
PARECERES ADMINISTRATIVOS

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Parecer n° 04/98 - Luís Roberto Barroso

Multa aplicada pelo TCE. Conflito entre Poderes. Agente público do Executivo deve obediência ao Governador do Estado, seu superior hierárquico, salvo na hipótese de ordem manifestamente ilegal. Não pode ser considerada manifestamente ilegal posição reiteradamente sustentada pela Procuradoria-Geral do Estado e objeto de parecer normativo. Invalidez da multa por inexigibilidade de conduta diversa da Secretária de Estado de Saúde.

1. Trata-se de expediente originário da Secretária de Estado de Saúde do qual consta cópia de voto proferido por Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Em tal pronunciamento conclui-se, *in verbis*:

“I – Pela APLICAÇÃO DE MULTA mediante Acórdão, a Sra. Secretária de Estado de Saúde – Rosângela Bello –, a ser recolhida com recursos próprios, no valor de 44.000 UFIR's, em face de:

a) não ter remetido cópia do Edital de Concorrência n.º 18/97, tempestivamente, conforme preceitua o art. 2º da Deliberação TCE n.º 191/95, alínea e do inc. II e § 1º do art. 39 da Lei Complementar n.º 63/90 e § 2º do art. 113 da Lei Federal n.º 8.666/93;

b) ter realizado a licitação sem que o Plenário tenha proferido decisão definitiva, com base no inc. II do art. 63 da Lei Complementar n.º 63/90 e n.º I da alínea c do inciso II, do art. 2º da Resolução TCE n.º 194/96;

II – Pela APLICAÇÃO DE MULTA mediante Acórdão, nos termos do inc. IV do art. 63 da Lei Complementar n.º 63/

90 a Sra. Secretária de Estado de Saúde – Rosângela Bello, a ser recolhida com recursos próprios, no valor de 22.000 UFIR's, em razão do descumprimento de decisão do Tribunal proferida em sessão Plenária do dia 31.03.98 e conforme arts. 42, 48 ambos da Lei Complementar supra;

III – Pela **COMUNICAÇÃO** à Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro informando a ilegalidade dos termos do Edital de Concorrência n.º 18/97 da Secretaria de Estado de Saúde, conforme decisão desta Corte de Contas de 31.03.98, solicitando as medidas necessárias à **SUSTAÇÃO** do **CONTRATO** decorrente do presente Edital, tudo nos termos do § 2º do art. 42 da Lei Complementar n.º 63/90 c/c § 1º do art. 123 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, remetendo-se cópia do inteiro teor da presente decisão.”

2. Tal decisão, se efetivamente chancelada pelo TCE, configurará hipótese que a doutrina identifica como *Conflito entre Poderes*, resultante da divergência na interpretação da Constituição e das leis por órgãos investidos de competências constitucionais. De fato, o TCE e o Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro têm posições contrastantes quanto aos limites das atribuições de cada um relativamente à realização e ao controle dos procedimentos licitatórios.

3. A posição do Poder Executivo, fundada em pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado, resume-se na exposição seguinte, constante dos autos do Processo E-14/32784/96 :

“Como já afirmado, deve o administrador comportar-se, em relação ao Tribunal de Contas, com a consideração e o respeito devidos a um órgão constitucional, inclusive por força da cláusula de harmonia entre os Poderes. Do mesmo preceito constitucional extrai-se, todavia, o mandamento da independência dos Poderes. Ora bem: **administrar é função precípua do Poder Executivo, não do Tribunal de Contas.** Por via de conseqüência, não deve o agente público curvar-se a interferência que considere indevida nem sujeitar-se a imposição desautorizada, sob pena de desviar-se de seu dever constitucional de bem administrar. Se o Presidente da CEDAE considera a diligência do TCE contrária ao interesse

público, pelos motivos que declina em seu Ofício n.º 827/96, deve cumprir seu dever constitucional, e não a ordem infundada, prosseguindo com a licitação”.

4. Sobre o mesmo tema, já se manifestara a Procuradoria no Parecer n.º 05/96-LRB, sempre no tom respeitoso e apropriado, mas resguardando as competências próprias dos Poderes:

“Sem embargo, embora não reconheça ao Tribunal de Contas competência para determinar ou exigir comportamentos em tais circunstâncias, não se deve desconsiderar o fato de que se trata do órgão constitucionalmente encarregado da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração. Porque assim é, suas sugestões e ponderações devem ser examinadas com atenção e acolhidas quando seja o caso. Mas, tratando-se de aspecto em que o administrador não considere razoável ceder ou transigir, não está ele subordinado à vontade do Tribunal de Contas (que não pode exercer controle prévio)”.

