

A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO E SUA RELAÇÃO COM O TRIBUNAL DE CONTAS: DIÁLOGO NECESSÁRIO À DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS E RESPONSABILIDADES

COSTA, Ivanildo Silva da¹
RAMALHO, Henri Dhouglas²

RESUMO: O presente artigo apresenta quais são os tipos de controle existentes na Administração Pública, quais são os papéis desempenhados pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE) e pelo Tribunal de Contas, como se dá a relação entre estes órgãos e os possíveis conflitos que surgem em razão de suas competências para, ao final, propor uma solução para os conflitos que preserve a competência constitucionalmente estabelecida para cada um. Para tanto, utilizou-se a metodologia hipotético-dedutiva, baseada na pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos publicados em revistas especializadas, sites, bem como na legislação brasileira e jurisprudência sobre o tema. Um dos resultados do presente artigo está na constatação de que questão que se apresenta não comporta solução una. E como resposta à problemática apresentada, evidencia-se que as balizas serão dadas pela situação posta, não havendo prevalência de entendimento, seja do Tribunal de Contas do Estado (TCE), seja da PGE, mas complementação das atuações, objetivo este pensado na Carta Magna, cabendo ao último a interpretação do direito sob o viés da constitucionalidade e legalidade, ao passo que ao primeiro a mesma análise recairá sob os aspectos técnicos, contábeis e fáticos da questão, não cabendo nem a um e nem a outro se imiscuir no âmbito de atuação de outro.

Palavras-chave: administração pública; competências constitucionais; conflitos decisórios; Procuradoria-Geral do Estado; Tribunal de Contas.

ABSTRACT: This paper presents what are the types of control existing in the Public Administration, what are the roles played by the Attorney General of the State (PGE) and by the Court of Auditors, how the relationship between these bodies occurs and the possible conflicts that arise due to their powers to, at the end, propose a solution to the conflicts that preserves the competence constitutionally established for each one. To do so, the hypothetical-deductive methodology was used, based on bibliographic research in books and scientific articles published in specialized magazines, websites, as well as Brazilian legislation and jurisprudence on the subject. One of the results of this article is the observation that there is no single solution to this question. And as an answer to the problem presented, it is evident that the guidelines will be given by the situation posed, with no prevalence of understanding, either of the State Court of Auditors (TCE) or the PGE, but complementation of performances, an objective thought in the Magna Carta, the latter being responsible for the interpretation of the law under the bias of constitutionality and legality, while the former the same analysis will fall under the technical, accounting and factual aspects of the issue, neither one nor the other being responsible for meddling in the scope of action of the other.

Keywords: public administration; constitutional competences; decision-making conflicts; Attorney General of the State; Court of Auditors.

¹ Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PROFIAP-UFMS). Especialista em Direito Administrativo (PUC/SP), Direito Processual (UNIP/SP); Gestão Pública (UCDB/MS); Direito Sanitário (FIOCRUZ/DF) e em Controle Externo da Administração Pública (Faculdade Insted/MS). Orcid: 0000-0003-3578-694X. E-mail: icosta.ms@hotmail.com.

² Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestrando em Direito Político e Econômico (Mackenzie); Especialista em Direito Público (Faculdade Damásio) e em Controle Externo da Administração Pública (Faculdade Insted/MS). Orcid: 0009-0000-8272-9249. E-mail: henriramalho@gmail.com.

1 Introdução

Sabendo que o Direito Financeiro e o Direito Administrativo são ramos afetos tanto ao trabalho das Procuradorias Gerais dos Estados, quanto dos técnicos dos Tribunais de Contas, é possível que por vezes se possa deparar com conflitos de entendimentos a respeito daquelas matérias. O trabalho propõe a apresentar a problemática e tentar definir o papel dos atores envolvidos à luz da Constituição e legislação aplicável. Para tanto, serão analisadas a figura constitucional desses órgãos, a legislação que rege suas competências e a relação do controle externo com a denominada “paralisia decisória” ou “apagão das canetas”.

