

Parecer nº 07/96 - Luís Roberto Barroso

Não é legítima a exigência de submissão ao Tribunal de Contas do Estado, de ofício, de editais de licitações a serem realizadas por órgãos e entidades estatais. A Resolução TCE 192, de 03.09.96, é ato viciado por inconstitucionalidades ostensivas e por desvio de finalidade.

1. Atendendo à solicitação de Vossa Excelência, passo a analisar, ainda uma vez, tema afeto à exata demarcação da competência do Tribunal de Contas do Estado. Cuida-se, especificamente, da questão relativa à obrigatoriedade ou não de remessa àquela Corte da totalidade dos editais de licitação elaborados pelos diferentes órgãos e entidades estaduais.

2. Parece bem assinalar, logo de plano, que a Constituição Federal não contém qualquer dispositivo impondo à Administração o dever de encaminhar ao Tribunal de Contas, nem a este o poder de exigir, editais de licitações a serem realizadas por órgãos ou entidades públicas. De fato, nem mesmo do longo elenco de competências atribuídas ao Tribunal de Contas no art. 79 da Constituição Federal consta qualquer previsão semelhante.

3. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92) cuida da matéria na alínea b do inciso I do art. 41, nos termos seguintes:

“Art. 41 - Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - **acompanhar**, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no regimento interno:

a)

b) os **editais de licitação**, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta lei”.

4. Como se vê, a lei federal refere-se ao **acompanhamento** dos editais de licitação, pela publicação no Diário Oficial da União. Nem uma palavra sobre remessa **ex officio** dos editais pelos órgãos e entidades da União.

5. Tenha-se; ademais, em linha de conta que o modelo constitucional federal delineado para o Tribunal de Contas da União aplica-se aos Tribunais de Contas dos Estados, por força do disposto no art. 75 da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 75 - As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios".

6. Posteriormente à promulgação da Constituição de 1988 e à vigência da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, foi editada, em substituição ao Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, a Lei nº 8.666, de 21.06.93, que instituiu normas para as licitações e contratos da Administração Pública. Este diploma, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade - e que é objeto de ação direta de inconstitucionalidade - previu, no § 2º de seu art. 113:

"Art. 113 -

§ 2º - Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas".

7. Diferentemente do texto constitucional, que era omissivo, e da Lei nº 8.443/92, que fez menção a **acompanhamento**, estatuiu o dispositivo supratranscrito a hipótese de a Corte de Contas **solicitar** cópia de edital já publicado. O verbo empregado é de acepção inequívoca: solicitar significa pedir, rogar, requerer.¹ Atente-se que o preceptivo legal não se refere sequer a **requisitar**, termo que expressa uma exigibilidade, um poder de exigir o atendimento. Mas, ainda quando se pretendesse fazer uma indevida interpretação neste sentido, o fato inafastável é que, em qualquer hipótese, caberia ao Tribunal tomar a iniciativa, e nunca ao órgão ou entidade encaminhar de ofício.

8. Mais recentemente, a Portaria nº 347, de 18.06.96, do Presidente do Tribunal de Contas da União, ao disciplinar, em caráter experimental, o controle concomitante das licitações e contratos administrativos, e mantendo a mesma linha de respeito à independência e harmonia entre os órgãos constitucionais, dispôs no inciso II do art. 6º:

"Art. 6º - À Divisão de Licitações, Contratos, Convênios e Meio Ambiente por meio do Serviço de Licitações, Contratos e Convênios, além de suas atribuições regulamentares, compete:

I -

II - solicitar, nos termos do § 2º do art. 113 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, quando necessário".

9. No modelo federal, portanto, de cogente aplicação aos Estados, a competência máxima do Tribunal cifra-se à solicitação, ao órgão ou entidade, de cópia de edital publicado. Por demasia, poder-se-ia especular sobre um poder de requisição. Mas, em qualquer hipótese, cabe ao Tribunal a iniciativa, e não à Administração. Atente-se bem: o que é facultado é o exame específico de situações objetivas, e não um controle prévio generalizado, que não tem lastro constitucional.

10. Refugindo deste padrão, a legislação do Estado do Rio de Janeiro trata a matéria de forma curiosamente idiossincrática e, **ipso facto**, inconstitucional. De fato, a Lei Complementar estadual nº 63, de 01.08.90, prevê na alínea e, do inciso II do art. 39, *in verbis*:

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

I -

II - receber uma via dos documentos a seguir enumerados:

a)

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

11. De fora parte a obscuridade semântica de dar a alguém **competência para receber** alguma coisa, e do acréscimo de encargos que não constavam do modelo federal, o dispositivo parece sugerir o dever de remessa ao Tribunal de cópia dos editais de licitação. Esta interpretação fica reforçada pela superveniência da Deliberação nº 191, de 11 de julho de 1995, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, na qual, a pretexto de aplicar a Lei Federal nº 8.666, de 21.06.93, lavrou-se:

"Art. 1º - Para os fins do disposto no art. 39, II, e e f da Lei Complementar nº 63/90 e no art. 113, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, os órgãos ou entidades da Administração Direta do Estado e dos Municípios, bem como os da Administra-

ção Indireta e Fundacional, de todos os Poderes, compreendendo autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado ou pelos Municípios, como também os fundos especiais, encaminharão, por cópia, ao Tribunal de Contas, na forma e nos prazos definidos nesta Deliberação:

I - atos unilaterais:

a) editais de licitação por concorrência pública”.

