

Controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas

Interpretative disagreements between State Legal Counsel and Courts of Accounts

Guilherme Soares¹

RESUMO: Este estudo enfrenta o problema das controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas. Para tanto, desenvolve uma argumentação em quatro estágios. Primeiro, estabelece a relação entre legalidade e autoridade na resolução de controvérsias interpretativas. Segundo, redefine as prerrogativas institucionais da Advocacia de Estado como normas de atribuição de autoridade. Terceiro, argumenta que o princípio da legalidade deve balizar as controvérsias interpretativas entre órgãos não hierarquizados de controle da administração pública. Ao final, sustenta, contra a tese da desvinculação absoluta, que os pareceres da Advocacia de Estado ostentam autoridade persuasiva frente aos Tribunais de Contas.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; advocacia; interpretação; legalidade; autoridade.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal da Santa Catarina – UFSC, Procurador do Estado do Paraná, atualmente exercendo a função de Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo da Procuradoria-Geral do Estado.

ABSTRACT: This paper addresses the problem of interpretative disagreements between State Legal Counsel and Courts of Accounts. The argument is developed in four stages. First, it establishes the relation between legality and authority in the resolution of interpretative disagreements. Second, it redefines the institutional prerogatives of State Legal Counsel as norms of attribution of authority. Third, it argues that the principles of legality must guide the resolution of interpretative disagreements among non-hierarchical organs of control of the public administration. In the end, it contends, against the argument of absolute non-binding, that the opinions of the State Legal Counsel have persuasive authority for the Courts of Accounts.

KEYWORDS: State; counsel; interpretation; legality; authority.

1. INTRODUÇÃO

Encontram-se amplamente difundidas na literatura jurídica, sem maiores contestações, afirmações como a de Adilson de Abreu DALLARI segundo a qual: “Direito é divergência. Diferentes intérpretes, partindo de diferentes premissas, podem chegar a diferentes conclusões. A doutrina já avançou o suficiente para perceber que os textos legais comportam uma pluralidade de interpretações”².

Afirmações como essa dão conta de que a experiência de viver segundo regras jurídicas é permeada pela existência de controvérsias interpretativas.

2 DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 13, ano 4, jan.-mar. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51337>>. Acesso em: 18 set. 2017. Ver, ainda, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 9-10.

Uma controvérsia interpretativa existe quando dois ou mais sujeitos, igualmente comprometidos com a obediência a um dado sistema jurídico, sustentam interpretações rivais e inconciliáveis de um mesmo texto de lei diante de um mesmo fato.

Assumindo-se que a divergência é inerente ao Direito, deve-se admitir que a resolução de controvérsias interpretativas é antes um ato de autoridade que um ato de convencimento. Num sistema jurídico em que há uma pluralidade de controles jurídicos não hierarquizados e parcialmente sobrepostos, essas controvérsias interpretativas ganham contornos mais dramáticos, pois, em rigor, deixam de ser meras disputas sobre o sentido de uma dada norma jurídica para se transformarem em conflitos entre instituições.

É frequente, nesse sentido, que os integrantes das carreiras da Advocacia de Estado, encarregados, por disposição constitucional, da representação judicial e da consultoria jurídica dos Estados-membros e do Distrito Federal³, vejam seus entendimentos jurídicos questionados, às vezes de forma veemente, por órgãos de controle externo, em especial pelos Tribunais de Contas. Isto gera uma situação particularmente desafiadora, à medida que o sistema jurídico não estabelece um vínculo de subordinação entre os órgãos da Advocacia do Estado e as Cortes de Contas.

Nesse estudo almeja-se enfrentar este caso específico de controvérsia interpretativa entre órgãos dotados de autoridade e não subordinados entre si, tendo por foco potenciais divergências entre manifestações

3 A expressão Advocacia de Estado ou Advogado de Estado é usada aqui com um sentido bastante restrito, englobando apenas os profissionais descritos no art. 134 da Constituição da República. É mais frequente, no entanto, que estas expressões apareçam no discurso jurídico com um sentido mais amplo, como, por exemplo, o utilizado por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que designa por Advogado de Estado “o advogado que desempenha suas funções a serviço institucional de entidades de direito público” (Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008, p. 95).

institucionais das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal em sua atividade de consultoria jurídica, ordinariamente expostas na forma de pareceres, e as decisões dos Tribunais de Contas destas unidades federadas. Pretende-se com isso responder às seguintes indagações: A existência de uma manifestação da Advocacia de Estado sobre uma questão jurídica controvertida deve gerar algum constrangimento sobre a ação do Tribunal de Contas na análise da mesma questão? Quais constrangimentos são esses? São eles de natureza vinculante ou de outra espécie?

