

PROCURADORIA DE PESSOAL

Parecer nº 01/2011 – ARC – André Rodrigues Cyrino

Processo Administrativo nº E-14/30535/1996

Controle de constitucionalidade. Descumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Atribuição do Governador do Estado. Enunciado nº 3-PGE. Revisão.

I – A HIPÓTESE DO PARECER

A Exma. Procuradora-Geral do Estado honra-me com pedido de parecer sobre aspectos relacionados à possibilidade de o Poder Executivo estadual deixar de aplicar norma que entender inconstitucional. Especificamente, questiona sobre uma possível revisão do Enunciado nº 03 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE), cuja dicção determina um abrangente descumprimento de lei reputada inconstitucional pela PGE. Eis a literalidade do referido enunciado:

“A lei após ser reputada inconstitucional pela Procuradoria Geral do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista (ref. Pareceres nºs 1/94 – RFSOS, da Procuradora Rosa Filomena Schitt de Oliveira e Silva, 12/95 – RB, do Procurador Roberto Benjô e Ofício nº 47/96 – CGSJ (ASA) do Procurador Alexandre Santos de Aragão).”

O problema, de alta indagação, possui evidentes impactos na Administração Pública estadual e merece análise que, sem abandonar as razões que justificaram a elaboração do Enunciado PGE nº 3, considere outros aspectos importantes. Com efeito, além das justificativas pautadas na supremacia da Constituição e na nulidade da lei com ela incompatível, é necessário um exame sobre o papel institucional da Procuradoria-Geral do Estado e a sua relação com a Chefia do Poder Executivo. Tudo isso à luz da Constituição Federal e da Carta Estadual, além daquilo que se fixou na Lei Complementar nº 15/1980¹, em sua redação atual.

Conforme será demonstrado, o Enunciado nº 3 da PGE deve ser revisto. A não aplicação, no âmbito de toda a Administração Pública estadual, de lei reputada inconstitucional pela PGE, deve depender da chancela da Chefia do Poder Executivo. Com efeito, se, de um lado, o princípio da supremacia da Constituição deve permanecer reverenciado, de outro lado, deve-se reconhecer que a advocacia pública estadual não é Poder de Estado, estando, antes, diretamente vinculada à Chefia do Executivo, a quem cabe atribuir abrangência normativa abstrata a toda Administração Pública estadual.

¹ Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Vale dizer: as funções institucionais da PGE não podem superar o fato de a mesma estar vinculada ao Governador do Estado, a quem cabe, em última instância, tomar decisões tão graves quanto a generalizada não aplicação de lei aprovada pelos representantes eleitos do povo.

II – O PARECER

II.1 – O Poder Executivo e a inconstitucionalidade das leis.

Há muito tempo debate-se sobre a possibilidade de o Poder Executivo desobedecer a leis inconstitucionais. A relação entre a presunção de constitucionalidade das leis e o princípio da legalidade, quando confrontados com a ideia de supremacia constitucional, gerou questionamentos e controvérsias muito antes da promulgação da Carta de 1988².

No regime jurídico anterior à Carta vigente, contudo, prevaleceu o entendimento segundo o qual seria legítimo, ao Chefe do Poder Executivo, deixar de aplicar lei que entendesse contrária à Lei Maior³. Tal era decorrência do princípio da supremacia da Constituição e da consequente nulidade dos atos que lhe são contrários. Se uma norma é incompatível com a Constituição, a mesma é nula, devendo deixar de ser aplicada pelo Poder Executivo, que deve obediência a todas as leis, do que não se exclui a Maior delas. Em verdade, embora caiba ao Poder Judiciário a palavra final, nenhum Poder de Estado esquiva-se da incidência da Constituição, cuja supremacia é uma conquista a ser preservada.