Na primeira parte serão abordados os fundamentos de controle na administração pública, explicitando os tipos mais aceitos na doutrina e uma breve descrição do histórico da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

Na segunda parte serão abordados aspectos das competências dos Tribunais de Contas, e, especialmente, do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul.

Por sua vez, na terceira parte, serão discorridos tópicos acerca de conflitos de entendimentos entre a Procuradoria-Geral do Estado e o Tribunal de Contas e as possíveis soluções.

Por fim, com as proposições apresentadas, se pretende firmar qual caminho de solução mais adequado na hipótese de eventual conflito de competência entre Procuradoria-Geral do Estado, enquanto órgão consultivo do estado, e Tribunal de Contas, enquanto órgão de controle externo.

2 Controle na administração pública e a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

A Administração Pública atua por meio de seus órgãos e seus agentes, os quais são incumbidos do exercício das funções públicas, ou seja, da atividade administrativa. É dentro da atividade administrativa, como função pública, que se encontra a gestão pública. O termo “gestão” tem sua origem na iniciativa privada, sendo posteriormente incorporada ao serviço público, tanto que “gestão pública” e “administração pública” se confundem em muitos aspectos.

De forma singela, podemos entender a gestão pública como mecanismo (políticas públicas, avaliações de desempenho e planejamento corporativo) para uma eficiente administração da coisa pública. Para Santos (2015, p. 47), “gestão pública refere-se às funções

de gerência pública dos negócios do governo”. Preferimos entender a “gestão pública” como mecanismo de ação (algumas oriundas do setor privado) dentro da “administração pública”, ou seja, esta última contém aquela primeira.

Em que pese a gestão pública ser mecanismo arraigado em todo serviço público, cabe ao Poder Executivo, como função típica, a tarefa de fazer gestão pública, em decorrência da forma de governo, que é uma República (Brasil, 1988, art. 1º) e da separação dos poderes (Brasil, 1988, art. 2º). República, do vocábulo *res publica*, quer dizer coisa pública, ou seja, a “administração pública – sentido operacional” feita pelo Poder Executivo nada mais é do que administrar algo alheio, de toda a sociedade. Por isso, a Constituição Federal expressamente enuncia que “todo o poder emana do povo” (Brasil, 1988, art. 1º, parágrafo único).

Todavia, no manejo dos instrumentos à busca do interesse público, no gozo e no uso dos poderes que são atribuídos aos agentes públicos para alcançar esse fim, podem estes ultrapassar os limites legais e se acometer em abusos e ilegalidades. Por tal razão, tornam-se necessários os meios de fiscalização (preventiva) e de controle dos atos da Administração Pública.

Importante lição acerca do controle da atividade estatal é trazida por Justen Filho (2011, p. 1100):

Em muitos países, os instrumentos de controle sobre a conduta dos governantes são informais e difusos. A sociedade exerce suficiente autoridade para impedir que os exercentes de funções estatais valham-se das oportunidades geradas pelos cargos que ocupam para a obtenção de benefícios indevidos ou para a adoção de condutas ética ou politicamente reprováveis. A natureza dos controles jurídicos varia em função dessas características sociais. Quanto menos eficientes os controles sociais para disciplinar a conduta dos agentes estatais, mais relevante se torna o controle jurídico formal.

O controle da atividade administrativa depende de instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Mas nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular. A democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder. A omissão individual em participar dos processos de controle do poder político acarreta a ampliação do arbítrio governamental.

Os institutos que preveem a participação popular na atividade administrativa representam, por isso, a solução mais satisfatória e eficiente para promoção dos direitos fundamentais.

O agente estatal é um servo do povo, e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais.

É indispensável ampliar o instrumental de controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição. É imperioso instituir autoridades políticas e administrativas independentes, que sejam investidas de garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal.

Neste olhar, resta indubitado que o controle é inerente à atividade estatal e os governantes a ele devem se submeter como característica intrínseca da administração pública.

