

O TRIBUNAL DE CONTAS E A AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA DETERMINAR RETENÇÃO DE PAGAMENTOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS AND HIS NON-COMPETENCE TO
DETERMINE RETENTION OF PAYMENTS IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS*

GIUSEPPE GIAMUNDO NETO

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado em São Paulo.
giuseppe@giamundoneto.com.br

Recebido em: 06.12.2018
Aprovado em: 27.03.2019

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

RESUMO: A adoção, pelo Tribunal de Contas da União, de medida cautelar de retenção de pagamentos em contratos administrativos não encontra guarida na ordem constitucional. Reter pagamentos, ainda que parcialmente, nada mais é do que sustar a execução financeira do contrato. É a competência originária para sustar contrato administrativo é do Congresso Nacional (CF, art. 71, § 1º). Compelir o particular contratado a executar o mesmo escopo físico por uma contraprestação financeira inferior à que se obrigou ao apresentar sua proposta e se sagrar vencedor do certame licitatório fere, ainda, o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que assegura a *manutenção das condições efetivas da proposta* apresentada. Por este fundamento, aliás, sequer o Congresso Nacional teria competência para sustar *parcialmente* a execução financeira do contrato (como é o caso das retenções). A ele somente cabe sustar o contrato em sua integralidade, nas dimensões física e financeira conjuntamente.

ABSTRACT: The adoption, by Federal Court of Accounts (TCU – Brazil), of a provisional measure of retention payments due to contracted in administrative contracts is not covered by the Brazilian constitutional order. Retaining payments, even if partially, is nothing more than to halt the financial execution of the contract. And the original competence to suspend administrative contracts is the Brazilian National Congress (FC, art. 71, § 1º). Obliging the contracted party to perform the same physical object for a pecuniary compensation inferior to the one proposed in the bidding process disrespects still the art. 37, XXI, of the Federal Constitution), which ensures the maintenance of the effective conditions of the proposal presented. Moreover, even the Brazilian National Congress would not have the constitutional power to partially suspend the financial execution of the administrative contract (as in the case of retentions). It is only up to him to stop the administrative contract in its entirety, in the physical and financial dimensions together.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas da União – Competências Constitucionais – Medida Cautelar – Contrato Administrativo – Retenção de Pagamentos.

KEYWORDS: Federal Court of Accounts – Constitutional Competencies – Provisional Measure – Administrative Contract – Retaining of Payments.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o objeto deste trabalho. 2. Competências fiscalizatórias do Tribunal de Contas. 2.1. O regime jurídico-constitucional. 2.2. A sustação de ato administrativo pelo Tribunal de Contas. 2.3. A sustação de contrato administrativo prevista na CF/88. 3. A adoção de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas. 4. A inviabilidade de determinação cautelar de retenção de pagamentos em contratos administrativos. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: O OBJETO DESTA TRABALHO

O presente estudo tem por objetivo examinar a possibilidade de o Tribunal de Contas determinar cautelarmente a retenção de pagamentos em contratos administrativos. O tema ganhou relevo nos últimos anos em função da recorrência de decisões adotadas pelo Tribunal de Contas da União nesse sentido. Tem sido frequente, no curso de processos de fiscalização em que se examina a economicidade de contratos administrativos, a adoção de medida cautelar em que a Corte de Contas determina ao contratante a retenção de parcela das faturas devidas ao particular contratado¹. A retenção invariavelmente se dá com base no percentual de suposto sobrepreço contratual identificado na fiscalização, e tem por justificativa evitar danos ao erário na hipótese de o julgamento de mérito do processo confirmar a irregularidade.

De pronto, surge a seguinte indagação: poderia o Tribunal de Contas obrigar o particular a executar uma obra ou um serviço por preço abaixo do que se propôs após regular procedimento licitatório do qual se sagrou vencedor ao apresentar a melhor proposta à Administração? Em outras palavras, poderia o Tribunal de Contas determinar cautelarmente a suspensão da execução financeira de um contrato administrativo?

-
1. O Tribunal de Contas assim explica o procedimento: “Esta Corte de Contas tem adotado, quando cabível, a retenção cautelar em situações em que seria recomendável a paralisação do empreendimento, para evitar que a interrupção atrase o ritmo de obras importantes. Nesses casos, o prosseguimento da obra vem sendo autorizado desde que haja retenção de valores suficientes para compensar o possível dano ao erário” (Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.140/2008 – Plenário, item 24.2, Relator Ministro Aroldo Cedraz. Processo TC 001.060/2008-9. Sessão de 30.09.2008).