

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 680/91

(ÓRGÃO ESPECIAL)

Impetrantes: Auto Viação 1001 S.A. e outras

Impetrado: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves

Mandado de Segurança contra decisão do Tribunal de Contas em controle prévio de ato executivo. Preliminar de perdimento do objeto afastada. Serviço de transporte coletivo de passageiros no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e sua disciplinação normativa. Atribuições do Tribunal de Contas na definição constitucional. Ato nulo se lhe falta respaldo constitucional.

A ação fiscalizadora do Tribunal de Contas está definida na Carta Federal (arts. 70/74), extensível às Cortes de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 75), no concernente ao sistema de controle da gestão orçamentária, financeira e patrimonial ou dos recursos públicos carreados às entidades privadas, bem como às operações diversificadas de créditos, direitos e haveres públicos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de direito público, exercendo atribuições definidas de fiscalização externa como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Essa atuação se perfaz *a posteriori*, porque se *a priori*, importaria em ingerência na liberdade de ação da administração, afetando a independência que a Constituição assegura a cada um dos Poderes (cf. HELY LOPES MEIRELLES, "Dir. Adm. Bras.", p. 602, 14ª edição).

O constituinte federal foi preciso e exaustivo no definir a atuação do Tribunal de Contas, nada deixando à incursão infraconstitucional. Ilegal qualquer ampliação que importe em ingerência nos atos executivos da Administração Pública de quaisquer dos poderes.

Segurança concedida.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 680/91, da Capital, em que são Impetrantes AUTO VIAÇÃO 1001 S.A. e OUTROS e Impetrado o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

ACORDAM os Desembargadores que compõem o Eg. ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de prejudicialidade do writ, suscitada pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 108), e conceder a ordem de segurança para o fim postulado (item "b", fls. 11), também por maioria.

Com o relatório de fls. 120-122, assim decidem pelas seguintes razões:

A preliminar de prejudicialidade da segurança, suscitada pela douta Procuradoria Geral do Estado (fls. 108), não procede.

O respeitável Tribunal de Contas do Estado se houve, em apreciação prévia de atos da Administração Executiva, no setor de transportes coletivos de passageiros no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, por declarar nulos editais de licitações, em processo de concorrência em curso.

Contra este ato específico, as Empresas-impetrantes, porque vencedoras no processo licitatório, pediram a nulidade do referido ato, vez que o mesmo extrapola as atribuições da Corte de Contas.

Pendente o julgamento da legalidade deste ato, apressou-se a autoridade administrativa - DETRO/RJ -, em baixar portaria revogando os aludidos procedimentos licitatórios, ultimando em seus atos preliminares, mas fê-lo em razão daquela decisão sob controle jurisdicional, fazendo alusão, também, a uma investigação, mas esta redundou em sumário arquivamento (fls. 109 e 122/129).

Ora, *sub judice* um ato, não pode a autoridade administrativa subtrair-lo à ação do Judiciário.

Admiti-lo importaria em burla ao princípio constitucional da não exclusão à apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, qualquer que seja (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal).

Daí a impertinência, data vênua, da preliminar, que então se rejeita.

PASSA-SE AO MÉRITO:

Para plena compreensão da matéria versada nesta impetração, impõe-se uma retrospectiva em torno do serviço de transporte coletivo de passageiros, eis que constitui a substância desta controvérsia.

Com a fusão dos Estados RJ-GB, o Decreto Estadual nº 12, de 15.03.1975 fixou a Secretaria de Transportes como órgão coordenador do sistema de transportes do Estado, adequando-o à infra-estrutura viária, racionalmente operada, de modo a permitir ao usuário meio de locomoção prestante e econômico, disciplinando-o em suas múltiplas facetas, e a ela vinculando autarquias e fundações da administração indireta, sendo conferido ao então Departamento Geral de Transportes Concedidos (D.T.C.) atribuições específicas com vista ao planejamento, supervisão e o controle técnico-econômico dos serviços de interesse público de transportes, em veículos coletivos, sob jurisdição do Estado (linhas intermunicipais).

A Lei Estadual nº 1.221, de 6.11.87, todavia, se houve por criar o Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro - DETRO/RJ, como autarquia, e ao mesmo transferiu o controle dos transportes coletivos.

