput, do art. 71, da CF/1988. Não é preciso que se verifique uma inércia nonagesimal de autoridades parlamentares e executivas para que, só então, os Tribunais de Contas possam exercê-las.

Não se mostra correto, outrossim, falar em "sobreposição" do juízo do Tribunal de Contas em relação ao do parlamento. Como permite inferir o título deste trabalho e a sistemática legal extraída dos preceitos transcritos, a competência das Cortes de Contas para sustar contratos ilegais é inequivocamente subsidiária.

Somente a inação congressual legitima a sustação, pelos Tribunais de Contas, de contratos públicos ilícitos. Dito de outro modo, jamais poderá existir a "sobreposição" de que fala Luís Roberto Barroso, uma vez que ao Tribunal de Contas só é permitido deliberar sobre a sustação quando o parlamento não o faz no prazo constitucionalmente assinalado.

Se, ao juízo do Congresso Nacional, o contrato sindicado não padecer de vícios de legalidade, 27 de certo não poderá o Tribunal



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

de Contas, valendo-se de uma atribuição constitucional supletiva, subverter o entendimento parlamentar. Ocorre, contudo, que a hipótese aventada, como demonstrar-se-á no subtópico seguinte, é de difícil ocorrência.

Retomando a análise filológica, ao prever que se o Congresso, "no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito", o Constituinte quis se referir, por certo, ao ato de sustação – única medida de competência congressual listada no parágrafo antecedente. **28**

Para extirpar quaisquer dúvidas, foi cauteloso e preciso o legislador ordinário, ao aprovar a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – que, com todas as letras, prevê a competência subsidiária do TCU para sustar contratos públicos contrários à Lei:

"Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1. No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III – aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

§ 2. No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3. 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 da sustação do contrato".



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Ainda mais didático é o Regimento Interno do TCU, que sobre o ponto assim dispõe:

“Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1. e 2. do artigo anterior.

(...)

§ 2. No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência prevista no inciso III do parágrafo anterior e comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3. 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 da sustação do contrato.

§ 4. Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal:

I – determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão;

II – comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente”.

3.2. Presunção de constitucionalidade, diálogos constitucionais e deferência ao legislador

Os excertos normativos colacionados reclamam algumas considerações particulares. Em primeiro lugar, vale consignar que o dispositivo legal destacado parece ter sido ignorado pela maior parte da doutrina. Um pequeno número de adeptos da posição dominante, mais atentos, advogam a sua inconstitucionalidade (ou a necessidade de “interpretá-lo conforme a Constituição”), 29



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

invocando o improcedente argumento de que a sistemática constitucional para a sustação dos contratos antijurídicos é diversa da prevista na Lei 8.443/1992.

De todo modo, cabe registrar que o preceito transcrito jamais fora formalmente declarado inconstitucional pelo Supremo – nem mesmo pela via do controle difuso –, ainda que decisões da Corte pareçam ter olvidado da sua existência e adotado leituras frontalmente incompatíveis com ela. 30

Indubitável é que a Lei Orgânica do TCU goza de presunção de constitucionalidade e é produto, ainda que indireto, de uma legítima e coerente interpretação constitucional efetuada pelo legislador – poucos anos após a promulgação do texto constitucional vigente.

De longa data, derrubou-se o dogma de que o Poder Judiciário reuniria o monopólio da interpretação constitucional 31 e, pouco a pouco, supera-se também a compreensão mitificadora da supremacia judicial sobre os demais Poderes – que passam a ser concebidos como agentes inseridos num processo de constantes diálogos constitucionais. 32 Sobre o ponto, vale colacionar as lições de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“Ao editar uma lei, por exemplo, o Legislativo é obrigado a interpretar a Constituição, para verificar se o ato normativo que elabora respeita ou não os mandamentos constitucionais. Ao regulamentar e concretizar a Constituição, ele muitas vezes opta por um dentre diversos significados possíveis do texto constitucional.