Assim, num raciocínio direto, se, no âmbito do Poder Executivo, concluir-se que uma lei é inconstitucional, a mesma não poderá mais ser aplicada. Deverá buscar guarida perante o Poder Judiciário aquele que se sentir prejudicado pelo não cumprimento da lei. Esse entendimento é ilustrado nas palavras do Min. Moreira Alves em julgamento sobre a validade de Decreto do Governador do Estado de São Paulo que determinava a não execução de normas legais reputadas inconstitucionais. *In verbis*:

“pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigura inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado.”⁴

² MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. “O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo”, in *Revista Forense* v. 79, n. 284, 1983.

³ Ver, a propósito, parecer de Luís Roberto Barroso, que faz amplo inventário da jurisprudência e da doutrina pretéritas a 1988 (“Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento”, in *RDA* n° 181/182, 1990, pp. 387-414).

⁴ STF, Representação de Inconstitucionalidade n° 980/SP, j. 21.11.1979, DJ 19.09.1980, rel. Min. Moreira Alves.

A promulgação da Constituição de 1988, porém, fez com que, novamente, se questionasse a possibilidade de descumprimento da lei inconstitucional pelo Poder Executivo⁵. É que, diferentemente do que ocorria no regime anterior, a Chefia do Poder Executivo passou a gozar de legitimidade para propor ações de controle abstrato de inconstitucionalidade, podendo judicializar a questão e permitir que se resolva definitivamente a contenda (art. 103, I e V, CF). Ora, como o Presidente da República e o Governador do Estado tornaram-se partes legítimas para, sem maiores dificuldades, levarem o problema ao Supremo Tribunal Federal – detentor da última palavra sobre a validade de leis –, perderia sentido que se lhes permitisse a não aplicação de norma reputada inconstitucional na Administração. A ponderação, embora não conclusiva, é feita por Gilmar Ferreira Mendes para quem:

“É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou de quase desforço perdeu razão de ser na maioria dos casos”⁶.

A proposta de mudança de entendimento, no entanto, não prevaleceu. As justificativas favoráveis à tese do descumprimento de lei reputada inconstitucional não se baseavam na ilegitimidade da Chefia do Executivo para a deflagração de controle concentrado. A lei inconstitucional não deveria ser aplicada em decorrência do princípio da supremacia da Constituição⁷, e não pela dificuldade de judicialização do problema. Aplicar lei inconstitucional é violar a Lei Fundamental, o que não pode ser tolerado. Como até mesmo o particular pode, em certos casos, recusar-se a aplicar lei contrária à Constituição⁸, por maioria de razão, a Chefia de um Poder de Estado pode e deve fazê-lo, sujeitando-se, é claro, às consequências do seu ato⁹. Todos os

⁵ Nesse sentido, v.: VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 323; SOARES, Humberto Ribeiro. “Pode o Executivo deixar de cumprir uma lei que ele próprio considere inconstitucional?”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, vol 50, p. 519; ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de Lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob alegação de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, n° 91, 1989.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”. *COAD, Seleções Jurídicas*, 1997, p. 22.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 237.

⁸ Pense-se, por exemplo, na negativa de um contribuinte no recolhimento de tributo criado por lei que o mesmo considere inconstitucional. O particular pode negar-se a cumprir a lei e arcar com as consequências, podendo, ao final, receber a eventual guarida do Poder Judiciário.

⁹ O Min. Moreira Alves consignou tal entendimento no julgamento da já citada RI n° 980, *verbis*: “A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?”. Na doutrina, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

Poderes da República estão vinculados à Constituição (art. 23, I, CF). A circunstância de ser o Poder Judiciário o responsável pela derradeira interpretação sobre a validade das leis não afasta a responsabilidade do Poder Executivo de igualmente protegê-la.