Quanto aos instrumentos de controle da administração pública, os tradicionais podem assim ser categorizados:

Quanto aos órgãos incumbidos do controle, que são exercidos de forma tripartite: controle legislativo, feito pelo Poder Legislativo com o auxílio do *Tribunal de Contas*; controle administrativo, feito no próprio âmbito administrativo, pode ser tutelar ou hierárquico; controle judicial, feito pelo Poder Judiciário, que tem fundamento constitucional no princípio do acesso à jurisdição (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXV).

Quanto ao âmbito: interno, aquele feito por órgãos da própria Administração Pública, podendo ser hierárquico ou tutelar, mas não somente, quanto ao controle hierárquico, feito no seio da própria estrutura administrativa hierarquizada, que pressupõe, via de regra, desconcentração administrativa; controle tutelar, também chamado de supervisão, igualmente feito em âmbito administrativo, mas por pessoa jurídica diferente daquela de onde adveio o ato a ser controlado, também denominado de controle finalístico; e controle externo, aquele feito por estrutura diversificada, como, por exemplo, Poder Legislativo e Poder Judiciário (Justen Filho, 2011).

Nesse contexto, as Procuradorias Estaduais são os órgãos representativos da advocacia pública, com assento na Constituição Federal (art. 132). A Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE/MS) foi criada por meio do Decreto-Lei nº 25, de 1º de janeiro de 1979, assinado pelo engenheiro Harry Amorim Costa, governador nomeado do recém-criado estado de Mato Grosso do Sul (Lei Complementar Federal de Divisão de Estados nº 31, de 11 de outubro de 1977) e teve o advogado José Couto Vieira Pontes como primeiro Procurador-Geral (Mato Grosso do Sul, 2021).

Na década seguinte, o governo estadual voltou-se para estruturar os serviços públicos e mirar os problemas sociais, a educação e a saúde. Assim, em 1988, foi realizado o primeiro concurso público para ingresso na classe inicial de carreira de Procurador do Estado, conforme a Resolução PGE/MS/nº 001, de 22 de janeiro de 1988 (Mato Grosso do Sul, 2021).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no mesmo ano, seguiram-se novas Constituições Estaduais nas unidades federadas. Nesse caminho, a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, promulgada em 5 de outubro de 1989, conferiu à Procuradoria-Geral do Estado a condição de instituição essencial à Administração Pública Estadual (artigos 144 a 146), com a função de representar em caráter exclusivo o estado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe a defesa de seus direitos e interesses na área judicial e administrativa, além das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 30, de 22 de novembro de 2005,

estabeleceu que o Procurador-Geral do Estado passasse a ser nomeado pelo governador dentre integrantes da carreira de Procurador do Estado em atividade com, no mínimo, 30 anos de idade e dez anos de efetivo exercício do cargo (Mato Grosso do Sul, 2021).

Inicialmente, a PGE/MS foi estruturada pela Lei Complementar Estadual nº 31, de 4 de dezembro de 1987, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, estabelecendo a competência, estrutura, organização e funcionamento de seus órgãos e o estatuto da carreira de seus membros, entre outras providências (Mato Grosso do Sul, 2021).

Atualmente, a PGE/MS é regida pela Lei Complementar nº 95, de 26 de dezembro de 2001, que “dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, e o estatuto da carreira de seus membros, e dá outras providências”, regulamentada pela Resolução PGE/MS/nº194, de 23 de abril de 2010 (Regimento Interno). Dentre as funções da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, destacam-se: a representação do Estado e a defesa de seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa, em caráter exclusivo, dentre as quais se enquadram a cobrança da dívida ativa estadual e das decisões do Tribunal de Contas em favor da Fazenda Pública Estadual; a propositura de ações discriminatórias e ação civil pública; a proposta e elaboração de ação de inconstitucionalidade de quaisquer normas; a consultoria e o assessoramento jurídico; a coordenação e supervisão técnico-jurídica do Poder Executivo e da Administração Indireta; a emissão de pareceres normativos, ou não, com vistas à fixação da interpretação administrativa na execução de leis ou de atos do Poder Executivo; a representação concorrente, judicial e extrajudicial, das entidades autárquicas, fundacionais ou empresas públicas; o exercício do controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo e da Administração Indireta; a transação, desenvolvida no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado pela Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (Casc/PGE/MS) (Mato Grosso do Sul, 2021, recurso online).