Evidentemente, a possibilidade de o Poder Legislativo interpretar a Constituição não elide o controle judicial de sua constitucionalidade. No entanto, em nome do princípio da discricionariedade legislativa, a fórmula a que chegou o Parlamento só pode ser invalidada pelo Poder Judiciário se mostrar-se inequivocamente incompatível com os ditames constitucionais. A contrario sensu, sempre que a opção hermenêutica eleita pelo legislador for semântica e juridicamente



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

viável, caberá aos juízes uma postura de deferência à escolha legislativa, que é democraticamente legitimada por meio do voto popular". 33

Diversos dos adeptos da posição dominante reconhecem a dubiedade do art. 71, § 2., da CF/1988, admitindo que a dicção constitucional possibilita a interpretação acolhida pelo legislador ordinário – que, contudo, é afastada com argumentos imprecisos ou mesmo metafísicos. É o caso, dentre outros, de Marcos Juruena:

"Dúvida ocorre se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo se omitem quanto às providências previstas no art. 71, § 1. da Lei Maior; neste caso, diz a Constituição — art. 71, § 2. — que o 'tribunal decidirá a respeito', dando margem ao equivocado entendimento de que poderia este sustar o ato. Parece-nos não ser esta a melhor orientação, contrária ao espírito e à sistemática do controle externo".

34

3.3. Capacidades institucionais e princípio da correção funcional

Sob o prisma das capacidades institucionais, 35 a atribuição do poder de sustar contratos públicos antijurídicos somente ao Congresso seria opção sem sentido.

O parlamento não dispõe, via de regra, dos recursos humanos, tecnológicos, informacionais e procedimentais necessários à abrangente, célere, técnica e aprofundada avaliação da juridicidade dos contratos públicos.

Os cargos de Senador, de Deputado Federal, de Deputado Estadual e de Vereador são providos por meio de eleições, não se exigindo qualquer qualificação acadêmica ou profissional dos seus postulantes, além da alfabetização (que condiciona o exercício da capacidade eleitoral passiva). Embora algumas Casas Legislativas contem com qualificado corpo técnico de assessoramento parlamentar, o número de profissionais aos quais poderiam ser



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

outorgadas funções de fiscalização e controle seria certamente insuficiente.

Além disso, o processo legislativo, moroso por excelência e permeado de entraves burocráticos, não permite a célere sustação dos contratos públicos ilegais – que, como providência cautelar que é, tem na urgência um dos seus elementos informadores.

*Essas afirmações não são meras elucubrações teóricas. Os anais do Congresso bem comprovam o ponto de vista exposto. Em quase três décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, apenas oito Projetos de Decreto Legislativo foram apresentados com vistas a sustar contratações administrativas antijurídicas. **36** Desses, sete foram arquivados, sem deliberação final, e apenas um foi aprovado.*

*O Dec. Legislativo 106/1995, publicado na página 13469 do Diário Oficial da União de 01.09.1995, foi o único expediente parlamentar a sustar um contrato público de que se tem notícia. **37***

No entanto, o próprio histórico de tramitação da proposição legislativa que deu origem ao citado decreto revela a inaptidão estrutural das Casas Legislativas para o exercício desse múnos constitucional.

O PDS 72/1994 começou a tramitar em 18.10.1994, após as irregularidades contratuais que lhe dão esteio terem sido comunicadas ao Congresso pelo TCU – por força da Decisão 554/1994, Plenário, rel. Min. Paulo Affonso de Oliveira, data da Sessão: 24.08.1994.

Depois de rápida aprovação pelo Senado, em virtude dos trâmites regimentais, o PDS só foi aprovado na Câmara dos Deputados em 18.08.1995, sendo promulgado em 31.08.1995 e publicado pela Imprensa Oficial no dia posterior.

*Dito de outro modo, na única vez em que o Congresso lançou mão da providência cautelar de sustação dos efeitos de contrato ilícito, o parlamento demorou mais de um ano, após ter sido oficialmente comunicado, para fazê-lo. **38** Durante tal interregno, muito*



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

provavelmente, danos ao erário, de difícil ou impossível reparação, foram perpetrados, desatendendo-se assim ao telos inibitório 39 do instituto em estudo. 40 Como advertiu Rui Barbosa, no célebre Discurso aos moços, "a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta".

Por outro lado, os Tribunais de Contas dispõem de elevado número de profissionais com notória expertise na área de controle externo, contam com sistemas de informação sofisticados e exercem as suas atividades a partir de rotinas procedimentais especialmente pensadas para o desenvolvimento de auditorias e fiscalizações, inclusive por amostragem. 41

Além disso, a averiguação da juridicidade das contratações públicas é tarefa eminentemente técnica, sem conteúdo normativo ou ampla margem de discricionariedade. Por ser função com alto grau de vinculação, a sua legitimação repousa diretamente no direito posto. Ou seja, como não há inovação normativa considerável, a legitimidade democrática, que tradicionalmente só advém do voto popular, 42 é despicienda para o seu exercício.