A resposta a esses questionamentos será desenvolvida em quatro estágios.

Primeiro, será feita a reconstrução teórica do problema apresentado, de modo a estabelecer a relação entre legalidade e autoridade na resolução de controvérsias interpretativas.

Segundo, será proposto que as assim chamadas prerrogativas institucionais da Advocacia de Estado, na forma em que previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, podem ser adequadamente lidas como normas de competência que atribuem autoridade a estes órgãos para resolver controvérsias sobre o sentido e a aplicação das normas que compõem o sistema jurídico brasileiro.

Num terceiro tópico, será apresentado o argumento segundo o qual o compromisso com o princípio da legalidade impõe parâmetros que incidem sobre a maneira como devem ser solucionadas controvérsias interpretativas entre órgãos dotados de autoridade e não subordinados entre si.

Por fim, serão expostos alguns critérios sobre como as manifestações das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal devem influenciar os atos de controle de legalidade realizados pelos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, concluindo-se que os pareceres da Advocacia de Estado possuem perante os Tribunais de Contas aquilo que a doutrina dos precedentes denomina *autoridade persuasiva*.

2. LEGALIDADE, AUTORIDADE E CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS

As democracias constitucionais contemporâneas pretendem ser um governo de leis e não de homens. O império da lei e não a vontade de uma pessoa ou de uma divindade qualquer é o que justifica a existência de direitos e deveres de uns indivíduos para com os outros, cujo respeito é assegurado, em último grau, pelo uso da força coletiva. Essa ideia legitimadora básica aparece ordinariamente traduzida no princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁴.

A consagração do princípio da legalidade faz com que caiba à lei definir, com primazia, quais comportamentos são obrigatórios, proibidos e permitidos. Isso não é tudo, porém. Enunciados que definem obrigações, proibições e permissões são normas. Leis são, pois, declarações solenes, mais ou menos perfeitas, de normas. Falar em legalidade, assim, é falar na submissão do comportamento humano ao governo de normas⁵.

Para que a conduta humana possa se submeter ao governo de normas faz-se necessária a existência de uma série de condições sem as quais este empreendimento estará condenado ao fracasso⁶. Ninguém pode guiar sua conduta por um conjunto de normas que desconhece ou não compreende ou, então, que não definem qualquer direção para a ação. Da mesma forma, uma pessoa não consegue cumprir normas que estabelecem rumos de ação que estão além das suas capacidades ou que são contraditórios entre si. Tampouco podem ser seguidas normas que são ininterruptamente alteradas antes mesmo de serem cumpridas.

4 Art. 5º, inc. II, Constituição da República Federativa do Brasil.

5 FULLER, Lon. L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 46.

6 Para o que segue, ver FULLER, op. cit, p. 33-94.

Existem, portanto, condições que fazem a legalidade possível. Alguém que queira orientar seu comportamento por normas não conseguirá fazê-lo se não estiver diante de enunciados preexistentes de obrigação, proibição ou permissão, acessíveis ao seu conhecimento, dotados de grau suficiente de clareza e generalidade, possíveis de serem cumpridos, não contraditórios entre si e cujo conteúdo permaneça minimamente constante no decorrer do tempo.

Outra exigência da legalidade é que as eventuais disputas de interesses entre pessoas submetidas ao mesmo conjunto de normas sejam efetivamente resolvidas de maneira congruente com essas normas. O governo das normas é negado quando se verifica discrepância entre a norma publicamente promulgada e a norma efetivamente aplicada através de mecanismos estabelecidos de resolução de conflitos⁷.

O princípio da legalidade, enquanto parâmetro de justificação do exercício do poder numa comunidade politicamente organizada, incorpora, pois, a exigência de que haja congruência entre as normas de obrigação, proibição ou permissão solenemente declaradas no texto da lei e as determinações produzidas por instâncias formais que resolvem disputas respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, alguma dessas normas foi violada.