Todavia, esse serviço permaneceu, como ainda permanece, sob a disciplina do *regulamento* aprovado pelo Decreto Estadual nº 3.893, de 22.1.81, nele se definindo que "o transporte de passageiros de ônibus é considerado serviço público complementar e alimentador das demais modalidades de transporte de passageiros" (art. 7º), estabelecendo que, "comprovada a carência de transporte", o Departamento de Transporte, hoje DETRO/RJ, determinará aumento de frequência, na proporção necessária, às empresas transportadoras operantes na respectiva região, marcando-lhes prazo para adoção da medida (§ 2º, do art. 8º).

Conceituou, outrossim, dentre outras modalidades de serviços, o que se denomina por "linha experimental" ou seja, aquela estabelecida em virtude de cassação ou por requisição do respectivo Órgão à transportadora, por sua livre escolha, até ultimação da licitação (art. 12, nº 13), procedimento adotado como norma pelo Regulamento para concessão de novas linhas, nisso visando atendimento de mercados (§ 2º, do art. 8º).

Finalmente, o art. 18 dispõe que "a exploração far-se-á por concessão, permissão, licença ou autorização, sendo que a adjudicação de tais linhas precederá de licitação entre empresas interessadas (art. 20), e do *edital de concorrência* constará um série de requisitos que os interessados se submetem.

Calculado nessa normatização, o DETRO/RJ, baixou "portarias", divulgadas no "D.O. de 11.6.1990", com o objetivo de atender o grande fluxo de usuários de diversos bairros que se localizam nos Municípios de São Gonçalo e Niterói, instituindo em caráter experimental linhas de transporte em número de oito.

Cuidando-se de linhas experimentais, baseadas em estatísticas do trânsito, o referido Órgão de Transportes requisitou as empresas intermunicipais, para operarem com suas frotas pelo prazo de 120 dias (fls. 54-55), baixando os *editais de concorrência*, neles disciplinando os requisitos apontados, para a exploração das referidas linhas sob regime de permissão (fls. 56-60).

Dessa fase licitatória sagraram-se vencedoras as Impetrantes, mas a Corte de Contas, apreciando os respectivos processos administrativos, estribada na sua Deliberação Interna nº 107/87, que determina lhe sejam previamente submetidos os editais de concorrência, nulificou-os (fls. 61-65) obstando o seguimento do procedimento licitatório que culminaria com as adjudicações a cargo do DETRO/RJ.

Inafastável é o aspecto constitucional do problema posto em análise.

Escreveu LÚCIO BITTENCOURT no seu *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª edição, p. 63-64: "na ordem jurídica interna a Constituição é a lei suprema, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado", de modo - aborda - que as demais leis infraconstitucionais, em seus conteúdos e efeitos, são determinadas pelos princípios ditados pela norma constitucional de que derivam, representando, em última análise, mera aplicação dos preceitos constitucionais, para concluir com a frase lapidar de EISENMANN: "a Constituição é a medida suprema da regularidade jurídica".

E, após discorrer em torno do confronto do fato concreto à lei, convocado o Judiciário a dizer da sanidade da norma infraconstitucional em face da Carta Fundamental, pontifica não ser possível, nem o legislador ordinário, e nem o executor da norma, em passos acertados, "praticar atos em contradição com os dispositivos constitucionais, porque, assim agindo, estaria excedendo os limites de sua competência". Afinal, concluindo o raciocínio nesse contexto expositivo: "a Constituição não criou os poderes para ser violada por eles - *ne les a pas crées pour être violée par eux* (apoiando-se em BARTHELEMY e DUEZ) e todo o ato que lhe for contrário é destituído de valor jurídico".

Ampara-se o Eminentíssimo Presidente da Corte de Contas, no contexto de suas informações, em disposições da Lei Complementar Estadual nº 63, de 1990, a qual em diversos preceitos, todos transcritos, dimensionam o desempenho do ilustrado Órgão Coletivo que preside, precisamente, o controle prévio (fls. 97-101), inclusive no concernente aos *editais de licitação*, da ação administrativa do Poder Executivo.