Como se vê, então, a Procuradoria-Geral do Estado, naquilo que se refere ao controle da administração pública, possui relevante atuação na fixação da orientação jurídica que deve nortear a atuação dos gestores públicos, o que reflete não apenas no controle interno, mas, também, no controle externo.

3 Breves considerações sobre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul e suas competências

O surgimento da figura dos tribunais de contas remonta a 1890, quando o então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, editou o Decreto nº 966-A e criou o Tribunal de Contas da União (TCU). Ao Tribunal de Contas da União foi incumbido “o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica” (Brasil, 1890, art. 1º; Brasil, 2021a).

Em seguida, com a primeira constituição republicana (CF/1891), o Tribunal de Contas da União ganhou assento constitucional, estando previsto em seu art. 89 a competência para “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso” (Brasil, 1891, art. 89; Brasil, 2021a).

Com o passar do tempo, as competências do Tribunal de Contas da União foram ora ampliadas (v.g.: CF/1946) e ora reduzidas (v.g.: CF/1937 e CF/1967), até que se chegasse ao desenho atual, em que suas competências estão elencadas principalmente no art. 71 da Constituição Federal de 1988³ (Brasil, 2021a).

³ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Já o art. 75 da atual constituição dispôs que às Constituições estaduais é incumbido dispor sobre os respectivos tribunais de contas, aos quais se aplicam, no que couber, as normas sobre organização, composição e fiscalização aplicáveis ao Tribunal de Contas da União. Nesse cenário, a despeito de sua existência desde antes da Carta Cidadã, a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul dispôs sobre as competências da Corte de Contas sul-matogrossense de forma similar às do Tribunal de Contas da União⁴.

Com efeito, observa-se que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, assim como o Tribunal de Contas da União, apesar de auxiliar do Poder Legislativo, possui forte independência e, por isso, não deve ser considerado como órgão inserido na relação hierárquica dos três Poderes, conforme decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4190:

os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero

⁴ Art. 77. O controle externo a cargo da Assembléia Legislativa será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, através de parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, a extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como a da concessão de aposentadoria, reforma e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento do ato concessório;

IV - realizar por iniciativa própria, da Assembléia Legislativa, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e de entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas das empresas de cujo capital o Estado participe, de forma direta ou indireta, nos termos do estatuto próprio;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado através de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Municípios ou outras entidades;

VII - prestar as informações solicitadas pela Assembléia Legislativa ou suas comissões, sobre fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei;

IX - se verificada a ilegalidade, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembléia Legislativa;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembléia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se a Assembléia Legislativa, ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º Os danos causados ao erário pelo ato impugnado ou sustado serão imediatamente apurados e cobrados aos servidores responsáveis pela operação ou pelo ato, independentemente das penalidades administrativas cabíveis.

§ 4º As decisões do Tribunal de que resultar imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 5º O Tribunal de Contas encaminhará à Assembléia Legislativa relatórios trimestral e anual de suas atividades.

assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (Brasil, 2010, recurso online).

Entretanto, sua competência é limitada pelo próprio texto constitucional, que define como seu mister o auxílio ao Poder Legislativo no que tange à “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial [...] das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (Brasil, 1988, art. 70⁵; Mato Grosso do Sul, 1989, art. 75⁶).

E isso se dá em razão da existência, no sistema constitucional, de um sistema especializado de controle interno e externo integrados, sujeitos aos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade e economicidade aplicados à gestão financeira e orçamentária, cabendo ao Tribunal de Contas, no auxílio do controle externo, a fiscalização e correção de irregularidades em regra *a posteriori*, enquanto ao controle interno incumbe a fiscalização e correção durante o acompanhamento de toda gestão orçamentária, financeira e patrimonial (Moreira Neto, 2014).