Pode-se, pois, seguindo a visão de Lon FULLER, afirmar que a legalidade para ser possível exige o atendimento pelas normas que compõem o sistema jurídico das seguintes condições, que ele chamou de *princípios da legalidade*: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, constância, possibilidade de cumprimento, e congruência entre a ação estatal e a lei⁸.

Para além dessas condições que fazem possível a legalidade, deve-se reconhecer, também, a existência de condicionantes de eficácia ou efetividade

7 FULLER, op. cit., p. 81.

8 Ver nota 7.

das normas legais. Para que a submissão da conduta humana às normas não apenas seja possível, mas efetivamente ocorra, impõe-se que as disputas entre os indivíduos sobre aquilo que é obrigado, proibido ou permitido num caso concreto sejam resolvidas por uma instância reconhecida pelos destinatários das normas como autorizada a solucioná-lo. Do contrário, as disputas sobre se uma regra foi ou não violada poderão prosseguir interminavelmente, postergando ao infinito a efetiva aplicação das normas legais ao caso em litígio. A necessidade de se dar aplicação efetiva às normas legais exige, assim, o estabelecimento de uma instância oficial para dirimir, com autoridade, dúvidas ou conflitos acerca da violação dessas normas⁹.

Ocorre que a feição característica de uma determinação dotada de autoridade é que a sua força cogente é independente do seu conteúdo¹⁰. A força de uma determinação dotada de autoridade não vem da correção de seu conteúdo, mas de sua fonte. Em outras palavras, a obediência à diretiva dotada de autoridade não decorre do seu conteúdo verdadeiro ou desejável, mas de onde ela emana, da sua origem. Por isso, como elucidou Herbert L. A. HART em sua célebre obra sobre o conceito de Direito, se determinadas instâncias tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma norma ter sido ou não violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as normas são¹¹.

Logo, a pretensão de submeter efetivamente uma comunidade política ao governo de leis envolve também e necessariamente a submissão desta comunidade a uma ou mais instâncias oficiais que, no exercício da

9 HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armino Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 103.

10 SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. In: *Virginia Law Review*, n. 94, p. 1931-1961, 2008, p. 1935/1937.

11 HART, op. cit., 107.

sua atribuição de identificar situações de violação das leis, acabam por definir o que as leis são.

Não se quer dizer com isso que não existam parâmetros intersubjetivos aptos a constranger a atuação dessas instâncias oficiais incumbidas de determinar quais comportamentos são e quais não são ofensivos às leis. Com efeito, os afazeres de juízes e advogados consistem essencialmente em, diante de um caso ou de uma controvérsia, avançar argumentos que pretendem justificar uma decisão em favor de um entre diferentes sentidos possíveis de um ou mais textos de lei.

Seja como for, independentemente de haver boas razões para justificar decisões sobre a interpretação de textos legais, fato é que para que leis que estabelecem obrigações possam reivindicar eficácia faz-se necessária a existência de instâncias com poder de decidir com autoridade controvérsias em torno de seu significado e aplicação. É dizer, instâncias aptas a produzir decisões cuja força obrigatória em relação às partes em confronto não decorre somente de algum critério de correção de seu conteúdo, mas, em larga medida, da fonte que as produziu.

Isso significa que a resolução eficaz de dúvidas sobre o que uma lei em particular determina num caso ou série de casos é, além de uma questão de congruência com normas gerais de ação preestabelecidas e publicamente promulgadas, também, uma questão de autoridade do agente ou órgão controlador.

O controle de legalidade dos atos e comportamentos dos sujeitos submetidos a um determinado sistema jurídico é, assim, numa importante medida, uma questão de autoridade. Numa situação em que dois sujeitos, igualmente comprometidos com a obediência às normas do sistema jurídico, sustentam interpretações rivais de um mesmo texto de lei, não é o próprio texto que sozinho soluciona a divergência. Instaurada uma controvérsia interpretativa acerca de uma determinada norma, ela não se resolve por referência estrita ao conteúdo dessa mesma norma. Além disso, é essencial o fato de que a resolução da controvérsia se dá em razão de haver o pronunciamento de um órgão a quem o sistema jurídico atribui

poder de determinar com autoridade se houve ou não violação daquele específico texto de lei.

3. PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA DE ESTADO COMO NORMAS DE ATRIBUIÇÃO DE AUTORIDADE

O papel dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal na solução de dúvidas e controvérsias interpretativas acerca do sentido e da aplicação de normas jurídicas está definido no art. 132 da Constituição da República. Este dispositivo, previsto no contexto da qualificação da Advocacia de Estado como Função Essencial à Justiça, reserva aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, o exercício da representação judicial e da consultoria jurídica das unidades federadas.

O desempenho dessas duas funções expressamente asseguradas pelo texto constitucional, representação judicial e consultoria jurídica, especialmente da última, traz implícito o exercício de uma terceira função que tem sido unanimemente reconhecida aos Advogados de Estado, o controle de legalidade dos atos da Administração Pública¹². De fato, a tarefa de controle de legalidade do agir administrativo é constitutiva do exercício das funções de representação judicial e consultoria jurídica¹³.

12 SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 28, ano 6, nov.-dez. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50173>>. Acesso em: 18 set. 2017.

13 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64-68.

Não há como exercer estas sem desincumbir-se daquela. Uma vez que cabe aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, em juízo ou fora dele, manifestar-se acerca do que as normas jurídicas obrigam, proíbem e permitem à Administração, as manifestações destes advogados do Estado se constituem num mecanismo evidente de controle de legalidade do agir administrativo. Com efeito, essas manifestações identificam as situações em que uma norma jurídica foi ou potencialmente será violada, e sugerem as providências necessárias à obediência à legalidade.

Ao disciplinar a existência da carreira da Advocacia de Estado com atribuições expressamente reservadas, a Constituição limitou aquilo que os Poderes constituídos podem fazer ou deixar de fazer em relação à Advocacia de Estado, estabelecendo, deste modo, garantias em favor destas instituições e de seus integrantes. Essas garantias, que são dirigidas a assegurar que os Advogados de Estado desempenhem a contento as funções que lhes foram designadas, têm sido chamadas *prerrogativas institucionais* dos Advogados de Estado. Quais são exatamente essas prerrogativas é um tema controvertido em sede doutrinária e jurisprudencial¹⁴. Nada obstante, algumas prerrogativas têm sido consensualmente admitidas, encontrando seguro respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Duas prerrogativas merecem destaque para os propósitos deste estudo. A primeira é prerrogativa de *exclusividade* do exercício das atribuições de representação judicial e consultoria jurídica das unidades federadas por integrantes das carreiras de Procurador do Estado e do Distrito Federal. O que determina, de um lado, que apenas os agentes públicos investidos no cargo de Procurador do Estado ou do Distrito Federal possam atuar em juízo como representantes desses entes federados

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-40. Ver, também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241-258.

e, de outro, que no âmbito interno da Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal somente estes mesmos Advogados de Estado podem emitir posicionamentos jurídicos destinados a orientar a sua conduta administrativa, seja para conformá-la à legalidade, seja para corrigir alguma ilegalidade. Essas atribuições são intransferíveis, não podendo ser exercidas por servidores comissionados ou outros quaisquer agentes públicos estranhos aos quadros da Advocacia de Estado. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014:

É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República.

A segunda prerrogativa é a *independência funcional*. Ela consiste numa redoma que cerca os Procuradores do Estado e do Distrito Federal no exercício das suas atribuições. Isto significa que na análise da questão jurídica que lhes é posta eles não se sujeitam à vontade de quem quer que seja. Decorre daí que seus atos típicos não estão submetidos à anuência por parte de nenhum agente ou autoridade externa aos quadros da Advocacia de Estado para que possam se perfectibilizar.

O que não significa que internamente aos órgãos da Advocacia de Estado essa anuência não se possa fazer necessária. Conforme bem esclarece Cláudio MADUREIRA¹⁵ em obra oriunda da sua tese de doutorado defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

15 Op. cit., p. 265.

o órgão da Advocacia de Estado se apresenta no exercício de suas funções constitucionais próprias “como uma estrutura orgânica hierarquizada, de modo a orientar, mediante o emprego de expedientes internos que possibilitem a uniformização de seus posicionamentos jurídicos, uma atuação administrativa desprovida de contradições”. Por isso, não é estranha à Advocacia de Estado a exigência de que as manifestações de seus integrantes estejam sujeitas à aprovação superior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem distinguido, nessa linha, a *independência funcional* dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, ao ver da Corte assegurada pela Constituição de 1988¹⁶, daquilo que se tem chamado “*autonomia funcional*” da Advocacia de

16 EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e *independência funcional* desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente. (ADI 4261, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-02 PP-00321 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 132-135 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 88-93)

Estado, que no entender do Supremo Tribunal Federal não foi concedida aos Advogados de Estado pela Constituição da República¹⁷.

