



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

CAETANO ALBERTO MARTINS BOTELHO

**A RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NA
ELABORAÇÃO DE PARECERES PERANTE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Brasília

2013

CAETANO ALBERTO MARTINS BOTELHO

**A RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NA
ELABORAÇÃO DE PARECERES PERANTE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Brasília

2013

CAETANO ALBERTO MARTINS BOTELHO

**A RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NA
ELABORAÇÃO DE PARECERES PERANTE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

BRASÍLIA/DF, 27/11/2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Prof. César Augusto Binder

Prof. Vetuval Vasconcelos

RESUMO

Este trabalho visa fazer uma análise de um tema controvertido do Direito Administrativo Brasileiro, que ainda não foi pacificado pela Jurisprudência pátria. Trata-se da responsabilidade dos consultores jurídicos na elaboração de pareceres na Administração Pública, função essa exercida pela Advocacia-Geral da União no âmbito federal. Serão estudados os enfoques do Tribunal de Contas, contrastado com posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Cada ponto de divergência será analisado com vistas à pacificação do tema.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Advocacia Pública. Responsabilização. Tribunal de Contas da União. Parecer Jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DA FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	8
2 DA NATUREZA JURÍDICA DO PARECER.....	16
2.1 <i>Dos Atos Administrativos.....</i>	16
2.2 <i>Do Parecer Jurídico</i>	17
3 DA RESPONSABILIDADE DOS CONSULTORES JURÍDICOS.....	27
3.1 <i>Da Advocacia Pública</i>	27
3.2 <i>1ª Corrente: A tese da irresponsabilidade</i>	30
3.3 <i>2ª Corrente: Responsabilidade solidária do parecerista</i>	32
4 DA COMPETÊNCIA PUNITIVA DOS ADVOGADOS PÚBLICOS	37
4.1 <i>Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....</i>	38
4.2 <i>Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....</i>	43
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

Em algumas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tiveram de lidar com demandas relacionadas à responsabilidade de advogados públicos que norteiam a atividade da Administração Pública, mediante a emissão de pareceres jurídicos. Isso porque, em determinados casos nos quais houve a constatação de irregularidades pelo Tribunal de Contas da União, havia um ato consultivo que embasava a atuação do gestor.

Desse modo, a Corte de Contas não hesitou em convocar esses procuradores para prestar esclarecimentos sobre suposta malversação do patrimônio público.

Apesar de não existir precedente relacionado à aplicação de penalidades, pelo próprio TCU, aos advogados públicos, este trabalho irá fazer uma análise sobre os precedentes, principalmente do STF, que, de antemão, inclina-se para aceitar essa hipótese.

Mas, antes disso, será estudada a função institucional do Tribunal de Contas da União, ou seja, será visto quais foram os limites de atuação desse órgão, bem como a natureza jurídica de suas decisões, e, também, a sua posição na estrutura administrativa do Estado Brasileiro.

Também será feito um breve estudo acerca dos atos administrativos, para que possa ser identificada a natureza jurídica dos pareceres. Conforme será visto, essa análise é importante para poderem ser identificados os efeitos jurídicos causados pela emissão do parecer.

Posteriormente, abordar-se-á a natureza jurídica da Advocacia Pública, contrastando-a com as disposições constitucionais referentes aos Advogados, como “função essencial à justiça”. A partir disso, poderá ser aferida a aventada hipótese de inviolabilidade de manifestação dos advogados públicos, isentando-os de responsabilização.

Em seguida, serão confrontadas as teses favoráveis e não favoráveis à responsabilização dos advogados públicos e, por fim, estudados os precedentes do STJ e do STF, que, apesar de não autorizarem a responsabilização desses profissionais, indicam possível desfecho para o tema.

1 DA FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Os períodos que antecederam a Revolução Francesa (notadamente os regimes absolutistas) foram marcados por uma relação de poder centralizada na figura do governante. Nesses regimes, a coisa pública comumente confundia-se com as coisas do príncipe (*res publicae res principis*), e os governados ficavam em um segundo plano.¹

Esse paradigma mudou completamente após o advento do Estado liberal, notadamente conhecido como Estado de Direito, no qual o governante deve agir de acordo com o princípio da legalidade estrita, ou seja, apenas pode fazer aquilo que a Lei autorizar, nos seus exatos limites.