Isto é, ainda que exista o controle externo, seara de atuação do Tribunal de Contas, atividade exercida precipuamente *a posteriori*, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta não é feita somente por si, pois a todo tempo essa também se verifica no âmbito do controle interno, que exerce os mesmos misteres durante toda gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

4 Dos conflitos de entendimentos entre a Procuradoria-Geral do Estado e o Tribunal de Contas e as possíveis soluções

Por existir compartilhamento e sobreposição de competências constitucionais relativas ao controle da gestão financeira e orçamentária das entidades da administração direta e indireta, a despeito de o momento de atuação ser distinto como regra, é importante que se delimite o espaço de atuação dos órgãos envolvidos, mormente em relação à Procuradoria-Geral

⁵ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

⁶ Art. 75. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação de subvenções e a renúncias de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

do Estado e ao Tribunal de Contas do Estado, visto que a forma de aplicação do direito no âmbito do estado é competência da advocacia pública e esta atividade influi diretamente na legalidade que deve nortear o controle externo.

Se não houver essa delimitação, há um risco potencial de existir grave conflito de entendimentos, prejuízo à segurança jurídica e ineficiência dos atos de gestão voltados ao atingimento do interesse público. E isso se verifica porque, especificamente na atuação de consultoria e de assessoramento jurídico prestado pela Procuradoria-Geral ao Estado, lhe é atribuído o mister de traçar as balizas de atuação do ente público, com orientação aos gestores, enquanto ao Tribunal de Contas do Estado é dada a competência de, no auxílio do Poder Legislativo, realizar o controle externo da gestão orçamentária, financeira e patrimonial no que se refere à legalidade.

Ou seja, durante o exercício da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, é atribuído à Procuradoria-Geral do Estado o papel de orientar, dentro da juridicidade, qual deve ser o norte, sob o viés da juridicidade, de atuação dos gestores para consecução dos interesses públicos, havendo, nesse momento, nítido controle interno da gestão; em outro momento, em um controle *a posteriori*, tem-se presente igualmente o Tribunal de Contas do Estado, avaliando a correção dos atos gerenciais, que, recorrentemente, possui entendimento diverso acerca do modo de atuação tido como juridicamente adequado.

De mais a mais, recentemente, verificou-se que o Tribunal de Contas da União, em julgamento de pedido de reexame, decidiu no Acórdão nº 2832/2020, que os pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU) não vinculam os julgamentos do TCU, senão vejamos:

no sistema brasileiro, desse modo, o controle externo está a cargo do Congresso Nacional, para exercê-lo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, de forma a garantir a existência de independência em relação ao Poder Executivo Federal. A contrario sensu, estar-se-ia diante de um controle interno, não externo. 16.4. Para realização desse desígnio, a Constituição Federal e a Lei 8.443/1992 conferiram ao TCU um conjunto nobre de competências, dentre as quais se destacam as competências para julgar contas, proceder a fiscalizações, aplicar sanções, dentre outras. Suas decisões têm natureza mandamental, não consultiva ou de assessoramento. [...] A determinação do Tribunal, por seu turno, tem caráter cogente. [...] A AGU, segundo art. 3º, da Lei Complementar 73/1993 tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República. O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República. Na mesma linha, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do art. 12 da Lei Complementar 73/1993, é órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda. 16.9. Veja-se que os órgãos da administração direta e indireta, nelas inseridas a AGU e a PGFN, prestam contas ao TCU. O próprio Presidente da República, a quem se submete, de forma direta, pessoal e imediata o chefe da AGU, tem suas contas apreciadas, mediante parecer prévio, pelo Tribunal. Na mesma linha, o titular do Ministério da Economia, a quem se subordina administrativamente a PGFN, é jurisdicionado do Tribunal. 16.10. Nessa esteira, não existiria controle externo efetivo e independente, caso fosse possível a limitação da atividade do TCU pela existência de um parecer da AGU ou da PGFN que tenha

tratado da matéria. O controle externo poderia, nessa absurda hipótese, ser continuamente limitado em seu poder de atuação, pela emissão de pareceres dos próprios jurisdicionados. 16.11. Assim, a decisão da Corte de Contas em sentido contrário ao parecer da AGU não representa qualquer forma de usurpação de competência constitucionalmente atribuída à AGU, uma vez que suas decisões não estão vinculadas aos pareceres da AGU, por decorrerem de mandamento expresso da Constituição Federal e da Lei 8.443/1992. (Brasil, 2021b, recurso online).