À luz do contexto desvelado, subtrair das Cortes de Contas a possibilidade de sustar os contratos públicos ilegais praticamente equivale à própria subtração de tal mecanismo da Constituição, eis que o Congresso dele se valeu em uma única oportunidade nos últimos 28 anos.

Nesse prisma, na interpretação do art. 71, § 2., da CF/1988, parece também ter lugar o Princípio da Correção Funcional. De acordo com Daniel Sarmiento, tal diretriz é o princípio de interpretação constitucional, especificamente incidente na definição de competências, que veda "resultados que desconsiderem a vocação de cada um dos órgãos do Estado, o tipo de legitimação que caracteriza as suas decisões, bem como as capacidades institucionais que reúne". 43



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

O Princípio da Correção Funcional, na linha acima enunciada, conjuga-se harmoniosamente com nobres preocupações consequencialistas e com o elemento teleológico insito à norma inscrita no art. 71, § 2., da CF/1988. Assegurar a possibilidade de sustação de contratos públicos ilícitos pelos Tribunais de Contas milita em favor da economicidade, da legalidade e da eficiência das contratações públicas.

3.4. Posição institucional dos Tribunais de Contas

Os adeptos da concepção doutrinária prevalente partem, em geral, 44 da premissa que o Tribunal de Contas constitui órgão meramente auxiliar do Legislativo, Poder este que, nessa perspectiva, estaria em uma posição de superioridade institucional em relação àquele. Daí a dificuldade de se vislumbrar que o Tribunal de Contas se substitua à Casa Legislativa inerte, ainda que essa hipótese seja objeto de nítida previsão constitucional.

Embora indícios dessa cosmovisão possam ser encontrados nas passagens doutrinárias de Luís Roberto Barroso e Ricardo Lobo Torres que acima foram transcritas, é Mauro Roberto Gomes de Mattos que a expõe de forma mais cristalina:

“Ora, o Órgão Auxiliar não pode invadir a competência constitucional privativa do Legislativo e do Executivo, para se transformar em um poder autônomo. A dicção do § 2. 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. 2. da CF, que exige a independência e harmonia como regra fundamental dos Poderes. Parâmetro de observância indispensável à



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

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". 45

A esta altura, já não é difícil intuir que discordamos tanto das premissas como da conclusão colacionadas. A nosso ver, o Tribunal de Contas não é órgão subordinado nem mesmo integrante do Poder Legislativo – em que pese a posição topográfica dos artigos constitucionais que o disciplinam e a dicção do caput, do art. 71, da CF/1988.

Parece-nos indubitoso que a Carta da República reserva competências autônomas aos Tribunais de Contas – boa parte delas unissonamente aceitas pela doutrina e pela jurisprudência, como é o caso da sustação de atos administrativos ilegais, do registro de aposentadorias e da aplicação de sanções aos administradores responsáveis por irregularidades na execução orçamentária. Em outras hipóteses, o Tribunal de Contas, de fato, age na condição de órgão de assessoramento técnico do Poder Legislativo – que reúne



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

as competências politicamente mais sensíveis de controle externo. É o caso da apreciação opinativa, mediante parecer prévio, das contas anualmente prestadas pelo Presidente da República, bem como das auditorias, inspeções e estudos realizados pelos Tribunais de Contas a pedido das Casas Legislativas.

Nesse ponto, parece oportuno reproduzir precisa lição da professora Odete Medauar:

“Parece-nos que a expressão ‘com o auxílio do Tribunal de Contas’, contida no art. 71 da Constituição federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo subordinado hierarquicamente a tal Poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a ideia de subordinação.

Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição federal em artigo algum utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. 46”

A miopia de alguns setores doutrinários, no que toca à natureza dos Tribunais de Contas, só pode ser explicada pelo apego a uma concepção idealizada e anacrônica de Separação de Poderes, aprisionada à clássica tripartição que simboliza a formulação teórica



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

iluminista sobre a matéria. 47 Nessa ótica, não se pode distorcer as normas para que elas caibam nos esquemas dogmáticos cultivados, no éter, pelos manuais. Em sendo assim, o intérprete deve avaliar, em cada caso, a partir das normas constitucionais, se o Tribunal de Contas está exercendo uma competência de mero auxílio ao Poder Legislativo ou está se valendo de uma atribuição fiscalizatória autônoma, insuscetível de ser revogada ou embaraçada pelo parlamento. Por certo, também não podem ser tais competências mitigadas ou suprimidas por não se adequarem ao arquétipo institucional de subalternidade que parte dos publicistas pretende, à revelia da Constituição, impor às Cortes de Contas.

3.5. Juízo político versus juízo técnico

De acordo com alguns autores, a sustação de contratos públicos antijurídicos sujeitar-se-ia a um juízo eminentemente político e, por isso, constituiria medida privativa do Congresso Nacional. Nesse sentido, manifestou-se José Afonso da Silva:

“Mas, se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivarem as medidas referidas acima, o Tribunal decidirá a respeito (art. 71, §§ 1. e 2.). A Constituição para por aí, deixando ao intérprete algumas dúvidas. A primeira diz respeito à atitude do Congresso, que não é mero intermediário do Tribunal de Contas, no caso, como a imprecisão da norma pode dar a entender. Na verdade, ao Congresso cabe apreciar e decidir a solicitação de suspensão do contrato. Antes disso, solicita ao Executivo as medidas cabíveis, no prazo assinado. Depois disso, com ou sem as providências do Executivo, decidirá sobre a suspensão. Suspendendo ou não, porque sua decisão não é jurídica, mas política, à vista da oportunidade e da conveniência. Se não suspender, a execução do contrato prossegue. Se suspender, comunicará ao Tribunal de Contas para a responsabilização pertinente”. 48



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

A compreensão acima exposta não nos parece acertada. De início, cabe ressaltar que a aferição da compatibilidade de contratos com a legislação vigente é tarefa eminentemente técnica. O mesmo se diga da adoção de providências cautelares ante a constatação dessas ilegalidades.

Tanto é técnico-jurídica a natureza do ato sustatório, que ele poderá ser posteriormente submetido ao crivo do Poder Judiciário, independentemente de ter sido adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas competente. 49

Poderia se cogitar, contudo, que a sustação dos contratos antijurídicos seria providência reservada ao parlamento justamente para permitir uma análise menos estreita da medida – capaz de afastá-la caso a ilegalidade constatada não fosse suficientemente grave ou a sustação pudesse acarretar prejuízos desproporcionais ao erário.

No entanto, mais uma vez, essa linha de pensamento não se mostra procedente, eis que já se dispõe de consolidado instrumental jurídico para tanto. De modo geral, sabe-se que a avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de qualquer decisão adotada pelo Poder Público é medida que se impõe por força dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

De modo mais específico, o princípio da continuidade dos serviços públicos, também referido, com maior precisão terminológica, como princípio da continuidade das atividades administrativas, 50 constitui outro vetor hermenêutico que pode, em certas circunstâncias, desaconselhar ou mesmo impedir a sustação de determinadas avenças de interesse público, a despeito de possíveis vícios de legalidade.

No campo dos Tribunais de Contas, as irregularidades em contratações públicas são classificadas, de acordo com a sua



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

gravidade, em diversas categoriais, dentre as quais se destacam as seguintes: Irregularidade Grave com recomendação de Paralisação – IGP; Irregularidade Grave com recomendação de Retenção parcial – IGR; Irregularidade Grave que não prejudique a Continuidade (IGC); Falhas e Improriedades técnicas (F/I). 51

Só no grupo das irregularidades mais graves e nocivas ao erário, o TCU recomenda a paralisação do empreendimento em curso e a sustação do contrato respectivo. A expertise do TCU na matéria, a processualização de suas decisões (aí incluído o contraditório e a ampla defesa) e a fundamentação técnica e aprofundada das deliberações da Corte tendem a promover maior transparência e previsibilidade no manejo do ato sustatório.

No parlamento, além da já referida incapacidade institucional para o exercício da competência em comento, interesses políticos frequentemente pautariam o seu exercício, seja a favor, seja em prejuízo dos governantes da vez. Nessa perspectiva, não seria difícil vislumbrar decisões atécnicas, precariamente motivadas, pouco previsíveis e finalisticamente desviadas.