Nesse contexto, o novo modelo de Estado que emergia passou a direcionar as políticas do Estado em prol do cidadão, principalmente no que se refere à proteção dos direitos e liberdades individuais. Do mesmo modo, exigiu-se um aprimoramento de diversos instrumentos essenciais à limitação dos poderes do Estado e dos mandatários eleitos pelo povo. Entre esses instrumentos, destacamos, neste trabalho, o controle externo da Administração Pública.

Helio Saul Mileski ao indagar-se acerca do que é “controle”, responde que o controle é algo que seja “ágil e satisfatório para o cumprimento de suas obrigações controladoras no moderno Estado Democrático de Direito”.² Para o autor, os órgãos de controle necessitam ser dotados de uma estrutura constitucional diferenciada, adequados ao novo e moderno tipo de Estado.

Nesse passo, o primeiro ponto relevante a ser estudado em relação ao Tribunal de Contas da União é em relação ao seu enquadramento constitucional

¹ MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91.

² MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91.

ou sua natureza jurídica. Vale dizer: o Tribunal de Contas integra qual dos Três Poderes da República?³

A resposta para essa pergunta poderia, em um primeiro momento, ser encontrada a partir da leitura do art. 71 da Constituição Federal de 1988, que reza: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas (...)”.

A atividade de “controle externo” feito sobre a Administração Pública confere ao Tribunal de Contas da União natureza *sui generis*, ou seja, alheia à clássica divisão de poderes, conforme destaca Luiz Bernardo Dias Costa:

Embora a titularidade do controle externo esteja concentrada no Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não integra à sua estrutura administrativa nem de qualquer outro Poder constituído, sendo considerado órgão constitucionalmente independente e autônomo.⁴

Do mesmo modo, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera: “O TCU se posta como órgão da pessoa jurídica da União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais”⁵. Todo esse *status* concedido ao Tribunal não é em vão. O controle das contas públicas constitui papel essencial para o fortalecimento da Democracia, fundamento da República. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma:

O Tribunal de Contas apresenta-se como órgão constitucional subordinante, dadas as suas doze funções constitucionais, arroladas no art. 71, § 2º, que evidenciam relações de supraordenação perante funções de outros órgãos ou conjuntos orgânicos independentes; em segundo lugar, por constituir-se em órgão constitucional essencial, ao qual competem funções político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, dado que exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático.⁶

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69.

⁴ COSTA, L. B. D. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 252 p.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 76.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José de. (Coord.) *O novo tribunal de contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Ora, a existência de uma vinculação direta a qualquer um dos poderes retiraria, por óbvio, toda a legitimidade dos tribunais de contas em exercer o seu papel constitucional em defesa da probidade e legalidade dos atos praticados na Administração Pública. Em relação ao Poder Legislativo, a Constituição definiu, entre o Tribunal de Contas e o Congresso Nacional, uma relação de cooperação, e não de hierarquia ou subordinação.⁷ Por esse motivo conclui Celso Antônio Bandeira de Melo:

Assim (...) não há senão responder que o Texto Constitucional houve por bem delinear-lo como um órgão autônomo, não enquadrado nem no executivo, nem no legislativo, nem no Judiciário.⁸

Sobre o enquadramento constitucional dos Tribunais de Contas, assinalou Odete Medauar:

Impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio do Poder Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.⁹

Sérgio Ferraz condena aqueles que dizem que o Tribunal de Contas é “órgão auxiliar”. Para o autor, a dicção constitucional, ao afirmar que “o controle externo da execução financeiro-orçamentária, de atribuição do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”, apenas criou um mecanismo de cooperação, no sentido de unir os Poderes Estatais para se chegar a um fim comum.¹⁰

Enfatizando a autonomia do TCU em relação ao Poder Legislativo, vale transcrever ensinamento de Carlos Ayres Britto:

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José de. (Coord.) *O novo tribunal de contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 252 p.

⁹ MEDAUAR, Odete apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: *O novo tribunal de contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 64.

¹⁰ FERRAZ, Sérgio. *A execução das decisões dos tribunais de contas: algumas observações*. In: *O novo tribunal de contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 151-152.