De fato, no sistema constitucional brasileiro, é o Poder Judiciário o grande responsável pela guarda e defesa da Constituição, cabendo a ele, por meio do seu órgão de cúpula, a palavra final, como decorre do art. 102, CF. Essa posição crucial combinada com o processo de judicialização da política, faz com que se refira de forma cada vez mais recorrente à existência de real supremacia judicial nas relações estatais¹⁰. A posição privilegiada do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não esvazia a circunstância de que os demais Poderes são igualmente intérpretes da Constituição, devendo nela vislumbrarem o seu norte. Aliás, voltando-se os olhos para o Poder Executivo, é superada a ideia de que o Administrador Público dependa da intermediação da lei para aplicar a Constituição¹¹. Ele a aplica diretamente, o que pode implicar o descumprimento de outras normas com ela incompatíveis.

O Supremo Tribunal Federal ainda não teve a oportunidade de decidir definitivamente sobre essa questão após a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, em *obiter dictum* na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221, o Min. Moreira Alves registrou que:

“Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”¹².

O STJ, por seu turno, já enfrentou a questão e decidiu que “[O] Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”¹³. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro compartilha o mesmo entendimento, e já teve a oportunidade de afirmar que admite: “a possibilidade de a Administração Pública rever os próprios atos (Sumula 473 do STF) e até deixar de cumprir lei que se lhe pareça inconstitucional (controle difuso), assumindo os riscos correspectivos”¹⁴.

Clèmerson Merlin Clève traz argumento interessante a corroborar a tese aqui esposada. Segundo o Professor do Paraná, negar a possibilidade de a Chefia do Executivo afastar aplicação de lei inconstitucional em razão das legitimações ativas

¹⁰ V. PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. *Supremacia judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. Tese apresentada na Faculdade de Direito da UERJ, 2011; e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). “Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 483-502.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 137-144.

¹² ADI nº 221-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 16.09.1993, DJ 22.10.1193.

¹³ STJ, REsp nº 23.121/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, primeira turma, j. 06.10.1993, DJ 08.11.1993.

¹⁴ TJ-RJ, Nona Câmara Cível, Processo nº 0036970-34.1999.8.19.0000 (1999.009.00365), Reexame Necessário, rel. Des. Laerson Mauro, j. 07.11.2000.

criadas pelo art. 103 da Constituição cria um paradoxo diante da situação dos Prefeitos. Como os mesmos não possuem legitimidade para a propositura de ação direta, estes ainda estariam autorizados a negar aplicação de leis que reputassem inconstitucionais, o que os colocaria em posição mais vantajosa que o Presidente da República e os Governadores de Estado¹⁵.

A corroborar todo o exposto, deve-se sublinhar que, com a promulgação da EC nº 3/1993, seguida da edição da EC nº 45/2004, desferiu-se um golpe fatal nos argumentos contrários à possibilidade de negativa de cumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Como se sabe, a primeira emenda inseriu o § 2º do art. 102 da Constituição, cuja redação estabelece que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle abstrato produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A EC nº 45/2004, por seu turno, dentre outras mudanças, substituiu a referência ao Poder Executivo por “*administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”. No mesmo diapasão, a Lei nº 9.868/99 estabeleceu norma similar no seu art. 28, parágrafo único, vinculando a “*Administração Pública federal, estadual e municipal*” às declarações do STF no âmbito do controle direto de constitucionalidade. Ora, sabendo-se que não há palavras inúteis na lei e na Constituição, a referência, primeiro, ao Poder Executivo, e, segundo, à administração pública direta e indireta indicam, numa interpretação a *contrario sensu*, que o Administrador pode (e deve) descumprir a lei que repute fundamentadamente inconstitucional, arcando com as consequências do seus atos e submetendo-se a eventual decisão contrária do STF¹⁶.