De acordo com essa distinção, a ausência de *autonomia funcional* da Advocacia de Estado implica, ao menos, três notas características dessas instituições: a) As Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal integram o Poder Executivo¹⁸; b) os órgãos da Advocacia do Estado são subordinados aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal¹⁹; c) Procuradores dos Estados e do Distrito Federal estão sujeitos às diretrizes fixadas pelos órgãos superiores das Procuradorias-Gerais dos Estados para fins de atuação uniforme²⁰.

Ainda que o Supremo Tribunal não tenha reconhecido a autonomia funcional da Advocacia de Estado, cumpre notar que a abordagem combinada das prerrogativas concernentes à *exclusividade* e à *independência funcional*, que indiscutivelmente recobrem Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, tem consequências dignas de nota. Essas prerrogativas que cercam o exercício das suas funções de representação judicial, consultoria jurídica e controle de legalidade do agir administrativo, implicam que a

17 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. RESTRIÇÃO DO PODER DO CHEFE DO EXECUTIVO. PRERROGATIVAS AOS PROCURADORES DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) A Constituição Estadual não pode impedir que o Chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos Procurados do Estado, seus subordinados hierárquicos. É inconstitucional norma que atribui à Procuradoria-Geral do Estado *autonomia funcional* e administrativa, dado o princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública. (...) (ADI 291, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00001)

18 ADI 291, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010.

19 ADI 291, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010.

20 MADUREIRA, Claudio. Op. cit., p. 257.

prática dos atos típicos da Advocacia de Estado por seus membros não está sujeita à ingerência de nenhum outro órgão ou Poder do Estado.

O Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e a Defensoria Pública certamente não estão obrigados a seguir posicionamentos jurídicos manifestados pelos órgãos da Advocacia de Estado. Eles podem, até mesmo, impugnar, sustar, suspender, revisar ou anular, nas suas respectivas esferas de atuação, atos administrativos praticados em conformidade com pareceres exarados por Advogados de Estado. Todavia, nenhum desses Poderes e órgãos autônomos está constitucionalmente autorizado, diante das prerrogativas da exclusividade e da independência funcional da Advocacia de Estado, a se imiscuir na atuação funcional reservada pela Lei Fundamental aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Assim, como demonstra exemplarmente o exercício da função de consultoria jurídica, a Constituição da República outorgou aos órgãos da Advocacia de Estado a atribuição de dizer o direito em situações concretas que lhes são apresentadas. Como essa função de dizer o direito, ainda que não seja definitiva, é exercida, conforme determinação constitucional, com exclusividade e sem qualquer interferência de terceiros, é forçoso concluir que a Constituição defere aos órgãos de Advocacia de Estado o poder de dirimir, com autoridade, dúvidas e controvérsias sobre o sentido das normas jurídicas que conformam o comportamento da Administração Pública.

Um parecer consultivo produzido por um órgão da Advocacia de Estado goza, portanto, de autoridade perante seus destinatários, de modo que ele tem uma especial força jurídica, não apenas em virtude da correção de seu conteúdo, mas, antes, pelo simples fato de ser oriundo da Advocacia de Estado. Essa especial força jurídica consiste, internamente à Administração, em afastar a automática presunção de legalidade dos atos administrativos praticados em desconformidade com ele.

Nos tópicos seguintes, pretende-se verificar qual a sua força jurídica perante os órgãos externos.

4. EXIGÊNCIAS DA LEGALIDADE PARA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INTERPRETATIVAS

Um sistema jurídico relativamente simples pode se contentar em dotar uma única instância com autoridade para dizer o direito em situações duvidosas e controvertidas. O modelo tradicional da tripartição dos poderes, em sua exposição canônica, atribui essa autoridade exclusivamente ao Poder Judiciário. Não é isso, contudo, o que faz a Constituição de 1988. Posto resguarde uma posição de destaque ao Poder Judiciário, ela atribui autoridade para dirimir controvérsias jurídicas a múltiplos órgãos, todos competentes para, pelos mais diversos mecanismos, assegurar a observância das normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico pátrio.