4. Sustação e outras medidas cautelares menos restritivas: teoria dos poderes implícitos

Outro ponto de elevada controvérsia e relevância empírica diz respeito à possibilidade de os Tribunais de Contas aplicarem medidas cautelares similares, porém mais brandas, à sustação do contrato inquinado por vícios de legalidade.

Para parcela dos administrativistas, as Cortes de Contas gozariam de um poder geral de cautela comparável àquele do qual desfrutam as autoridades judiciais. Na visão de tais autores, esse poder geral de cautela não decorreria da capacidade de sustar os atos ou contratos irregulares, sendo conatural e inerente às próprias atribuições quase-



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

juridicionais desses órgãos de controle externo. É o que pensa Eduardo Fortunato Bim:

“Quando houver perigo de lesão ao Erário, o tribunal de contas estará autorizado a emitir providimentos cautelares para inibir o dano iminente ou a propagação do atual. Não há uma paralisia do poder geral de cautela em relação aos contratos em um primeiro momento, caracterizado pelo prazo de 90 dias (CF, art. 71, § 1.) que sucedem ao apontamento da injuridicidade do contrato ao Legislativo pelo tribunal de contas.

O poder geral de cautela não provém da capacidade de sustar o ato, mas da capacidade de julgar, orientando a interpretação dos dispositivos constitucionais. Ele não é provisoriamente bloqueado antes de expirado o prazo do artigo 71, § 1. , da CF sem que o Poder Legislativo ordene a sustação, porque a natureza da decisão que susta cautelarmente o contrato não é definitiva, não decorre da decisão final do órgão de contas”. 52

Do outro lado da moeda, aqueles que defendem que os Tribunais de Contas não podem sustar contratos irregulares tendem a entender também que a eles não é dado aplicar medidas cautelares assemelhadas ao ato sustatório. Observe-se a coerente explanação de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara:

“Nessa linha, qualquer medida interventiva que produza esse efeito — interromper os gastos impugnados — há de ser considerada uma forma de sustar atos ou contratos. Assim, quando o constituinte reservou ao Legislativo a prerrogativa de sustar contratos, concentrou nesse órgão político toda e qualquer competência extrajudicial para intervir, diretamente, em sua execução financeira. Determinar a suspensão de pagamentos, obrigar à revisão de valores previamente acordados, mesmo que aparentemente não obrigue à suspensão integral do contrato, são medidas que, na prática, acabam tendo os mesmos efeitos de uma sustação”. 53



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Apesar do esforço argumentativo, não concordamos com nenhuma das teses que acima foram expostas. De um lado, deve-se refutar a conurbação dos Tribunais de Contas com o Poder Judiciário. Aqueles consistem em órgãos de controle externo, inseridos em uma lógica de freios e contrapesos, cujas competências em regra restringem a autonomia dos outros Poderes. Por isso mesmo, essas atribuições devem estar constitucionalmente previstas e não podem ser objeto de interpretações excessivamente elásticas.

*O Poder Judiciário, ao revés, é o braço estatal para a composição de quaisquer conflitos de interesses. A amplitude de sua missão institucional inviabiliza a previsão de um elenco taxativo de medidas cautelares, sob pena de se frustrar a adequada e eficaz administração da justiça. Ademais, o poder geral de cautela é, em termos amplíssimos, legalmente previsto em favor das autoridades judiciais (art. 301 do CPC/2015) – o que não ocorre com os Tribunais de Contas. A Lei Orgânica do TCU, por exemplo, apenas menciona duas providências cautelares: o afastamento temporário dos agentes públicos responsáveis por irregularidades (art. 44) **54** e a sustação dos atos ou contratos irregulares (art. 45).*

Nessa ótica, além de não haver previsão constitucional ou legal para tanto (o que ocorre em favor das autoridades judiciais), a natureza das atribuições que competem aos Tribunais de Contas não se coaduna com um poder de cautela genérico – sob pena de transgredir-se o princípio da separação dos Poderes.

A posição de Carlos Ari Sunfeld é internamente coerente. Se aceita a premissa de que às Cortes de Contas não podem sustar, nem mesmo de forma subsidiária, os contratos públicos ilegais, forçoso será reconhecer a impossibilidade de tais órgãos manejarem outras providências cautelares semelhantes ao ato de sustação.