(...) o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. De sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Especial de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade do Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e de natureza federada.¹¹

Nessa linha, vale lembrar que a expressão “auxílio”, contida no art. 71 da Carta Magna não deve ser vista como uma relação de subordinação. Pelo contrário, tem o condão de enfatizar o caráter essencial ao efetivo e eficaz controle da Administração Pública.¹² A colocação do Tribunal de Contas junto ao Legislativo decorre apenas da clássica divisão dos poderes, por uma questão de classificação. Até porque, o Tribunal de Contas não se subordina ao Poder Legislativo, vez que o art. 71 da Constituição colocou sob a égide do controle do TCU todos os três poderes do Estado.¹³

Outro tema relevante em relação ao TCU é em relação a sua função jurisdicional. Essa discussão surgiu pela previsão, na Constituição, da expressão “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens, valores e dinheiros (...)” (art. 71, II, CF/88)

Destarte, existem adeptos da tese de que o TCU exerce função jurisdicional, como Pontes de Miranda, Carlos Casemiro Costa e Seabra Fagundes, citados por Celso Antonio Bandeira de Melo¹⁴. Seabra Fagundes defendia que, “se a regularidade das contas públicas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário)”, o pronunciamento do TCU não passaria de “mero e inútil formalismo”.¹⁵

¹¹ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *In*: O novo Tribunal de Contas. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 176.

¹² COSTA, L. B. D. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 252 p.

¹³ MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. *In*: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 101.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. *In*: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 66.

¹⁵ FAGUNDES, Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 138.

Do mesmo modo, Seabra Fagundes afirmava que a função judicante do TCU não decorre meramente da existência da expressão “julgamento” no texto constitucional. Até porque, o termo também era utilizado, à época da Constituição de 1967, para se referir a apreciação da legalidade de concessões de aposentadorias, reformas e pensões. Contudo, nesse caso, não era reconhecida a função judicante.¹⁶

Em que pese a força de tais argumentos, atualmente prevalece a doutrina que considera o Tribunal de Contas órgão que exerce apenas funções administrativas. Consoante afirma Celso Antonio Bandeira de Melo, “se o Texto constitucional houvesse pretendido excepcionar a competência do Judiciário na matéria, tê-lo-ia feito de modo claro e expresse, dando efeito de sentença às decisões do Tribunal de Contas que desejasse tivessem tal caráter”¹⁷. E mais:

(...) o só fato do uso da expressão “julgar” seria argumento muito pobre para, em função disto, depreender função jurisdicional ao Tribunal de Contas, como o reconhece o próprio Seabra Fagundes, não há senão concluir que a este órgão competem, tão só assiste, funções administrativas, pois nada há de excepcional ou rebarbativo em que o Judiciário revise quaisquer de seus atos de controle. Com efeito, não é um 'mero e inútil formalismo' a existência dos chamados controles internos (efetuados na própria intimidade do Executivo) pelo fato de o Tribunal de Contas os rever. Logo, também, não há porque assim qualificar a revisão que o Judiciário faça dos controles efetuados pela Corte de Contas.¹⁸

No tocante às competências constitucionais do Tribunal de Contas da União, Jair Lima Santos delineou as diversas funções realizadas por essa Corte, as quais destacamos as seguintes: natureza consultiva; judicante; fiscalizadora; informativa; corretiva; e sancionadora¹⁹.

A função consultiva é verificada, por exemplo, no inciso I, do art. 71 da Lei Maior. Nesse caso, foi determinado ao TCU que fiscalize as contas prestadas

¹⁶ FAGUNDES, Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 138.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

¹⁹ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de contas da união e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75-77.

anualmente pelo Presidente da República. Da data do recebimento, o Tribunal terá 60 dias para exarar um parecer que, posteriormente, deverá ser submetido ao julgamento do Poder Legislativo, nos termos do art. 49, IX, da Constituição Federal.²⁰

Em relação à função fiscalizadora, esta, de certo, é a mais abrangente, abarcando diversos incisos do art. 71. São eles: “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” (inciso III); “fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo” (inciso V); “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” (inciso VI)²¹.

Consoante lições de Luiz Bernardo Dias Costa, essa competência fiscalizadora “permite uma ampla atuação tanto na área contábil, financeira, orçamentária, operacional como patrimonial, quando serão verificados os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos”.²²

Quanto à função informativa, esta é verificada nos inciso VII e XI: “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”, “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou

²⁰ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de contas da união e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75.