Essa multiplicação dos controles, típica dos Estados contemporâneos, tem sido particularmente enfatizada por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. São suas palavras:

(...) a técnica de controle por freios e contrapesos, que havia sido inovada pela Constituição norte-americana para harmonizar um governo com três grandes centros funcionais, teve que necessariamente se expandir para abranger as novas configurações assumidas pelo Poder do Estado, pois que precisavam ser também devidamente controladas, dispondo-se, assim, novas funções de fiscalização e de correção, a compor uma ampla e complexa técnica de controles funcionais recíprocos, por certo, com sua necessária previsão e delimitação constitucionalmente definidas.²¹

Essa observação parece fiel às estruturas de controle modeladas pela Constituição de 1988, cuja descrição não pode ignorar que em seu texto estão previstos múltiplos órgãos de controle dotados de autoridade e não subordinados entre si. Com efeito, além dos tradicionais Poderes

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008, p. 101.

Legislativo, Executivo e Judiciário (CRFB, art. 2º), a Lei Fundamental estabeleceu outros órgãos que, sendo titulares de atribuições exclusivas e sem estar subordinados a quem quer que seja, têm por função identificar situações de violação da lei, designadamente os Tribunais de Contas (arts. 70, 71 e 75, CRFB) e as Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 134).²²

A existência de uma multiplicidade de órgãos de controle não hierarquizados coloca o problema de saber como resolver controvérsias que eventualmente se estabeleçam entre estes órgãos sobre o sentido da lei. Controvérsias interpretativas entre esses órgãos, no entanto, têm uma feição particular. É que como esses órgãos a um só tempo ostentam a chancela da soberania estatal e não estão hierarquizados entre si, nenhum deles está autorizado a impor uma resolução com força cogente aos demais²³.

Essa situação de pluralidade de centros de decisão sem vinculação rigorosa entre eles parece destoar do princípio da legalidade. Com efeito, se cada órgão de controle da legalidade puder definir individualmente qual o sentido de uma determinada norma jurídica, sem que esta definição vincule os demais órgãos ou esteja por eles vinculada, não haverá um sentido comum da norma pelo qual os seus destinatários poderão orientar a sua ação e avaliar suas condutas. A cada nova interpretação oficial da norma surgirá um novo sentido para orientar a ação dos seus destinatários e para mensurar a licitude ou a ilicitude de suas condutas. Isto sem que os sentidos anteriormente estabelecidos sejam substituídos e sem qualquer garantia da inexistência de contradição entre os sentidos antigos e novos.

22 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: SOUZA, Alfredo José de E outros. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.75.

23 Exceção feita ao Poder Judiciário, cujas decisões são dotadas de definitividade (art. 5º, XXXVI, CRFB) e, ocasionalmente, de efeitos vinculantes (art. 102, § 2º, e art. 103-A, CRFB).

Acaso se retome a exposição acerca dos princípios da legalidade apresentada anteriormente com apoio no magistério de Lon Fuller, vislumbra-se que tal estado de coisas vai contra certas exigências inerentes à legalidade, colocando-a em risco.

A maneira como esses princípios, condições ou exigências da legalidade são ofendidos pela existência de interpretações divergentes de uma mesma lei pelos órgãos de controle da legalidade não é difícil de perceber.

A título de exemplo, tem-se que a aplicação por um órgão controlador de uma lei a um fato passado, dando a ela sentido diverso daquele que anteriormente ao fato foi estabelecido por outro órgão de controle, configura desrespeito à exigência de *não retroatividade da lei*. Com efeito, se o sentido da norma muda após a prática do ato, não havia como orientar a ação por essa norma no momento em que o ato foi praticado.

Da mesma forma, o estabelecimento concomitante de duas ou mais interpretações inconciliáveis da mesma lei por diferentes órgãos de controle da legalidade, que exercem autoridade sobre os mesmos atos ou pessoas, configura ofensa à exigência de *não contradição*. Afinal, essas pessoas terão orientações para a ação repugnantes umas às outras, o que ocasiona que o cumprimento de uma norma como interpretada por um órgão de controle configurará o descumprimento da mesma norma como interpretada por outro controlador.