Note-se, por fim, ser incorreta a tese segundo a qual a Chefia do Executivo pratica crime de responsabilidade ao não aplicar lei aprovada pelo legislador (art. 85, VII, CF)¹⁷. A lei inconstitucional é nula desde o seu nascedouro, sendo certo, ademais, que, muito mais grave que não aplicar lei é deixar de cumprir a Constituição, como deixa inequívoco o próprio *caput* do art. 85, CF, ao definir os crimes de responsabilidade como sendo aqueles que “*atentem contra a Constituição Federal*”¹⁸. Assim, como

¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, pp. 247-248. O autor ilustra seu raciocínio: “imagine-se a hipótese de lei federal disposta sobre norma geral em determinada matéria (tributária ou urbanística, por exemplo). Ostentando o ato legislativo norma viciada, o Presidente da República somente poderia recusar-se a cumpri-la caso antes tivesse obtido liminar. No caso do prefeito, porque não pode obter liminar em sede de ação direta, ficaria autorizado a recusar, desde logo, seu cumprimento. Deve portanto, o STF nessa questão manter seu entendimento, mesmo no contexto da Constituição de 1988, inclusive porque, nesta, como nas pretéritas, todos os Poderes da República estão vinculados ao cumprimento da Constituição (art. 23, I, CF) e, então, ao processo contínuo de otimização de sua normatividade” (*Idem*, p. 248).

¹⁶ Nesse sentido, v. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 241-242; e BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 71-72.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 238.

¹⁸ Na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, v. art. 146: “São crimes de responsabilidade os atos do Governador do Estado que atentarem contra a Constituição da República, a do Estado”.

bem pontua Gustavo Binenbojm, “o Poder Executivo não está autorizado e, muito menos, obrigado a lavar as mãos diante de um ato normativo que se lhe afigure inconstitucional, compactuando com a violação da Lei Maior”¹⁹.

II.2 – A Procuradoria-Geral do Estado e seu papel diante da inconstitucionalidade.

O fato de o Poder Executivo ter a prerrogativa (verdadeiro dever) de afastar a aplicação de leis inconstitucionais antes mesmo da pronúncia (cautelar ou definitiva) do Poder Judiciário não encerra as dificuldades do problema. É importante avaliar o órgão, no âmbito de cada esfera da Administração, que terá competência para autorizar o descumprimento da lei.

Por razões (i) de responsabilidade política, (ii) de gestão administrativa e, principalmente, (iii) de manutenção de um ambiente de segurança jurídica em que os particulares possam confiar nas posturas administrativas²⁰, é necessário que se cometa, claramente, a um órgão específico a decisão – e o ônus daí decorrente – da não aplicação de leis que se repute inconstitucionais.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, esse ônus deve ser reservado ao Governador do Estado. Tal interpretação decorre tanto da Lei Complementar nº 15/1980, em sua redação atual, quanto da Constituição do Estado, em harmonia com a Constituição Federal. Nesse sentido, conforme se aludiu acima, o Enunciado PGE nº 3 equivoca-se ao determinar a inaplicabilidade de lei reputada inconstitucional diante, apenas, da manifestação conclusiva da Procuradoria-Geral do Estado. A manifestação da PGE é indispensável, mas não definitiva. Explica-se.

A Procuradoria-Geral do Estado deve centralizar as interpretações sobre a validade e a aplicação de leis no âmbito da esfera da Administração Pública em que se insere. De acordo com a Constituição Federal, tais funções são monopólio da Advocacia Pública estadual, função essencial à justiça voltada tanto à defesa quanto à consultoria jurídica da Administração a que se vincula (art. 132, CF). Assim, se houver uma dúvida relacionada à interpretação ou à validade de norma jurídica no âmbito da Administração Pública estadual, dever-se-á, em primeiro lugar, provocar a manifestação da Procuradoria-Geral do Estado. Isso

¹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰ O Ministro Gilmar Mendes vem destacando a importância da tutela da segurança jurídica e da confiança nas relações administrativas. Segundo o ministro, tal tutela da segurança tem fulcro na cláusula do Estado de Direito e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (art. 2º). Em suas palavras: “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”. Segundo o Ministro, o tema “é pedra angular do Estado de Direito sob a forma da proteção à confiança” (STF, PET 2.900-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF nº 310, de 26 a 30 de maio de 2003, DJ 01.08.2003). V. tb. STF, MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF 351, de 07 de julho a 11 de julho de 2004; e STF, MS 24.268-MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, transcrito no Informativo STF nº 343, de 12 a 16 de abril de 2004.