Entretanto, como já afirmado à exaustão, não consentimos com tal entendimento majoritário. Assim sendo, também admitimos que os



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunais de Contas lancem mão de outras providências cautelares semelhantes à sustação, porém menos gravosas do que ela. O fazemos por força da Teoria dos Poderes Implícitos – cujas bases teóricas remontam ao velho brocardo latino non debet cui plus licet, quod minus est no licere. 55

Aliás, por força dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, 56 especialmente do subprincípio da necessidade, dentre medidas igualmente aptas a promover determinada finalidade, deve-se sempre preferir aquela menos restritiva a outros direitos e valores de relevo constitucional. Nesse sentido, se a retenção parcial de recursos que seriam pagos à contratada mostrar-se suficiente para prevenir a ocorrência de um dano ao erário, não deve o pacto parcialmente irregular ser, no todo, sustado.

Cabe ressaltar, por fim, que a adoção de providências cautelares, em razão de irregularidades contratuais, pelos Tribunais de Contas é expediente corriqueiro e fundamental para prevenir danos ao erário de grande magnitude e de difícil reparação.

4.1. O momento da sustação contratual e da aplicação das demais providências cautelares pelas Cortes de Contas

A sistemática constitucional do controle externo cautelar sobre as contratações públicas não parece ter sido a melhor. Como se viu, o Tribunal de Contas, ao deparar com uma irregularidade contratual, deve notificar a autoridade responsável por ela (art. 71, IX, da CF/1988) e o Congresso Nacional (art. 71, § 1., da CF/1988), a quem compete privativamente sustar o pacto viciado nos primeiros noventa dias após a sua notificação.

Somente se os Poderes Executivo e Legislativo permanecerem inertes no mencionado trimestre, é que o Tribunal de Contas passa a ser competente para sustar o contrato irregular. Essa lógica é criticável. Faria mais sentido – e esta é uma proposta de constitutione ferenda – possibilitar que as Cortes de Contas sustentem as avenças



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

irregulares ab initio, reservando-se ao Congresso Nacional a prerrogativa, temporalmente limitada, de rever a decisão do órgão técnico.

Dessa forma, a sustação dos contratos viciados poderia ocorrer de forma mais célere e, por outro lado, preservar-se-ia a possibilidade de revisão congressional da decisão exarada pelo Tribunal de Contas.

Essa crítica ao modelo desenhado pela Constituição é pertinente, mas não pode ensejar, como querem alguns autores, 57 a sua subversão: retirando-se do Tribunal de Contas uma importante prerrogativa que lhe fora atribuída, de modo expresso, pela Constituição e, de modo inquestionável, pelo legislador ordinário.

Ainda que não nos pareça a melhor opção, o Constituinte restringiu claramente, do ponto de vista temporal, o poder de sustação contratual outorgado aos Tribunais de Contas. Resta perquirir, então, se essa limitação seria também aplicável às demais providências cautelares de que frequentemente lançam mão tais Cortes.

Considerando a similitude das medidas aludidas 58 e, fundamentalmente, que as últimas só são cogitáveis em decorrência da primeira (Teoria dos Poderes Implícitos), a resposta à indagação enunciada só pode ser positiva. Entender o oposto representaria transgredir a sistemática constitucional em referência, permitindo que providências congêneres – e parcialmente coincidentes – à sustação do contrato irregular fossem adotadas pelos Tribunais de Contas prematuramente, na pendência da condição suspensiva que o habilita a fazê-lo.

5. Notas conclusivas

O sistema constitucional de controle externo claramente outorgou aos Tribunais de Contas competência subsidiária para sustar contratos públicos antijurídicos, em caso de omissão congressional. Embora a dicção constitucional pudesse ter sido mais clara, o legislador ordinário, ao aprovar a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União,



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

extirpou quaisquer dúvidas ao dispor que se o parlamento e o governo quedarem-se inertes, "o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato" (art. 45, § 3.).

Ainda que se admita existir alguma dubiedade no texto constitucional, forçoso será reconhecer que a Lei 8.443/1992 espanca qualquer incerteza. Deve-se considerar aqui que, em uma perspectiva de diálogo das fontes, 59 não só a Constituição influi na interpretação de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, como a própria legislação infraconstitucional pode, em certos casos, influir na exegese da Lei Maior. Em alguns casos, como leciona abalizada doutrina, a Constituição pode até mesmo ser informalmente alterada em decorrência da atuação parlamentar:

"Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo". 60

A interpretação da Carta Magna é função também exercida, e com especial legitimidade, pelo legislador.