Além disso, a aplicação concreta, pelos órgãos de controle, de interpretações divergentes de uma mesma lei para solucionar um mesmo caso que lhes seja apresentado configura ofensa ao princípio da *congruência*. Com efeito, se a cada vez que um órgão controlador for resolver uma mesma disputa, regulada pela mesma lei, ele der a essa lei um sentido distinto, não será mais a lei que estará governando a solução do caso, mas, sim, o arbítrio do controlador.

Se a legalidade, contudo, é um critério essencial para se justificar o exercício do poder em conformidade com o sistema jurídico, ela necessariamente impõe restrições àquilo que os órgãos que exercem o poder podem fazer no desempenho de suas funções. Logo, as exigências

impostas pelo ideal de legalidade devem constranger e balizar a atuação dos órgãos de controle da legalidade.

Pode-se observar, nesse contexto, que as seguintes exigências essenciais à legalidade devem orientar o estabelecimento de critérios para solução das controvérsias interpretativas entre os órgãos de controle:

- a) a exigência de que o estabelecimento das normas de conduta anteceda os comportamentos por elas disciplinados (não retroatividade);
- b) a exigência de que a lei não veicule orientações contraditórias para ação de seus destinatários (não contradição);
- c) a exigência de que os conflitos entre sujeitos submetidos à lei sejam, de fato, resolvidos pelas instituições oficiais mediante a aplicação da lei a que eles se submetem (congruência)²⁴.

Assim, quando um desses órgãos se propõe a reinterpretar uma norma que já foi objeto de interpretação por outro, ele estará obrigado a respeitar estas exigências de *não retroatividade*, *não contradição* e *congruência*.

Para *mostrar respeito ao princípio da não contradição*, exige-se que o órgão de controle que reaprecia uma questão sobre a qual outro órgão já se posicionou leve em consideração a solução dada anteriormente e, na ausência de outras razões que indiquem o equívoco da decisão anterior, aplique novamente a mesma solução.

Para o *princípio da incongruência*, exige-se que qualquer afastamento da interpretação anteriormente dada seja devidamente motivado. Só assim poder-se-á demonstrar que a nova interpretação é uma aplicação justificada da norma que rege o caso e não uma mera opção arbitrária do órgão de controle.

24 Note-se que além de serem exigências inerentes à legalidade, estes elementos também são consagrados como normas constitucionais no Texto Magno de 1988, do que dão exemplo o seu art. 5º, XXXVI, que agasalha o princípio da não retroatividade, e seu art. 37, *caput*, que consagra o princípio da legalidade administrativa.

Finalmente, para *obedecer ao princípio da não retroatividade* da lei, exige-se que qualquer mudança de interpretação de um órgão de controle para outro, salvo situações excepcionais, devidamente justificadas, tenha eficácia prospectiva, ou seja, para o futuro, preservando as condutas já praticadas em conformidade com o sentido da lei oficialmente adotado até então.

Como se vê, o ideal de legalidade impede que se fale numa desvinculação absoluta entre os posicionamentos jurídicos sustentados pelos diversos órgãos constitucionais independentes de controle da legalidade. A tese da desvinculação absoluta simplesmente não leva a sério as condições sem as quais o respeito à legalidade não se faz possível.

5. CONCLUSÃO: A AUTORIDADE PERSUASIVA DAS MANIFESTAÇÕES DA ADVOCACIA DE ESTADO FRENTE AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

É lugar comum a afirmação de que os Tribunais de Contas não são vinculados por pareceres editados pelos órgãos da Advocacia de Estado. Essa afirmação é bastante convincente, uma vez que, em geral, nem mesmo os administradores públicos se consideram obrigados a seguir os pareceres dos órgãos de consultoria jurídica, diante da sua propagada natureza meramente opinativa.²⁵

Emerson Cesar da Silva GOMES, em seu alentado estudo sobre o direito dos gastos públicos no Brasil, dá notícia de que “o Tribunal de Contas da União entende que o parecer da AGU [Advocacia-Geral da União] não vincula os seus julgamentos, considerando que a

25 Para uma elaboração qualificada desse argumento, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008, p. 109.

independência e jurisdição do TCU acham-se delineadas nos artigos 70 e 73 da Constituição Federal²⁶.