é o que determina tanto o art. 132 da Constituição Federal, quanto o art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cujo § 3º enuncia, expressamente, ser obrigatória a manifestação da PGE no controle interno da legalidade, abrangendo-se, aí, logicamente, o controle de constitucionalidade. Veja-se:

“§ 3º - A Procuradoria-Geral oficiará obrigatoriamente no controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público.”

Com o mesmo espírito, a Lei Complementar nº 15/1980 em sua redação atual²¹ não deixa dúvidas a esse respeito, o que decorre explicitamente do seu art. 2º, I, IV e § 7º, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 2º - A Procuradoria Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 176 e parágrafos da Constituição do Estado, competindo-lhe:

I - privativamente, exercer a representação judicial do Estado, atuar extrajudicialmente em defesa dos interesses deste, e officiar obrigatoriamente no controle interno da legalidade da Administração Pública, inclusive por meio da supervisão e coordenação das Assessorias Jurídicas dos órgãos integrantes da Administração Direta e Indireta, que se subordinarão à sua orientação técnico-jurídica;

(...)

IV - o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos;

(...)

§ 7º - A Procuradoria Geral do Estado é o órgão central do Sistema Jurídico do Estado do Rio de Janeiro, cabendo-lhe a supervisão e coordenação dos órgãos locais e setoriais do Sistema Jurídico Estadual.”

Como se verifica, à PGE compete concentrar os entendimentos jurídicos na Administração Pública estadual (art. 2º, § 7º), acumulando as funções de consultoria interna do Estado. Cabe, nesse sentido, a esta Procuradoria-Geral emitir pareceres,

²¹ V., para os dispositivos citados, a Lei Complementar nº 104/2002 e a Lei Complementar nº 137/2010.

normativos ou não, devendo, ainda, privativamente, exercer o controle de legalidade e constitucionalidade na esfera administrativa (art. 2º, I e IV).

Referidas competências, por óbvio, conferem relevantes (e louváveis) potestades compulsórias de controle da juridicidade da administração estadual. A gestão da coisa pública estadual tem sua orientação jurídica advinda da PGE, vinculando-se ao que esta apontar. Sem embargo, o arcabouço de atribuições da Procuradoria-Geral do Estado não afasta a circunstância de a mesma estar vinculada ao Governador, Chefe do Poder Executivo e primeiro gestor da Administração Pública estadual (art. 145, II, da Constituição do Estado). Por essa razão, o art. 176, *caput*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro vincula diretamente a PGE ao Governador. Veja-se:

“Art. 176 - A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto no artigo 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral, instituição essencial à Justiça, *diretamente vinculada ao Governador*, com funções, como órgão central do sistema, de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo.”

Tal vinculação direta ao Governador, combinada com princípios democráticos de deferência ao decidido pelos órgãos eleitos, como também por razões de gestão administrativa, que deve ser capaz de garantir segurança aos administrados, tem efeitos. Dentre os quais – e aqui se toca o objeto desta consulta – o de indicar que há determinadas ações que, pela sua relevância e implicações, não podem ser subtraídas da Chefia do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Este é exatamente o caso da função de determinar-se o descumprimento de leis reputadas inconstitucionais. A gravidade da negativa de cumprimento de norma jurídica aprovada por Poder de Estado democraticamente eleito demanda a manifestação de órgão de igual envergadura.