Na análise do problema da inconstitucionalidade, vem a talhe a preleção de ALFREDO BUZAID (*Da Ação Direta de Inconstitucionalidade do Direito Brasileiro*, ed. de 1958, p. 43-45): "uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição. Este amplo conceito de *inconstitucionalidade* tem a virtude de abranger o de ilegalidade, que surge quando uma lei contraria outra, a que no sistema do direito público está subposta"; ou, ainda, tomando de empréstimo o saber de VICENTE RAO: "o princípio da constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições substanciais ou formais da Constituição; o princípio da legalidade reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis, e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das

leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras. Esta doutrina se funda no princípio de que, nos países de sistema federativo e constituição escrita, há quatro graus na ordem da legislação: a Constituição Federal, as leis federais, a Constituição Estadual e as leis estaduais. Se o conflito é entre a lei e a Constituição, diz-se que aquela é inconstitucional; se entre duas leis, uma hierarquicamente superior à outra, a mais fraca cede à mais forte; diz-se, então, que há ilegalidade".

Nessa ordem de idéias, se o legislador ordinário viola, afronta ou se contrapõe ao sistema jurídico estabelecido pela Constituição, veiculando matéria de competência e atribuições tratada no texto maior, de modo exaustivo, haverá invasão anômala, operando-se uma normatividade decomposta de eficácia, vez que, na exata colocação do Prof. MARCELO NEVES, mestre emérito da Faculdade de Direito do Recife, na sua *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, ed. de 1988, p. 73-74: "a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, conduz ao problema da lei inconstitucional. Define-se inconstitucional uma lei cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição. E, no sentido rigoroso aqui considerado, é a lei (em sentido formal ou material), em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais".

Nasce, então, o controle jurisdicional, quer por via concentrada, quer pelo meio incidental ou difuso, para se restabelecer a supremacia do comando constitucional (RTJ 114/237 e 131/1.001).

É da Excelsa Corte, na colocação do Ministro DJACI FALCÃO, o entendimento seguinte:

"A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual é possível por via incidental ou mediante ação direta. No primeiro caso, a inconstitucionalidade deve ser proclamada sempre que indispensável ao julgamento da causa, como uma decorrência lógica e necessária da aplicação do direito ao caso concreto e em razão do princípio inscrito no art. 153, § 4º, da Constituição Federal. O controle judicial da constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual, no sistema constitucional brasileiro, obedece tanto o método concentrado, através de ação direta..., como também o método difuso, segundo o qual a inconstitucionalidade pode ser declarada por qualquer órgão julgante, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo." (RTJ 113/290)

Tudo o que se enfeixa na estrutura, competência e atribuições conferidas ao Tribunal de Contas, acha-se estatuído na Carta Federal (arts. 71-74), normas por igual impostas às Cortes dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 75), de modo esgotante.

A Constituição do Estado, literalmente, pelo óbvio, reproduziu às inteiras o texto federal (art. 123), inclusive na hipótese de contrato impugnado, cujo "ato de sustação será adotado diretamente pela Assembléia Legislativa, que solicitará, de imediato, do Poder Executivo as medidas cabíveis (§ 1º).

Ao dispor a Constituição Federal, no seu artigo 131, que "lei disporá sobre a organização e funcionamento do Tribunal de Contas", não importou isso em ampliar sua competência, senão seu poder regulamentar interno, "tal qual o fez a qualquer tribunal do Judiciário, limitado a dispor sobre seu regimento interno e sobre a competência e funcionamento de seus órgãos, inclusive secretaria (art. 73, caput combinado com o art. 96,

I, a e b)", como assinalado por DIOGO DE FIGUEIREDO, no parecer erudito que se encontra nos autos (fls. 71).

Ora, se a Constituição exauriu as atribuições e competência do Tribunal de Contas, não há espaço para incursão maior pelo legislador ordinário, mormente em matéria de tratamento federal, tanto mais ampliativamente, prévia e subjetivamente, não lhe sendo dado decretar nulidade, sustar licitações ou prosseguimento do respectivo processamento em seus termos finais.

Cingindo-se a ação do Tribunal de Contas - é ainda DIOGO DE FIGUEIREDO quem observa - ao exame de legalidade cometido ao mesmo é este *meramente formal, um controle de legalidade objetiva, em nada prejudicando o controle de legalidade subjetiva do próprio Poder Judiciário*", (fls. 75).