Portanto, se no exercício de sua liberdade de conformação, o parlamento emanar lei que fixe um modo de compreender determinado dispositivo constitucional, este só deverá ser repellido em caso de inconstitucionalidade manifesta (princípio da deferência).

Ademais, verificamos que o Congresso Nacional, durante quase trinta anos de vigência da atual Constituição, sustou apenas um contrato público irregular e, ainda assim, levou mais de um ano para fazê-lo. Esse quadro comprova irrefutavelmente a absoluta incapacidade institucional do parlamento para o adequado exercício da importante prerrogativa cautelar de que trata o § 1., do art. 71, da CF/1988,



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

autorizando-nos a reiterar a nossa conclusão no sentido de que subtrair das Cortes de Contas a possibilidade de sustar os contratos públicos ilegais praticamente equivale à própria subtração de tal mecanismo da Constituição.

Nessa senda, além de invocarmos o específico princípio da correção funcional, alicerçamos o nosso entendimento no elemento teleológico que anima a norma inscrita no art. 71, § 2., da CF/1988 – que, para nós, antevendo as dificuldades estruturais para o satisfatório desempenho da competência atribuída ao parlamento pelo parágrafo anterior, prevê, como uma segunda rede de proteção, a possibilidade dos Tribunais de Contas exercerem-na subsidiariamente.

Embora acreditemos que a melhor solução teria sido inverter a ordem da sistemática constitucional – conferir a competência sustatória ab initio ao Tribunais de Contas e reservar ao parlamento a possibilidade de rever as decisões exaradas pelo órgão técnico –, entendemos que a negação da competência subsidiária confiada às Cortes de Contas não só produziria um resultado hermenêutico ilógico, como também surtiria efeitos deletérios na salvaguarda da economicidade, da legalidade e da eficiência das contratações públicas.

Em paralelo, explicitamos o nosso entendimento em relação à posição institucional dos Tribunais de Contas e quanto à natureza do ato sustatório examinado. As Cortes de Contas, a nosso ver, são órgãos constitucionalmente autônomos que não integram nem, muito menos, subordinam-se a nenhum outro Poder – embora exerçam, nos casos constitucionalmente discriminados, dadas funções de assessoramento técnico ao Legislativo.

Por seu turno, o ato de sustação – de contrato público ou ato administrativo – não consiste em ato político, livremente motivado e judicialmente insidicável. Trata-se, na verdade, de expediente de controle da juridicidade de determinados atos ou negócios jurídicos e, por essa razão, a sua aplicabilidade é objetivamente restrita, a sua



CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS

ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentação é vinculada e há franca possibilidade de sua revisão pela autoridade judicial competente.

Encaminhando-nos para o desfecho do trabalho, tratamos das demais providências cautelares semelhantes à sustação que frequentemente são aplicadas por Tribunais de Contas. Com base na Teoria dos Poderes Implícitos e em homenagem ao Princípio da Proporcionalidade (especialmente ao subprincípio da necessidade), manifestamo-nos pela validade dessas medidas cautelares que não gozam de expressa previsão constitucional, desde que elas sejam menos gravosas do que a sustação e sejam aplicadas após o interstício nonagesimal de que trata o art. 71, § 2., d." (2017 - 02 - 15, Revista dos Tribunais, 2017, RT VOL.975 (JANEIRO 2017) DOUTRINA DIREITO ADMINISTRATIVO Direito Administrativo 1. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos The Courts of Auditors' Subsidiary Competence to Suspend Illegal Public Contracts (Autor) JOÃO PEDRO ACCIOLY)

Portanto, de acordo com o embasamento jurídico acima transcrito podemos depreender que a sustação de ato normativo difere da sustação de contrato.

Ante o exposto, sob o aspecto focado, a proposta não se coaduna com a hipótese de sustação de ato normativo na forma apresentada, quanto ao mérito, manifestar-se-á o soberano Plenário.

É o parecer.

CMV, aos 08 de abril de 2020.


Aline Cristine Padilha

Procuradora OAB/SP nº 167.795