É com esse espírito que a Lei Complementar estadual nº 15/1980 estabelece ser do Chefe do Executivo a atribuição para conferir caráter normativo a parecer emitido pela Procuradoria-Geral do Estado a toda Administração Pública estadual direta, indireta e fundacional (art. 6º, XXV²²). A amplitude da decisão e seus impactos para além do sistema jurídico central justificam tal cuidado. A mesma *ratio* deve orientar a decisão sobre o descumprimento de lei que se entenda inconstitucional. Afinal, uma decisão desse tipo tem manifesto caráter normativo, vinculando, com a abrangência e abstração necessárias, toda a Administração Pública estadual.

Observe-se que a hipótese constante do citado inciso XXV do art. 6º não se confunde com a norma do inciso XXVI do mesmo artigo. O inciso XXVI autoriza

²² É o que se infere do art. 6º, inciso XXV, que estabelece ser competência do Procurador-Geral do Estado: “solicitar ao Governador que confira caráter normativo a parecer emitido pela Procuradoria-Geral do Estado, vinculando a Administração Pública Direta e Indireta, inclusive Fundações, ao entendimento estabelecido”.

que a própria Chefia da PGE atribua normatividade a parecer da Procuradoria-Geral do Estado “no âmbito do sistema Jurídico”, o que deverá ser comunicado ao Governador²³. O inciso XXV, por sua vez, cria norma mais ampla, a qual implica a orientação de toda a gestão do Poder Executivo do Estado (Administração direta e indireta, independentemente de haver assessoria de Procurador do Estado). É por meio deste inciso XXV, e não do inciso XXVI, que deverão ser atribuídos efeitos de norma jurídica aos pareceres que constatarem a inconstitucionalidade de leis. Não faz sentido que uma inconstitucionalidade seja afastada somente em parcela da Administração estadual (apenas no âmbito do sistema jurídico, como limita o inciso XXV). Se uma norma é inconstitucional, não devendo, assim, ser cumprida, demanda-se uma ordem abrangente, capaz de obrigar e orientar *todo* o Poder Executivo e não apenas o seu *sistema jurídico*.

Dito de outro modo, a *normatividade* a ser atribuída a parecer que repute a inconstitucionalidade de lei não pode ser mais ou menos abrangente. Ou a lei é inconstitucional ou não é. Não há meio termo. Daí a necessidade de que se busque no Governador do Estado a centralidade e a abrangência desejadas.

Dessa maneira, garante-se segurança jurídica, preservando-se a harmonia das relações entre as instituições estatais, ao mesmo tempo em que se mantém a decisão numa esfera de responsabilidade não apenas jurídica, mas também político-democrática. Afinal, é o Governador quem tem o ônus político das decisões administrativas e é ele quem arcará com as consequências mais graves do descumprimento (ou da manutenção) de lei reputada inconstitucional.

Sublinhe-se que a já citada Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registrou ser da Chefia de Poder da República a prerrogativa de negar cumprimento de lei reputada inconstitucional. É o que se viu na ADI nº 221, em que o Min. Moreira Alves destacou que “[O]s Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia (...) podem tão-só determinar aos seus órgãos que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”²⁴. É, ainda, o que já constava na Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, julgada em 1979 e mencionada neste parecer, em que o mesmo Min. Moreira Alves, diante da ordem constitucional pretérita, asseverou que “pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigura inconstitucional.”²⁵

A doutrina corrobora esse entendimento. Conforme preleciona Gustavo Binenbojm, “por medida de segurança jurídica (...) tal prerrogativa [de negativa de cumprimento de lei reputada inconstitucional] deve ser reservada, com exclusividade, ao Chefe do Executivo, sendo vedado a qualquer outro servidor dos quadros da

²³ Eis a dicção do dispositivo, que elenca, dentre as competências do Procurador-Geral do Estado: “atribuir normatividade, no âmbito do sistema Jurídico, a pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral do Estado, comunicando sua iniciativa ao Governador”.

²⁴ ADI nº 221-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 16.09.1993, DJ 22.10.1993. Grifou-se.