Ocorre que, independentemente da vinculação do Tribunal de Contas a pareceres de órgãos de consultoria jurídica, não se pode desconsiderar, por completo, as orientações jurídicas emitidas por estes órgãos, haja vista que se a estes foi conferida a competência constitucional para prestar o devido assessoramento jurídico, os atos pautados em seus pareceres não podem sofrer total repulsa.

Inclusive, a observância de pareceres dos órgãos de assessoramento jurídico com competência constitucional para tanto não significa vinculação a si, mas, apenas, uma deferência ao seu entendimento a respeito de determinado assunto, visto que essenciais à boa gestão pública.

Nesse sentido, é a lição de Cabral (2021, recurso online),

dizer que o TCU não se vincula aos pareceres da AGU não significa que estes pareceres sejam irrelevantes para a atuação da corte de contas. Pode-se apontar ao menos dois aspectos relevantes dos pareceres da advocacia pública, que não foram mencionados nem levados em consideração pelo TCU. O primeiro deles, e talvez o mais importante, é que, embora o TCU não se subordine nem se vincule aos pareceres da AGU, deve ao menos, a depender do caso, prestar-lhes deferência. Isso significa que não cabe à corte de contas adentrar em toda e qualquer seara analisada pela consultoria jurídica, sendo que questões que estejam dentro do aspecto da discricionariedade administrativa não podem ser livremente revisadas pela corte. A deferência às decisões e às escolhas do gestor não representam uma total impossibilidade de controle, mas, sim, um respeito à racionalidade administrativa e à reserva de Administração Pública. Além disso, certas questões que são analisadas pelos pareceres da AGU podem fugir da competência do TCU. Aqui, a deferência exigida do TCU em relação aos pareceres é justamente atuar de maneira autocontida no que tange aos limites do controle. [...] O segundo ponto que se deve trazer à tona é que o parecer emitido pela AGU possui relevância para a aferição de eventual responsabilização do agente público que praticou o ato em sintonia com o ato consultivo. Ainda que o TCU entenda pela incorreção do parecer, e seja uma análise que esteja dentro de suas competências, não se mostra acertado responsabilizar automaticamente o agente público que, por dever de obediência hierárquica e uniformização da atuação administrativa, seguiu a orientação institucional expressa por meio do parecer jurídico (em especial quando este se mostra vinculante, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993). [...] Em síntese, não obstante a adequada constatação de que o TCU não se vincula aos pareceres da AGU, deve-se lembrar que os referidos pareceres têm (deveriam ter) o condão de balizar a atuação do TCU, que não pode invadir espaços que fujam de sua competência, bem como devem ser levados em consideração nas eventuais hipóteses de responsabilização de agentes públicos. Complementando a conclusão do TCU, mais acertado seria se a corte tivesse consignado o seguinte enunciado: *"Os pareceres da AGU não vinculam os julgamentos do TCU, porém podem balizar e limitar certas análises da corte"*.

Até mesmo porque, se assim não for, ante a ausência de força vinculante das decisões das Cortes de Contas, não raro se verificará que, inobstante a decisão da Corte de

Contas, a orientação jurídica ao ente público continuará divergente e trará prejuízos à segurança jurídica e à eficiência administrativa.

Ressalte-se que a ausência de efeitos vinculantes e de definitividade da interpretação do direito realizada pelas Cortes de Contas já restou apreciada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, que consignou:

1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. [...] 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. [...]. (Brasil, 2021c, recurso online).