As considerações levantadas no curso do presente trabalho possibilitam que esse entendimento seja reexaminado sob novas luzes. Agora, a questão se recoloca a partir da premissa de que o compromisso em fazer efetivas as exigências da legalidade impede que um ato estatal de aplicação de uma lei possa mostrar indiferença em relação aos atos estatais anteriores de aplicação dessa mesma lei.

É incontroverso que a Constituição de 1988 outorgou tanto à Advocacia de Estado quanto aos Tribunais de Contas a atribuição de aplicar a lei a casos concretos, sem estabelecer subordinação hierárquica entre estes órgãos. Ocorre, porém, que, num sistema jurídico comprometido com o império da lei, os atos estatais que dizem qual o direito aplicável a um caso concreto não são atos puros de autoridade, uma vez que, como visto, ostentam um dever de congruência para com normas jurídicas formalmente preestabelecidas. Esse dever de congruência impõe que qualquer autoridade que tenha por atribuição aplicar a lei a um caso esteja obrigada a interpretar a lei como uma declaração de normas não contraditórias e não retroativas.

Na esteira do que foi consignado no tópico anterior, tem-se que a obediência aos princípios de não contradição e de não retroatividade das normas jurídicas, que vinculam tanto quem produz as leis quanto quem as interpreta, determina que os posicionamentos jurídicos produzidos pelos

26 GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 1999. Os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União – TCU referidos pelo autor são: Acórdãos n.s 1.366/2006 – Plenário, 1.370/2006 – Plenário e 2.332/2006 – 2ª Câmara. O mesmo autor também sustenta que o melhor entendimento é o de que os pareceres da Advocacia Geral da União – AGU não atingem as unidades administrativas dos demais Poderes da República, em atenção ao princípio da separação dos poderes.

órgãos da Advocacia de Estado, embora não sejam vinculantes, devem influenciar os atos de controle de legalidade realizados pelos Tribunais de Contas de, ao menos, quatro maneiras:

- 1.^a) os Tribunais de Contas têm o dever de considerar em suas decisões as manifestações anteriores da Advocacia de Estado, não podendo, pura e simplesmente, ignorá-las;
- 2.^a) qualquer afastamento das decisões dos Tribunais de Contas em relação a um posicionamento anterior da Advocacia de Estado deve ser expressamente justificado;
- 3.^a) ao reapreciar uma questão sobre a qual a Advocacia de Estado já tenha se posicionado, os Tribunais de Contas, na ausência de outras razões que indiquem o equívoco da decisão anterior, devem adotar o mesmo posicionamento definido pela Advocacia de Estado;
- 4.^a) se o Tribunal de Contas superar o entendimento adotado pelo órgão da Advocacia de Estado, a sua decisão produzirá, em regra, efeitos para o futuro. Apenas em situações excepcionais, devidamente justificadas, essas decisões poderão produzir efeitos retroativos.

Conclui-se, assim, que, embora não haja vinculação propriamente dita entre os pareceres emitidos pela Advocacia de Estado e as decisões dos Tribunais de Contas, as manifestações da Advocacia de Estado ostentam perante os Tribunais de Contas aquilo que na doutrina dos precedentes costuma chamar-se “autoridade persuasiva”²⁷. Ao fim e ao cabo, portanto, parece que é por meio de uma teoria dos precedentes e não no âmbito de uma teoria da separação dos poderes que as controvérsias interpretativas entre a Advocacia Pública e os Tribunais de Contas podem ser melhor compreendidas. Esta, todavia, é uma pista a ser investigada em outra ocasião.

27 Sobre a diferença entre “autoridade vinculante” e “autoridade persuasiva” dos precedentes ver: SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 1943-1952.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 13, ano 4, jan.-mar. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51337>>. Acesso em: 18 set. 2017.

FULLER, Lon. L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-86.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-40.

_____. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de e outros. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33-86.

_____. Responsabilidade do advogado público. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008.

SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. In: *Virginia Law Review*, n. 94, p. 1931-1961, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 28, ano 6, nov.-dez. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50173>>. Acesso em: 18 set. 2017.