²⁵ STF, Representação de Inconstitucionalidade nº 980/SP, j. 21.11.1979, DJ 19.09.1980, rel. Min. Moreira Alves.

*Administração Pública que, sponte sua, denegue cumprimento à lei*²⁶. Vale dizer: é de todo prudente que se concentre a atribuição de negativa de cumprimento de lei ao órgão máximo do Poder Executivo. Assim, os administrados e os próprios órgãos da Administração Pública, terão maior conforto e segurança para praticarem seus atos, certos de que a decisão foi tomada por quem tem a responsabilidade política e jurídica para tanto.

Antes de encerrar este tópico, faça-se uma advertência importante. O fato de não ser a Procuradoria-Geral do Estado o órgão legal e constitucionalmente adequado para determinar o descumprimento de lei reputada inconstitucional, não significa sustentar que a função da PGE no controle interno da legalidade e constitucionalidade deva ser desestimulada. Muito pelo contrário. O Procurador do Estado deve continuar primando pela preservação da Constituição e das leis, as quais se sobrepõem à vontade de qualquer governante, órgão ou agente público. Vive-se num Estado de vinculação ao *Direito*. Nesse sentido, é dever ético e funcional da PGE manifestar-se contrariamente aos desígnios administrativos que entenda atentatórios à juridicidade. Do contrário, não seria a Advocacia Pública função verdadeiramente essencial.

A esse propósito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto tem lição lapidar, a qual merece transcrição literal:

“por se tratar de um dever implícito na Constituição, o Advogado investido na Procuratura constitucional especificamente destinada ao controle de juridicidade do segmento da Administração junto a qual atua, *tem o dever ético e funcional de opor-se a todo ato da autoridade administrativa, seja de que nível provier, que lhe pareça, em ciência e consciência, atentatório à lei e ao direito*, ainda porque, enquanto no exercício da advocacia, inexistem qualquer hierarquia entre advogados, juízes, parlamentares ou administradores públicos, porque, se assim não fora, não teriam independência para exercer sua função constitucionalmente essencial.”²⁷

A PGE deve continuar atuando com vigor e ampla autonomia, oficiando obrigatoriamente sobre a constitucionalidade de leis no âmbito estadual. Seus pareceres são técnico-jurídicos e devem instruir os órgãos decisórios, que, em nenhuma hipótese, poderão deixar de considerá-los. O que não é possível, porém, é pretender substituir direta e imediatamente a decisão do Governador pela manifestação da PGE em tema tão delicado quanto a não aplicação de lei aprovada pelo Poder Legislativo estadual. É o Procurador quem tem a dever de se manifestar técnica e autonomamente sobre a constitucionalidade de leis na Administração

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 242.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* (coord. Lúcia Lêa Guimarães Tavares), 2006, pp. 20-21.

Pública. Nada obstante, como decorre da Lei Complementar nº 15/1980 e das Constituições (do Estado e da República), é o Governador quem, assumindo as responsabilidades políticas e jurídicas dos seus atos, tem a primazia de gerir a Administração Pública estadual e decidir sobre o descumprimento abrangente de lei reputada inconstitucional pela PGE, conferindo-se, assim, estabilidade ao sistema.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível apresentar objetivamente as conclusões alcançadas nos seguintes enunciados:

- (i) O Poder Executivo tem o poder-dever de descumprir leis que se verifiquem inconstitucionais.
- (ii) A prerrogativa de ordenar o descumprimento de lei reputada inconstitucional pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro é do Governador do Estado e não da própria PGE.
- (iii) Isso é o que se infere da Lei Complementar nº 15/1980, em harmonia com as Constituições da República e do Estado do Rio de Janeiro.
- (iv) O caráter abrangente pretendido com a decisão que determina o descumprimento de lei reputada inconstitucional deve seguir a lógica dos pareceres normativos da PGE, os quais, após a concordância do Governador, vinculam, sem exceção, todo o Poder Executivo do Estado (art. 6º, XXV, Lei Complementar nº 15/1980).
- (v) Apenas com a chancela do Governador do Estado a manifestação favorável ao descumprimento de lei inconstitucional vinculará, normativamente, toda a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, não fazendo sentido que se autorize a não aplicação de lei reputada inconstitucional em âmbito limitado do Poder Executivo, como decorreria da normatividade conferida a pareceres da PGE na forma do art. 6º, XXVI.
- (vi) É o Governador quem tem a primazia de gerir a Administração Pública estadual e decidir sobre o des-