Para evitar essa situação, em que não há nenhuma vinculação de um órgão a outro, mas cuja atuação pode ensejar conflitos de entendimentos e prejuízos, ante a parcial comunhão de competências, é importante que se estabeleçam limites de atuação para os órgãos.

E os limites estão estabelecidos na própria Constituição Federal, que no art. 132 confere aos integrantes da advocacia pública a consultoria e assessoramento jurídico da administração pública direta e indireta das unidades federadas, incumbindo-lhes, ainda, por força do art. 70 do texto constitucional, participação no controle interno da gestão orçamentária, financeira e patrimonial no que se refere à legalidade, de sorte que não pode ser considerada incorreta a atuação do gestor público que segue orientação da advocacia pública do ente, a não ser que a orientação seja desgarrada do ordenamento jurídico ou se trate de orientação manifestamente ilegal.

Isso se dá porque a atuação em conformidade com orientação da advocacia pública do ente configura estrito cumprimento do dever legal, que exclui a ilicitude da conduta (Brasil, 1940, art. 23, inciso III) e impede qualquer sancionamento. Cite-se, nesse sentido, o Parecer nº 4/98-LRB, do então Procurador do Estado Luís Roberto Barroso, aprovado pelo Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro em 11 de dezembro de 1998 (Barroso, 1998, p. 11-13):

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 [...]. 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 Katkiano. 16. Deve-se ter em linha de conta que a decisão do Tribunal de Contas, não obstante o seu caráter 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 pena] em particular, a possibilidade de exigir-se conduta diversa é pressuposto da culpabilidade [...]. 17. O dever de obediência, como é princípio incontestável, afasta a culpabilidade. A obediência hierárquica, ensina a doutrina, "é causa excludente da culpabilidade". No

mesmo sentido é a pacífica jurisprudência dos Tribunais [...]. 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 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 caráter normativo. Por tais razões, demonstrada a inexigibilidade de conduta diversa pela Secretária de Estado de Saúde, a multa é nula.

Por outro lado, ao Tribunal de Contas, conforme arts. 70 e 71 da Constituição Federal, compete, no auxílio do exercício do controle externo da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, no que toca à legalidade do ato praticado em conformidade com orientação da advocacia pública, em sua deferência, a sua repulsa somente se se tratar de orientação manifestamente ilegal ou de orientação desconforme o ordenamento jurídico.

Frise-se que por orientação desconforme com o ordenamento jurídico deve ser entendida não aquela com a qual a Corte de Contas não concorda, mas aquela impossível a partir da interpretação do direito, porquanto a ciência jurídica não é exata, cabendo aos aplicadores do direito, a todo tempo, o exercício da exegese.

Aqui é importante mencionar recente alteração legislativa levada a efeito pela Lei nº 14.230/2021, que inseriu o §8º no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa, e explicitou a conduta comissiva ou omissiva baseada em jurisprudência, independentemente de esta ser pacificada ou restar superada posteriormente, não configura ato improbidade.

Em tal condição, não haverá vinculação de um órgão ao outro, mas, apenas, delimitação de atuações, já que se preservará a competência para consultoria e assessoramento jurídico da advocacia pública, trazendo segurança jurídica para atuação dos gestores, e restará preservada competência do Tribunal de Contas para verificar a legalidade dos atos dos gestores, repelindo aqueles fulcrados em entendimentos manifestamente ilegais e em desconformidade com o ordenamento jurídico, merecendo destaque, outrossim, as balizas interpretativas das normas sobre gestão pública estabelecidas no art. 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁷.

⁷ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Se assim não for, a insegurança do gestor restará instalada, refletindo diretamente na atuação administrativa, resultando inclusive no fenômeno chamado de “apagão das canetas”, caracterizado pela paralisia decisória como consequência do medo que os agentes públicos têm do controle externo por suas decisões, optando por nada decidirem para evitarem riscos decisórios (Valgas, 2021).