E, ainda, discorrendo sobre o assunto, em parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado, constante dos autos, destaca o consagrado administrativista alguns tópicos que estão a merecer transcrição:

"Por tradição constitucional universalmente consagrada, os Tribunais de Contas, ou órgãos similares que têm no modelo originário belga a sua raiz, exercem controle *a posteriori* da gestão financeiro-orçamentária. Atuam, postanto, *ex post facto*, precisamente porque a finalidade desses órgãos é aprimorar o controle da legalidade formal específica do manejo dos recursos públicos e não entravar a Administração Pública que, como também é ressabido, deve prover o mais pronta e cabalmente possível os interesses públicos cujo atendimento se lhe foi cometido.

A Constituição de 1988 não discrepa dessa doutrina e, com precisão, delimita essa modalidade de atuação *a posteriori* da gestão financeiro-orçamentária nos incisos do art. 71, que tratam exaustivamente da competência do Tribunal de Contas da União, paradigma obrigatório dos similares dos Estados (art. 75).

Com efeito, é suficiente apreciar o conteúdo dos verbos utilizados nesses incisos para concluir que a regra do controle *a posteriori* dos atos (no sentido amplo) que impliquem em despesa (ou renúncia de receitas, art. 70) não tem exceções, respeitando-se, portanto, o princípio da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos do Poder Público.

Em nenhum deles se sujeita a *celebração* de contratos a prévio exame de sua legalidade pelo Tribunal de Contas. Aliás, no que respeita aos contratos, esse órgão não tem sequer poderes para *sustá-los*, ainda que os considere ilegais, pois tal competência está expressamente reservada ao Poder Legislativo (art. 71, § 2º). Ora, se o Tribunal de Contas não pode sustar a sua *execução*, muito menos a sua *celebração*.

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

A arrogação de uma competência de *controle prévio*, condicionando a lavratura de contratos a essa modalidade atípica de co-gestão do Tribunal de Contas na apreciação das *condições jurídicas* antes de celebrados, é inconstitucional, pois não encontra qualquer amparo explícito ou mesmo implícito na Carta de 1988."

O controle de um órgão administrativo sobre outro há de ser exercido dentro das atribuições específicas que lhe são próprias, sem invadir competência privativa que se situa nas atividades multifárias de qualquer poder.

A lição de SEABRA FAGUNDES, mais uma vez, vem a propósito: "o procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta como fonte primária o texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a Lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites por ela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo". (*O Controle...* p. 1.115, ed. 1950).

E já se disse que toda competência tem por fonte primária, em primeiro lugar, a Constituição, à qual se vinculam as demais normas infraconstitucionais.

Competência é tema de direito estrito, não se conduzindo com pertinência a invocação do Órgão-impetrado de que tem atribuições ampliadas em seu regimento interno sobre os atos que precedem as licitações.

É um raio de ação que se choca com as atribuições que lhe foram definidas pelo constituinte primário, não podendo ser dilargado pelo legislador derivado.

Aliás, nesse particular, bem recente o Excelso Pretório proclamou inconstitucional norma regimental de Tribunal que subtrai atividade específica do Poder Executivo, tal por interferir no princípio da sua independência e autodeterminação executiva (RTJ 122/1.078).

HELLY LOPES MEIRELLES, com sua reconhecida autoridade, assevera que as atribuições dos Tribunais de Contas se confinam no "controle externo da administração financeira e orçamentária", tal como órgãos independentes, mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos". E, adianta: "toda atuação dos Tribunais de Contas deve ser *a posteriori*, não tendo apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos, salvo as inspeções e auditoriais, *in loco*, que podem ser realizadas a qualquer tempo". (*Dir. Administrativo Brasileiro*, ed. 15ª, p. 599).

Essa inteligência se deflui da exegese do artigo 70, da Constituição Federal de 1988, consubstanciado em três níveis: *o do controle de validade formal*, perquirindo-se sobre a legalidade dos atos e operações atinentes à execução do orçamento; *o controle da economicidade*, que se projeta na eficiência da gestão financeira e execução orçamentária; e, finalmente, *no controle da legitimidade sobre a legalidade e a economicidade* da mesma execução financeira e orçamentária.