12. Vale dizer: insatisfeito com o modelo federal que lhe cabe cumprir, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, não sem certa originalidade, rebela-se contra princípios de alguma sedimentação histórica, como o da democracia representativa - que reserva aos órgãos eletivos as decisões político-administrativas - e o da legalidade - que reserva à lei a aptidão para inovar na ordem jurídica, criando, originariamente, novos deveres e obrigações - e cria uma legalidade própria, mediante Deliberação: passa a **exigir**, de forma generalizada e difusa, aquilo que lhe é deferido **solicitar**, de forma pontual e eventual.

13. Pouco à frente, desgarrando-se de todos os parâmetros institucionais, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em ato, **data venia**, retaliativo e impróprio, edita a insólita Resolução TCE nº 192, de 03.09.96, na qual, procurando subverter a hierarquia no âmbito do Poder Executivo e concitar à desordem, ameaça com multas os servidores que, cumprindo a lei (tal como interpretada pela Procuradoria Geral do Estado, órgão central do sistema jurídico estadual) e as determinações do Senhor Governador, deixarem de se curvar à exigência de submissão prévia dos editais. Confira-se, em sua literalidade, a íntegra do inusitado ato de desvio de finalidade praticado por um órgão constitucional, como publicado no Diário Oficial:

“Art. 1º - Os Editais de Concorrência que nos termos da Deliberação TCE nº 191 de 11.07.96 devam, obrigatoriamente, ser encaminhados para apreciação do Tribunal de Contas, e dos quais resultem em Licitação realizada sem que esta Corte tenha, em Decisão Plenária, decidido pelo seu conhecimento, ensejam as seguintes proposições por parte do Corpo Instrutivo ao Corpo Deliberativo.

§ 1º - Declaração de nulidade do Edital.

§ 2º - Multa por descumprimento de Determinação do Tribunal de Contas.

§ 3º - Assinatura de Prazo para que o Ordenador de Despesa, promova o ato de anulação do Edital, remetendo-o, no prazo de 5 (cinco) dias para ciência do Tribunal de Contas”.

14. O dispositivo transcrito não resiste a uma leitura serena, abrigando um alentado compêndio de inconstitucionalidades que envolvem invasão de competências do Poder Constituinte originário, do Congresso Nacional, do Poder Judiciário e do Chefe do Poder Executivo do Estado. Por brevidade, e porque desnecessário aos fins ora visados, deixo de desenvolver a exposição minuciosa de cada uma das invalidades.

15. Penso, todavia, que a bem do amadurecimento institucional de um país que viveu vicissitudes dramáticas em tempos ainda recentes, não devem os órgãos constitucionais se destrataram em discussões públicas. À obscuridade dos pequenos interesses políticos, era boa hora de sobrepor-se a luminosidade do interesse público. Com tal desiderato, procurando contornar o desgaste das polêmicas efêmeras e improdutivas, penso ser possível concluir, com objetividade e **cum grano salis**, que:

I - não tem o Tribunal de Contas do Estado o poder de exigir a remessa, de ofício, por parte de órgãos e entidades estaduais, dos editais de licitações a serem realizadas;

II - pode o Tribunal de Contas **solicitar**, casuisticamente, cópia de edital de licitação já publicado;

III - a Resolução TCE nº 192, de 03.09.96, contém invasão de competências tanto horizontais (separação de Poderes) como verticais (distribuição de poderes na Federação), violação do princípio da legalidade e, o que é gravíssimo para um órgão constitucional, incide em desvio de finalidade ao intimidar servidores com multas arbitrárias e pregar a quebra da hierarquia no Poder Público estadual.

É como me parece.

Luís Roberto Barroso
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 07/96-LRB, do ilustre Procurador Luís Roberto Barroso, que traz a lume novos e relevantes aspectos no tocante ao controle prévio que o Tribunal de Contas do Estado, abusivamente, teima em impor à Administração Estadual Direta e Indireta, com ofensa a princípios como o da democracia representativa e o da legalidade, além de procurar subverter a hierarquia no âmbito do Poder Executivo, com ameaça de multas a servidores que, no exercício de suas funções, cumprem ordens legais do Chefe do Poder Executivo, calcadas em manifestações da Procuradoria Geral do Estado, a

quem cabe exercer, privativamente, a consultoria jurídica do Estado, consoante mandamento constitucional (Constituição Federal, art. 132 e Constituição Estadual, art. 176).