cumprimento abrangente de lei reputada inconstitucional pela PGE. Assim, garante-se estabilidade e segurança jurídica ao sistema, distribuindo-se, corretamente, as responsabilidades políticas e jurídicas dos atores envolvidos.

Como já decorre do texto, as conclusões deste parecer apontam para a exigência de revisão do Enunciado 3 da Procuradoria-Geral do Estado. O seu texto deve ressaltar a necessidade de que a lei reputada inconstitucional pela PGE seja descumprida somente após a chancela do Governador do Estado²⁸, que atribuirá ao parecer efeitos normativos aptos a vincularem toda a Administração Pública estadual. Nesse sentido, sugere-se a seguinte redação ao novo enunciado:

A lei reputada inconstitucional pela Procuradoria-Geral do Estado em parecer a que se atribuam efeitos normativos por ato do Governador do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública estadual direta e indireta, inclusive por suas empresas públicas e sociedade de economia mista.

Por fim, advirta-se ser de todo prudente que se deva, logo após a conclusão sobre a inconstitucionalidade de lei e a determinação de que a mesma seja descumprida, providenciar a propositura da ação de controle de constitucionalidade cabível. A medida terá duas virtudes: (i) a de iniciar um processo de solução definitiva do problema, gerando mais segurança jurídica; e (ii) compartilhar a responsabilidade da guarda da Constituição com o Poder Judiciário, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido e alcance.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2011.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO
Procurador do Estado

²⁸ Chancela esta a que se deve conferir publicidade típica de norma jurídica. É aconselhável que a decisão do Governador seja veiculada por decreto, dando-se ainda mais publicidade e segurança aos administrados e agentes públicos.

VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer n.º 01/11 do ilustre Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO, que examinou a possibilidade de o Poder Executivo Estadual deixar de aplicar norma que entender inconstitucional.

Concluiu o parecerista que o Poder Executivo tem o poder-dever de descumprir leis que se revelem inconstitucionais; entretanto, apenas com a chancela do Governador do Estado é que a manifestação favorável ao descumprimento de lei inconstitucional tem caráter vinculante para toda a Administração Pública Estadual, garantindo estabilidade e segurança jurídica ao sistema.

Aprovo, deste modo, a proposta de revisão do Enunciado n.º 03 da PGE nos seguintes termos:

“A lei reputada inconstitucional pela Procuradoria-Geral do Estado em parecer a que se atribuam efeitos normativos por ato do Governador do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual direta e indireta, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista.”

Como se vê, há um desdobramento das responsabilidades, cabendo à Procuradoria-Geral do Estado o exame jurídico acerca da constitucionalidade da norma e ao Governador do Estado a responsabilidade político-administrativa de vinculação dos efeitos dessa análise jurídica para toda a Administração Pública Estadual.

Como bem observou o parecerista, é aconselhável que essa chancela do Governador do Estado seja veiculada por decreto, o que amplia a publicidade e segurança jurídica entre os administrados.

Por derradeiro, mencione-se que é recomendável que, mesmo após percorridas tais etapas, seja providenciada a propositura da ação de controle de constitucionalidade cabível, em especial porque a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma é do Poder Judiciário.

À Casa Civil, para ciência da revisão do Enunciado n.º 03 da PGE, solicitando posterior devolução para fins de sua divulgação ao Sistema Jurídico Estadual.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2011.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral Do Estado