Assim vista e analisada a hipótese objeto desta ordem de segurança, conclui-se que o ato cassatório do Egrégio Tribunal de Contas do Estado se posiciona insustentável.

Concede-se a segurança para que o procedimento licitatório, então seccionado, tenha regular seguimento.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 1992

DESEMBARGADOR JORGE FERNANDO LORETTI
Presidente

DESEMBARGADOR PEDRO AMÉRICO RIOS GONÇALVES
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Frederico Guilherme I da Prússia mandou instalar uma Câmara Geral de Contas, cuja função constituía em "com fidelidade e acuidade tratar de que tudo se processe a

contento, que todas inexatidões, imprecisões e confusões sejam evitadas e controladas, garantindo a inexistência de despesas inúteis bem como a administração geral das coisas".

Foi ela, ao que parece, a precursora dos modernos Tribunais de Contas, estimulados pela experiência francesa, da "Cour des Comptes", tendo "uma estrutura similar, de certo modo, ao Conselho de Estado" (J. BATISTA RAMOS - *Tribunal de Contas*, p. 194, Forense, 1980), instituída em 1807, (os órgãos correspondentes da Itália e da Bélgica datam, respectivamente, de 1831 e 1863) que unificou um segmento da ação estatal, não seguindo o exemplo do Antigo Regime, que possuía treze distintos tribunais equivalentes (em 1785, a Inglaterra instituiu o Audit Office). No Brasil, foi Rui Barbosa quem os introduziu (Tribunal do Tesouro Nacional), após a queda do Império (apesar de prevê-los a Constituição de Pouso Alegre, arts. 161-162), onde fora projetado por Alves Branco, sendo o nosso modelo eclético, em face dos três sistemas conhecidos: o francês (de controle posterior, o que não impede ilegalidades), o italiano (de controle *a priori*, da despesa, com veto absoluto), usado na Constituição de 1934, e o belga (idêntico ao anterior, mas com veto relativo, com registro sob protesto) adotado pelo Decreto nº 966-A/1890. Os regimes de controle orçamentário são: o legislativo (ou inglês), o jurisdicional (ou francês) e o político-partidário (ou soviético).

Os Tribunais de Contas têm, certamente, algum poder fiscalizatório antecipado (art. 74, parágrafos 1º e 2º da C.F.), podendo, inclusive, examinar editais de licitação.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1992

DESEMBARGADOR FERNANDO WHITAKER
Terceiro Vice-Presidente

VOTO VENCIDO

Data venia da douta maioria, preliminarmente, havia como prejudicado o mandado de segurança, e, no mérito o concedia apenas em parte, tão somente para anular o ato do Tribunal de Contas.

Inicialmente, extinguiu o processo, sem o exame do mérito, por ter reconhecido que o objeto do pedido teria desaparecido.

Com efeito, como se vê do processo, o presente mandado de segurança foi impetrado, contra ato do Tribunal de Contas do Estado, que declarou nulos editais de concorrência pública, nas quais as impetrantes haviam sido consideradas vencedoras, lendo-se, dos claros termos da inicial, que o pedido de segurança visa, com a cassação do ato alvejado pelo *writ*, a que se prossiga com o ato licitatório.

Todavia, nas informações que prestou, a autoridade impetrada esclareceu que, a autoridade administrativa competente, por ato seu, revogou os procedimentos licitatórios.

Em face do exposto, parece claro, com revogação das próprias licitações, o pedido de proteção mandamental se esvaziou, pela superveniente perda de seu objeto.

No mérito, se já não existem mais os procedimentos licitatórios, em decorrência da revogação do próprio ato administrativo que ordenou sua realização, *concessa venia*, impossível é ordenar-se que se prossiga com procedimentos, que, na realidade, já não existem ou que se refaçam estes, até porque a realização de novas licitações, constituem providências que se encontram subsumidas aos critérios da conveniência e oportunidade da administração, cuja apreciação refoge à competência do Poder Judiciário.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 1992

DESEMBARGADORA ÁUREA PIMENTEL PEREIRA