²¹ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de contas da união e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 75.

²² COSTA, L. B. D. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 161.

abusos apurados”. Já no § 4º do mencionado artigo, o Tribunal deverá encaminhar ao Congresso Nacional, “trimestral e anualmente, relatório de suas atividades”²³.

Como se vê, essa função constitui mero ato declaratório, e reforça o regime democrático.²⁴

Os incisos IX e X do art. 71 revelam a função corretiva do TCU, ou seja, “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”; “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”²⁵.

Por fim, as funções que merecem maior destaque e relevância, tendo em vista o objetivo desta Monografia, são aquelas descritas nos incisos II e VIII do art. 71.

O inciso II descreve a função judicante – embora, frise-se, não há que se confundir com a função jurisdicional privativa do Poder Judiciário. Conforme acima mencionado, esse inciso assevera que caberá ao TCU, *verbis*:

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, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.²⁶

Já o inciso VIII, do art. 71 nos traz a função sancionadora do Tribunal de Contas da União. Segundo o dispositivo, a Corte pode “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as

²³ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 76.

²⁴ COSTA, L. B. D. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 163.

²⁵ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 76

²⁶ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 76-77.

sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”²⁷.

A respeito da função sancionadora, discorre Luiz Bernardo Dias Costa:

A sancionadora, prevista no art. 71, VIII da Constituição Federal, é fundamental para inibir irregularidades e garantir ressarcimento de prejuízos causados ao erário, habilita as Cortes de Contas a aplicar penalidades, tais como: condenação a recolhimento de débito; aplicação de multa proporcional a débito imputado; aplicação de multa por infração à Lei de Responsabilidade Fiscal; afastamento do cargo de dirigente responsável por obstrução a auditoria; decretação de indisponibilidade de bens por até um ano; declaração de inabilitação para o exercício de funções de confiança por cinco a oito anos; declaração de inidoneidade para contratar com o poder público por até cinco anos.²⁸

Essas duas últimas competências constitucionais estão intimamente ligadas com o objeto deste trabalho. Vale dizer, em que limite pode a Advocacia Pública consultiva ser responsabilizada pelo Tribunal de Contas da União no caso da emissão de um parecer que venha a ser utilizado para a tomada de uma decisão danosa ao interesse público e ao erário? Para responder a essa pergunta, devemos analisar a natureza jurídica do parecer, o regime jurídico da Advocacia Pública, além de verificar o entendimento dos Tribunais Superiores e, claro, do próprio TCU.

²⁷ SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de Contas da União e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 77.

²⁸ COSTA, L. B. D. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 162.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DO PARECER

2.1 Dos atos administrativos

O advogado emitirá sua opinião através da elaboração de pareceres, sempre que solicitado pelo administrador ou gestor público. A primeira discussão tangente à feitura dos pareceres é se este é uma subespécie de ato administrativo, hipótese fundamental para que seja feita a análise da responsabilização dos advogados públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua assim ato administrativo:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da Lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.²⁹

José dos Santos Carvalho Filho contrapõe-se ao conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, entendendo ser irrelevante descobrir de onde se origina a vontade em praticar o ato (se o sujeito é a Administração Pública ou quem lhe faça as vezes). Para ele, ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.³⁰

Já de acordo com Hely Lopes Meirelles, o ato administrativo pode ser conceituado da seguinte forma:

Toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.³¹

Sob a ótica de Diógenes Gasparini, ato administrativo é:

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 380.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 101.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 157.

[...] toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhes faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada em uma relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.³²

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”³³

Diante desses conceitos, pode-se entender que os atos administrativos são manifestações unilaterais de vontade da Administração Pública, visando adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, além de impor obrigações aos administrados ou a si mesma. Além disso, os atos administrativos estão sujeitos a controle judicial, visto que eles sempre produzem efeitos jurídicos.

2.2 Do parecer jurídico

De acordo com os conceitos de ato administrativo acima colacionados, é difícil identificar em um primeiro plano se o parecer é abarcado, pois claramente ele não tem como finalidade “adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, declarar direitos ou impor obrigações aos administrados”. Pelo contrário, o parecer constitui mera manifestação de opinião por parte da Administração Pública.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari conceituam parecer jurídico da seguinte forma:

Uma opinião técnica, dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide.³⁴

³² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 203.

³⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por seu turno, criou o seguinte conceito:

Parecer é o ato administrativo unilateral pelo qual se manifesta opinião acerca de questão submetida para pronunciamento. Diz respeito a problema jurídico, técnico ou administrativo. Os órgãos que emitem pareceres são denominados consultivos e emitem suas opiniões para esclarecer, como elemento auxiliar e preparatório, os órgãos ativos, ou de controle, na consecução dos seus cometimentos.³⁵

Para Hely Lopes Meirelles, “pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração”³⁶.

Para Diógenes Gasparini, parecer é “a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentadamente, opinião técnica sobre matéria submetida à sua apreciação.”³⁷

Segue o autor, explicando que “o parecer é facultativo, não obrigando a Administração Pública nem os administrados aos seus motivos e conclusões. Atente-se que mesmo a autoridade que o solicitou não resta submissa aos motivos e às conclusões a que chegou seu prolator”³⁸.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”³⁹

Do mesmo modo, a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela responsabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião.

³⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979. p. 575.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 201.

³⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 237.

Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide.⁴⁰

Finalmente, a definição de José dos Santos Carvalho Filho:

Os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação. Em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato; diz-se então, que o parecer é facultativo. Quando é emitido “por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio”, dir-se-á obrigatório. Nessa hipótese, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o assim, de vício de legalidade.⁴¹

Logo, percebe-se que a doutrina administrativista é uníssona no sentido de entender o parecer como a manifestação da opinião do consultor jurídico. Entretanto, à luz dos conceitos de ato administrativo acima elucidados, é difícil enquadrar o parecer como uma de suas modalidades.

Existem duas correntes acerca da inserção do parecer como subespécie de ato administrativo. Para a primeira corrente, o parecer não possui contornos de atos administrativos, vez que não possui todos os seus elementos configuradores.

A primeira corrente possui como adepto Hely Lopes Meirelles. Em sua obra, apesar do autor inserir o parecer no capítulo dos atos administrativos, ele aparece, na verdade, como uma espécie de “ato enunciativo”. Para o administrativista, atos enunciativos são:

Aqueles que, embora não contenham uma norma de atuação, nem ordenem atividade administrativa interna, nem estabeleçam uma relação negocial entre o Poder Público e o particular, enunciam, porém, uma situação existente, sem qualquer manifestação de vontade da Administração. Só são atos administrativos em sentido formal, visto que materialmente não contêm manifestação da vontade da Administração.⁴²

Após, discorre Meirelles acerca do caráter opinativo do parecer:

⁴⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 139.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 201.

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.⁴³

Seguindo essa linha, Carlos Pinto Coelho Motta cita como exemplo a Instrução Normativa nº 01, de 04/10/2007, do Ministério dos Transportes:

Art. 17. À Consultoria Jurídica e ao Assessor Especial de Controle Interno do Ministério dos Transportes compete assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.

Parágrafo único. Os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, aprovados pelo Ministro de Estado, são de observância obrigatória por todos os órgãos autônomos e entidades vinculadas à Pasta, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Segundo Carlos Pinto Coelho Motta, o aludido dispositivo “corroborava a afirmativa de que o parecer em si, embora obrigatório, não é ato administrativo. O ato administrativo reside na subsequente e indispensável aprovação do parecer – *in casu*, pelo Ministério de Estado dos Transportes”.⁴⁴

E conclui:

O parecer jurídico só terá o caráter vinculante quando estabelecido na Lei de regência do órgão/entidade, ou mesmo (consoante abalizada opinião de Dallari e Ferraz), quando despacho normativo ordenar que o conteúdo do parecer, tendo por objeto situação específica a ser tratada em caráter uniforme, determina obrigatoriamente a decisão administrativa.⁴⁵

A segunda corrente, que insere o parecer como ato administrativo, tende a prevalecer, principalmente com o advento do art. 38 da Lei nº 8.666/1993. Esse artigo foi uma inovação no ordenamento jurídico, que tornou possível a responsabilização do parecerista ao analisar a minuta do edital, contrato, acordo, convênios ou ajustes da licitação. Confira-se o dispositivo em comento, *verbis*:

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 201.