6 Considerações Finais

Tanto a Procuradoria-Geral do Estado quanto o Tribunal de Contas desempenham relevante papel no controle da administração pública, este no auxílio do controle externo e aquele no controle interno, mormente por participar da formação de atos administrativos, com orientação da atuação da administração pública.

Em razão do compartilhamento e sobreposição de competências constitucionais relativas ao controle da gestão financeira e orçamentária das entidades da administração direta e indireta, não raras vezes podem surgir conflitos de entendimentos com potencial risco aos gestores públicos e, consequentemente, à atividade administrativa.

Para solução dos conflitos, conclui-se que a questão que se apresenta não comporta solução una. Em casos específicos as balizas serão dadas pela situação posta, mas o fato é que a potencial divergência de entendimentos entre ambos órgãos de controle da administração pública (consultoria jurídica *versus* controle externo) pode levar à insegurança de atuação do gestor público, refletindo diretamente na atuação administrativa, resultando inclusive no fenômeno chamado de “apagão das canetas”, caracterizado pela paralisia decisória.

Com efeito, à luz dos apontamentos doutrinários e jurisprudenciais já apontados, alguns caminhos a seguir na solução de eventual divergência podem ser traçados: às consultorias jurídicas da administração pública cabe a interpretação do direito sob o viés da constitucionalidade e legalidade, ao passo que, às Cortes de Contas, a mesma análise recairá sob os aspectos técnicos, contábeis e fáticos da questão, não cabendo nenhum nem a outro se

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

imiscuir no âmbito de atuação de outro. Não haveria prevalência de entendimento, seja do TCE, seja da PGE, mas complementação das atuações, objetivo este pensado na Carta Magna.

Além disso, atos dos gestores públicos em desconformidade com o direito poderão ser sancionados, mas se deve observar que atuação do gestor que segue orientação da advocacia pública do ente não é incorreta, salvo se a orientação for desgarrada do ordenamento jurídico ou manifestamente ilegal, que não aquela com a qual a Corte de Contas não concorda, mas aquela impossível a partir da interpretação do direito.

Em todo caso, se inconciliáveis os posicionamentos dos órgãos, a discussão acerca de qual deve ser a orientação a ser seguida deve ser apresentada ao Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, é o órgão incumbido de dizer o direito com definitividade para solução de conflitos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer nº 4/98-LRB**. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, 1998. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/895>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890**. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. [S. l.]: Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4190**. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de março de 2010. Diário de Justiça, Brasília, DF, 11 jun. 2010.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur179251/false>. Acesso em 25 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35410**. Impetrante: Sindicato Nacional dos Analistas-Tributarios da Receita Federal do Brasil. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 13 de abril de 2021. Diário de Justiça, Brasília-DF, 6 maio 2021c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446764/false>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **História do TCU**. Brasília, DF: TCU, 2021a. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia-do-tcu.htm>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação nº 026.994/2018-6. Acórdão nº 2832/2020**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 21 out. 2021b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2411427%22>. Acesso em: 1 dez. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Acórdão TCU 2532/2021 e os pareceres da AGU**: entre a vinculação e a indeferência. [S. l.]: Consultor Jurídico, 13 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-13/flavio-cabral-acordao-tcu-25322021-pareceres-agu>. Acesso em: 25 nov. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MATO GROSSO DO SUL. **Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. (05 de outubro de 1989)**. Campo Grande: Assembleia Estadual Constituinte, 1989. Disponível em: https://www.al.ms.gov.br/upload/Pdf/2019_07_15_05_15_11_constituicao-do-estado-de-mato-grosso-do-sul-1989.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. **História**. PGE: Campo Grande, 2021. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/contato/historico/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Clézio Saldanha dos. **Introdução à gestão pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VALGAS, Rodrigo. **Direito Administrativo do Medo e o “apagão das canetas”**. [S. l.]: Sollicita Portal, 12 jan. 2021. Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17193&n=direito-administrativo-do-medo-e-o-%E2%80%9Capag%C3%A3o-das-canetas%E2%80%9D. Acesso em: 8 dez. 2021.