5. Cabe assinalar, ainda a este propósito, que o Governador do Estado havia dado caráter normativo ao Parecer n.º 02/96-LRB, da Procuradoria-Geral do Estado, no qual se estabeleceu:

“No sistema brasileiro, a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, mediante controle externo do Tribunal de Contas, é, de regra, exercida a posteriori, e não a priori. Salvo exceção expressa, não tem 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. Esta é a lição cristalina de Hely Lopes Meirelles.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em significativa decisão tomada em agosto de 1992, considerou inválida decisão do Tribunal de Contas que declarou nulos editais de licitações, em processo de concorrência em curso. Em decisão precisa, averbou aquela Corte:

‘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, prévia e subjetivamente, não lhe sendo dado decretar nulidade, sustar licitações ou prosseguimento do correspondente processamento em seus termos finais”.

6. O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão administrativa de seu eminente Presidente, rejeitou, por ilegítimo, o comportamento do Tribunal de Contas do Estado, em hipótese rigorosamente idêntica à que deu ensejo à pretendida aplicação de multa à Secretária de Estado de Saúde. Confira-se, *in verbis*:

“A manifesta inconstitucionalidade do texto legal (Lei nº 8.666/93, art. 113, § 2º) em referência, e, por consequência, a ilegalidade da ‘determinação’ feita pelo TCE, não impedem, no entanto, pelas razões de cortesia, de moralidade e de transparência, antes deduzidas, que o Tribunal de Justiça atenda a solicitações daquela Corte, esclarecendo seus editais e prestando previamente informações eventualmente pedidas. Isto vem sendo feito com presteza e solicitude, valendo ressaltar também o espírito público dos insignes Conselheiros do TCE, bem assim dos membros do Corpo Instrutivo daquela Corte, sempre presente no trato das questões afetas à administração do Tribunal de Justiça.

Não se tem aceito, entretanto, a pretensão algumas vezes já manifestada visando a que se adiem licitações marcadas no aguardo da aprovação dos editais. Este procedimento, se adotado obrigatoriamente, importaria num inaceitável controle externo e preventivo e repercutiria de modo negativo e desastroso no processamento dos feitos administrativos relativos às licitações, submetendo-os a paralisações, atrasos, publicações ineficazes e outras tantas inconveniências.

Seria inadmissível este tipo de interferência, legalmente incabível, aliás, sobre os atos interna corporis da administração do Tribunal de Justiça, vale dizer, sobre a ordenação interna de sua própria atuação, por órgão auxiliar do Legislativo incumbido constitucionalmente do controle externo a posteriori, e não a priori, da fiscalização contábil-financeira.

Desse modo, opino no sentido de que Vossa Excelência deter-

mine, em caráter normativo, que a realização das licitações desta Corte não se condicionem ao exame prévio e à aprovação de seus atos convocatórios pelo Tribunal de Contas do Estado, mantendo-se, nada obstante, a prática salutar de antecipado envio dos editais ao TCE e de pronto atendimento dos esclarecimentos e informações solicitadas, desde que tal não implique em retardamento dos certames”.

“Decisão: Aprovo o parecer do Juízo Auxiliar. Publique-se e cumpra-se a orientação que nele se contém em caráter normativo. Oficie-se ao Exmo. Presidente do Tribunal de Contas.

THIAGO RIBAS FILHO

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”.

7. Há, portanto, como singelamente se constata, um conflito entre Poderes. Conflitos dessa natureza, sobretudo quando meramente aparentes, podem ser dirimidos, dentro dos balizamentos constitucionais, por negociação política entre as partes. Não havendo possibilidade de consenso, caracteriza-se a existência de litígio, cuja solução, na sistemática constitucional brasileira, cabe ao Poder Judiciário, desde que provocado pela via própria pelo órgão constitucional interessado.

8. É bem de ver, no entanto, que o presente parecer não tem por objeto discutir estes mecanismos de solução de conflitos entre Poderes. Tampouco se pretende aqui demonstrar a melhor razão do Poder Executivo no tratamento da questão. Cuida-se, ao invés, de determinar se a Secretária de Estado de Saúde deve suportar as consequências do conflito entre Poderes existente.

9. A resposta é claramente negativa. Confirmam-se as razões.

10. A Secretária de Estado de Saúde, como os demais Secretários, ocupa cargo de confiança do Governador do Estado, dentro da estrutura dos órgãos do Poder Executivo. Porque assim é, sujeita-se ela, como os demais ocupantes de cargos na Administração Pública, ao *poder hierárquico*, assim conceituado por Hely Lopes Meirelles em sua obra clássica:

“Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e reverter a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. (...)Pela hierarquia se impõe ao subalterno a estrita obediên-

cia das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem aplicação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais. (...) Somente as que se evidenciarem ao senso comum, contrárias ou sem base na lei é que permitem ao subalterno recusar-lhes cumprimento. A apreciação da conveniência e da oportunidade das determinações superiores refoge das atribuições meramente administrativas e, por isso, escapa da órbita de ação dos subalternos. Descumprindo-as ou retardando-as na execução, poderá o servidor relapso incorrer não só em falta disciplinar como, também, em crime funcional (prevaricação), previsto e definido no art. 319 do CP.