⁴⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 425.

⁴⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 425.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;"

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Ante a inovação jurídica do art. 38, este dispositivo foi levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, no MS 24.584/DF. A Corte Suprema foi indagada, pois, se o parecer é ato meramente opinativo, poderia o consultor jurídico ser responsabilizado, caso o conteúdo de seu parecer fosse favorável a uma hipótese totalmente descabida de licitação?

O Ministro Relator, Joaquim Barbosa, para sanar a questão, trouxe da doutrina francesa a divisão do parecer jurídico em três modalidades: facultativo, obrigatório e vinculante.

No entanto, essa classificação já havia sido feita, há muito, por um dos precursores do Direito Administrativo no Brasil: Osvaldo Aranha Bandeira de Mello. Esse doutrinador classificou essas modalidades de parecer na sua obra, "Princípios Gerais de Direito Administrativo". Veja-se transcrição da referida obra:

Os pareceres se classificam em facultativos, obrigatórios e vinculantes.

O facultativo consiste em opinião emitida, por solicitação de órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio. Por outro lado, fica a seu critério adotar ou não o pensamento do órgão consultivo. Consiste, destarte, em exercício de poder discricionário, quanto ao pedido e efetivação do ato relativamente ao parecer. Este, portanto, externamente, não tem relevância jurídica, salvo se o ato a ele se reportar.

O obrigatório consiste em opinião emitida, por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio. Constituem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo.

Quando o órgão consultivo for previsto em lei para pronunciamento sobre generalidade de assuntos em dada matéria, como seja uma consultoria jurídica, para ser obrigatório o parecer se impõe expressa exigência legal ou regulamentar enumerando essas hipóteses".

Se se trata, porém, de órgão consultivo previsto em Lei para pronunciamento em matéria específica, então, a obrigatoriedade do parecer

decorre implicitamente desse texto expresso, como seja de órgão cogitado em Lei para opinar sobre a colocação ou não de funcionário em tempo integral. Nesse caso, se a nomeação dos titulares do órgão depende do Executivo, não lhe é lícito deixar de prover os cargos para evitar o pronunciamento dele, pois, deve-se considerar o Legislativo teve tal pronunciamento como obrigatório.

Se o ato praticado sem dito pronunciamento estará eivado de vício de nulidade, por desrespeito a solenidade essencial.” A obrigação, entretanto, é só de pedir o parecer, jamais de segui-lo, de emanar o ato ativo ou de controle segundo a sua manifestação. O seu desrespeito não invalida o ato, poderá, quando muito, se injustificável a orientação em contrário, sujeitar o órgão ativo ou de controle às consequências de responsabilidade administrativa, após regular apuração.⁴⁶

Finalmente, discorre o autor acerca do parecer vinculante, também chamado de “conforme”:

Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a Lei ou o regulamento dispõe nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo”

“(…) se a execução do ato pelo órgão ativo ficar estabelecida de forma absolutamente vinculada, a ponto de não lhe ser lícito mesmo deixar de agir e dever cumprir o parecer, realmente, o pretense órgão consultivo corresponderá, segundo a regência legal sobre a formação do ato, a parte do ato complexo, ou a ato ativo autônomo, autorização ou aprovação prévia, conforme faculte o exercício de atividade material ou jurídica.⁴⁷

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, corroborando a tese de que o parecer é ato administrativo, independentemente de sua modalidade, insere o parecer, em sua obra, na modalidade “atos administrativos de conhecimento ou de desejo”.⁴⁸

No mesmo sentido da classificação dos pareceres como espécies de atos administrativos, também é importante notar que Celso Antônio Bandeira de Mello fala sobre os pareceres em capítulo destinado à “Organização Administrativa”, mais especificamente no que tange à classificação dos órgãos – consultivos.⁴⁹

⁴⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979. p. 576.

⁴⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979. p. 577.

⁴⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979. p. 577.