Em seu límpido pronunciamento, demonstra o emérito constitucionalista que:

a) A Constituição Federal não contém qualquer dispositivo impondo à Administração o dever de encaminhar ao Tribunal de Contas, nem a este o poder de exigir, editais de licitações a serem realizadas por órgãos ou entidades públicas.

b) No modelo federal, de cogente aplicação aos Estados, a competência máxima do Tribunal cifra-se à solicitação, ao órgão ou entidade, de cópia de edital publicado. O que é facultado é o exame específico de situações objetivas, e não um controle prévio generalizado, que não tem lastro constitucional.

c) Insatisfeito com o modelo federal que lhe cabe cumprir, o Tribunal de Contas do Estado rebela-se contra princípios como o da democracia representativa e o da legalidade.

d) A Resolução TCE nº 192/96 "contém invasão de competências tanto horizontais (separação de Poderes) como verticais (distribuição de poderes na Federação), violação do princípio da legalidade e, o que é gravíssimo para um órgão constitucional, incide em desvio de finalidade ao intimidar servidores com multas arbitrárias e pregar a quebra de hierarquia no Poder Público estadual.

Diante dos entendimentos estabelecidos no sobredito Parecer nº 07/96-LRB, bem como nos Pareceres 02/96-LRB e 02/96-SBTP, aos quais Vossa Excelência conferiu caráter normativo, entendo que os titulares de órgãos e entidades da Administração Estadual direta ou indireta devem cumprir as seguintes recomendações:

I - Mediante solicitação específica, poderá ser remetida à Corte de Contas cópia de editais de licitação, em caráter meramente informativo.

II - É expressamente vedada a submissão da Administração Direta ou Indireta a qualquer controle prévio exercido pelo Tribunal de Contas do Estado que implique em:

a) sustação ou paralisação de processo de licitação, ou sua dispensa ou declaração de sua inexegibilidade;

b) alteração ou modificação de atos ou contratos.

III - Os pareceres normativos são vinculantes para a Administração Estadual Direta e Indireta, nos termos do art. 6º, inciso XXV, da Lei Complementar nº 15, de 15.11.1980, sendo, portanto, de acatamento obrigatório.

IV - Se ocorrer dúvida de natureza jurídica no tocante ao cumprimento dos referidos pareceres da Procuradoria Geral do Estado ou destas recomendações, o assunto deverá ser imediatamente submetido à apreciação do respectivo órgão jurídico, para exame e pronunciamento. Caso se entenda aconselhável a audiência da Procuradoria Geral do Estado, cabe ao órgão local ou setorial do Sistema Jurídico manifestar o seu entendimento e explicitar a dúvida a ser dirimida, devendo o respectivo processo ser encaminhado ao Órgão Central do Sistema Jurídico através da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico (PG-15).

V - Mediante manifestação de vontade do interessado e por solicitação do titular de órgão ou entidade da Administração Estadual Direta ou Indireta, o Procurador-Geral do Estado poderá designar Procurador do Estado ou advogado de sociedade de economia ou empresa pública, a seu critério, para promover, nos termos do Decreto nº 22.638, de 08.11.1996, a defesa do agente que, no exercício de sua função, praticar ato administrativo no estrito cumprimento do dever legal, ou em decorrência de ordem legal de autoridade superior.

VI - É aconselhável a imediata intensificação de providências no sentido do aperfeiçoamento dos trabalhos atinentes aos Controles Internos do Poder Executivo, inclusive para a prática de uma advocacia preventiva, ágil e eficiente, com atuação conjunta de órgãos como a Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, os órgãos locais e setoriais do Sistema Jurídico, Auditoria Geral do Estado, Contadoria Geral do Estado e Superintendência de Suprimentos da Secretaria de Administração.

Por derradeiro, sugiro a Vossa Excelência que seja atribuído caráter normativo ao Parecer nº 07/96-LRB, do Ilustre Procurador Luís Roberto Barroso.

Rio de Janeiro 12 de dezembro de 1996

Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Aprovo o Parecer nº 07/96-LRB, do ilustre Procurador Luís Roberto Barroso e o **Visto** do Senhor Procurador-Geral do Estado, conferindo-lhes caráter normativo, nos termos do art. 6º, inciso XXV, da Lei Complementar nº 15, de 15 de novembro de 1980 (fls. 4-8).

Determino ao Senhor Procurador-Geral do Estado que, no prazo de 60 (sessenta) dias, apresente estudos tendentes ao aprimoramento dos Controles Internos do Poder Executivo, mantendo os contatos que considerar necessários à execução da missão que ora lhe confio.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1996

Marcello Alencar*
Governador do Estado

Proc. nº E-14/35.960/96

(*) Republicado por ter saído com incorreções no original publicado no DO de 19.12.96