(...) Ao chefe do órgão do executivo é que incumbe tomar as resoluções políticas, no sentido da escolha do objeto, dos meios e da oportunidade mais convenientes à consecução dos fins governamentais, que devem tender sempre para o bem comum.”¹

11. Pois bem: submetida que se encontra ao poder hierárquico do Governador do Estado, não poderia deixar a Secretária de Saúde de seguir as orientações e determinações de seu chefe, sob pena de falta funcional, além de sujeitar-se à exoneração *ad nutum*. Naturalmente, se a hipótese fosse de ordem manifestamente ilegal, deveria a secretária, como qualquer agente público, negar-lhe cumprimento.

12. Mas tal não é o caso. De fato, não poderia a Secretaria de Saúde considerar manifestamente ilegal uma determinação do Governador fundada em parecer normativo da Procuradoria-Geral do Estado, órgão central do Sistema Jurídico Estadual, consoante expressa disposição da Constituição Estadual:

“Art. 176. A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvado o disposto no artigo 121, 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.”

¹ Hely Lopes Melrelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1993, pp.105-6.

13. A especificação das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado e das responsabilidades dos agentes públicos estaduais relativamente às orientações por ela ditas vêm previstas no Decreto nº 10.433, de 09.10.87, que define o Sistema Jurídico do Estado, dispõe sobre a atuação de seu Órgão Central e dá outras providências. Após estabelecer a subordinação dos órgãos locais e setoriais do sistema jurídico à orientação da Procuradoria, dispõe o Decreto:

“Art. 11. O não cumprimento das normas contidas nos arts. 4º, 5º, 6º e 8º deste decreto pelos dirigentes ou servidores, aos quais incumbe observá-las, acarretará a imposição das penalidades funcionais cabíveis, sem prejuízo da responsabilidade pessoal pelos danos causados”.

14. Ora bem: a propósito do tema objeto do presente parecer, existe posição formal da Procuradoria-Geral do Estado, consubstanciada na Resolução nº 1.283, de 14.08.97, do Senhor Procurador-Geral, Dr. Raul Cid Loureiro, cujo art. 4º assim dispôs:

“Art. 4º. Considera-se legal o ato administrativo praticado com base em texto expresso de norma constitucional, legal ou regulamentar, bem como nos termos de parecer da Procuradoria-Geral do Estado declarado normativo pelo Governador e demais pareceres aprovados pelo Procurador-Geral do Estado, ou da manifestação de Órgão local ou setorial que tenha obtido ou venha a obter a concordância do Órgão Central do Sistema Jurídico”.

15. Veja-se, então: a responsabilidade política pela linha de conduta seguida pela Secretaria de Saúde e demais Secretarias de Estado é do chefe do Poder Executivo, a quem incumbe, privativamente, nos termos do art. 145, II, da Constituição do Estado, “exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual”. Já a responsabilidade jurídica é do Estado, que, pelo órgão próprio – sua Procuradoria-Geral –, manifestou-se pela legalidade do procedimento adotado. Da Secretária de Estado de Saúde não seria exigível, em nenhuma hipótese, conduta diversa da que adotou. De efeito, atente-se para sua situação: se cumprisse a determinação do TCE – que a PGE afirmava indevida –, violaria a do seu superior hierárquico; como obedeceu ao seu chefe, sofre a investida do TCE. O enredo é Kafkiano.

16. Deve-se ter em linha de conta que a decisão do Tribunal de Contas, não obstante o seu carácter administrativo, tem, no particular, natureza penal, por isto que se consubstancia na aplicação de uma sanção pecuniária a um servidor público, por suposta falta funcional. E, em direito em geral, e em matéria penal em particular, a possibilidade de exigir-se conduta diversa é pressuposto da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade de uma ação, ainda que típica e antijurídica. Confira-se, sobre o tema, a dicção expressa do art. 22 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

17. O dever de obediência, como é princípio incontestável, afasta a culpabilidade. A obediência hierárquica, ensina a doutrina, “é causa excludente da culpabilidade”.² No mesmo sentido é a pacífica jurisprudência dos Tribunais, como se revela, exemplificativamente: “A estrita observância à ordem não manifestamente ilegal é causa de exclusão da ilicitude”.³ Mais ainda: “Se a ordem era ilegal, mas não manifestamente, e houve erro justificável sobre o elemento constitutivo que é a ilegalidade, absolve-se, pois agiu iludido (CP, art. 20) pelas circunstâncias de fato”.⁴

18. Desborda de todos os limites da justiça, da legalidade e da razoabilidade a punição de um agente público que, por força de um conflito entre Poderes ao qual não deu causa nem poderia dirimir, viu-se sem alternativa entre duas desobediências: ao seu Chefe – Chefe de um Poder do Estado – ou ao órgão auxiliar de um outro Poder. Naturalmente, se se tratasse de decisão *judicial*, não haveria conflito, pois o Judiciário é o intérprete final da lei, e sua decisão, ao dizer o direito, tranca a situação contenciosa. Mas não foi o que se passou.

19. Com o respeito devido e merecido, parece fora de propósito que o longo conflito institucional entre o Poder Executivo e o Tribunal de Contas se resolva, melancolicamente, com a discussão sobre a punibilidade ou não de um agente público que não o criou nem poderia evitá-lo.

20. Em conclusão: encontra-se caracterizada a existência de um conflito entre Poderes. Inexistindo decisão judicial a respeito, cabe ao agente público integrante

² Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Jr, *Código Penal Anotado*, 1988, p. 40.

³ TACrSP, RT 606/342.

⁴ TACrSP, Julgados 84/200.

da estrutura do Poder Executivo obediência à determinação do Governador do Estado, seu superior hierárquico. A única exceção seria a hipótese de ordem manifestamente ilegal. Não pode, todavia, ser caracterizada como tal decisão fundada em parecer da Procuradoria-Geral do Estado, ao qual foi dado carácter normativo. Por tais razões, demonstrada a inexigibilidade de conduta diversa pela Secretária de Estado de Saúde, a multa é nula.

É como me parece.

Luís Roberto Barroso
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 04/98-LRB, do eminente Procurador do Estado, **DR. LUÍS ROBERTO BARROSO**, que concluiu pela **nulidade de multa** aplicada pelo **Tribunal de Contas ao agente público do Executivo** quando a conduta apenas decorreu de **determinação do Governador do Estado** , fundada, por sua vez, em **parecer normativo da Procuradoria-Geral do Estado** , órgão central do Sistema Jurídico Estadual, conforme expressa disposição da Constituição do Estado (art. 176).

Na verdade, qualquer agente público estadual, por se encontrar submetido ao **poder hierárquico** do Governador do Estado, não pode furtar-se ao cumprimento das recomendações e determinações da Superior Administração, sob pena de falta funcional e, em caso de exercício de cargo em comissão, sua exoneração *ad nutum*. A exceção a esse comando tem guarida apenas nas ordens manifestamente ilegais, o que não se pode admitir no caso de **decisão do Governador com respaldo em parecer da Procuradoria-Geral do Estado** .

E há **presunção de legalidade** do ato administrativo praticado com base em pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, órgão a quem incumbe, por expresso dispositivo constitucional, fixar, no **âmbito administrativo, a definitiva interpretação jurídica** das normas constitucionais e legais.

Assim sendo, **não se pode exigir de um Secretário de Estado conduta diversa daquela determinada pelo Chefe do Poder Executivo** , que detém a responsabilidade política por suas decisões, e cujos **alicerces jurídicos** se encon-

tram em **parecer da sua Procuradoria-Geral**, tornado normativo e, por isso mesmo, de **observância obrigatória** por toda Administração Direta e Indireta, conforme o Decreto nº 10.443/87 (art. 11).

À luz dessas premissas, não pode o agente público, que atuou em estrita obediência a ordem de superior hierárquico, estribada em parecer normativo, ser considerado, pelo Tribunal de Contas, transgressor das normas de fiscalização financeira, mormente em se tratando de exigência que sujeita a realização de qualquer obra ou aquisição de bens e serviços ao prévio exame dos editais por aquele órgão auxiliar do Poder Legislativo, entravando a ação administrativa, muitas vezes com prejuízos para o atendimento ao interesse público.

A rigor, revela-se incoerente e injusta a solução do Tribunal de Contas, haja vista um conflito de **interpretação de normas** entre o **Executivo** (cujo sentido, aliás, veio a ser seguido por decisão administrativa do Presidente do **Tribunal de Justiça**, referida no percuciente parecer ora aprovado) e o **Tribunal de Contas** culminar com a aplicação de sanções pecuniárias ao agente que apenas cumpriu ordens expressas do Governador.

A **solução de conflitos** dessa natureza deve dar-se através de **mecanismos próprios**, dentro dos **balizamentos constitucionais**, nunca pela **ameaça e imposição de multas** aos agentes que, submetidos ao poder hierárquico, estão obrigados ao cumprimento das ordens respaldadas em parecer normativo desta Procuradoria-Geral do Estado.

Ante a importância do tema e sua repercussão em todos os órgãos e entidades da Administração Estadual, sugiro ao Exmo. Sr. Governador que confira ao presente parecer caráter normativo.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência e adoção das medidas cabíveis, no sentido de divulgação do parecer ora aprovado.

Em 11 de dezembro de 1998

Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-14/36.870/98