⁴⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

Já na obra de José dos Santos Carvalho Filho, os pareceres estão contidos no capítulo dos atos administrativos, na classificação “quanto à forma de sua exteriorização”⁵⁰

É válido verificar, também, a classificação recente feita por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que também defende que o parecer poderia sim ser encaixado como subespécie de ato administrativo. Confira-se o seguinte excerto da obra da brilhante autora:

O ato administrativo não está presente apenas quando há manifestação de vontade administrativa, mas, que ele é uma declaração da Administração Pública e/ou de seus representantes. Restrito a observar o que dispõe a legislação e com a finalidade precípua de atender os interesses públicos e produzir efeitos imediatos.⁵¹

Maria Sylvania Zanella Di Pietro também explica cada uma dessas modalidades:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a Lei o exige como pressuposto para a prática final do ato. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma Lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão [...].

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com sua decisão [...].⁵²

Na mesma linha, aduz novamente Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Essa classificação é importante, pois quando o parecer é facultativo, a Administração, por mera liberalidade, solicita o parecer para maior esclarecimento do fato, mas sem estar vinculada à opinião do Advogado. No caso do parecer obrigatório, a Administração poderá agir de forma diversa do que foi proposto pelo parecerista, mas essa atuação deverá ser

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 196.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 237-238.

fundamentada. Finalmente, quando vinculante, a Administração deverá seguir à risca aquilo que foi concluído pelo Advogado.⁵³

Carlos Pinto Coelho Motta, apesar de não entender que o parecer é ato administrativo, reconhece a importância do parágrafo único do art. 38:

Temos, pois, que a análise jurídica prévia dos editais constitui um importante instrumento de controle das licitações, ainda em sua fase interna. A análise jurídica prévia dos editais contribuirá para evitar equívocos, tais como exigências descabidas ou procedimentos anômalos.⁵⁴

Outro artigo que nos remete às subespécies de parecer é o art. 42 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Sobre este artigo, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari tecem fortes críticas, no sentido de não reconhecer a diferença entre pareceres vinculantes e não vinculantes:

É difícil entender a distinção entre pareceres vinculantes e não-vinculantes contida no art. 42 da Lei 9.784, de 1999, pois parecer vinculante não é parecer: é decisão. O que pode ocorrer é a existência de despacho normativo da autoridade superior fixando um determinado entendimento oficial para um assunto específico, vinculando o comportamento administrativo nos casos supervenientes; não é o parecer que é vinculante, mas o despacho (decisão) que o tornou de observância obrigatória. Quando houver despacho normativo sobre determinado assunto o 'parecer' dado em caso superveniente deve apenas mencionar tal situação ou, ao contrário, destacar particularidades que justifiquem para aquele específico e determinado caso (que é diferente da situação-tipo que ensejou a edição do despacho normativo) solução diversa.

A distinção que efetivamente pode ocorrer é entre pareceres *obrigatórios* ou *facultativos*. Em certas situações as normas sobre processo administrativo podem determinar a obrigatória emissão de um parecer jurídico antes da

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

⁵⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 419.

tomada da decisão. Em outras situações pode ficar a cargo de quem decide a opção de solicitar, ou não, um parecer jurídico. De qualquer forma, quem decide tem o poder/dever de fazê-lo, com a livre convicção, com a livre convicção e a responsabilidade disso decorrente⁵⁵.

Diógenes Gasparini também tece algumas considerações acerca do parecer vinculante previsto na Lei do Processo Administrativo:

Embora seja a regra, é comum, tal qual faz a Lei federal n. 9.784/99, o parecer tornar-se vinculante, o que ocorrerá se a decisão da autoridade restar, por determinação legal, presa às suas conclusões. Nesses casos a autoridade competente para decidir não pode se afastar das conclusões do parecer, sob pena de nulidade.⁵⁶

José dos Santos Carvalho Filho aduz que os pareceres vinculantes – aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar conclusão diversa –, apenas são admitidos quando a Lei exigir, expressamente. É o caso do art. 38 da Lei 8.666/1993 e do art. 42 da Lei 9.784/1999⁵⁷.

No entanto, segundo o autor, citando o MS 24.631/DF, a classificação é equivocada:

Em nosso entender, porém, há um desvio de qualificação jurídica nesses atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado o papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão do *status* jurídico. Não obstante, a admitir-se semelhante categoria, seria coerente atribuir ao autor do parecer vinculante responsabilidade solidária, em função de seu poder de decisão, compartilhado com a autoridade vinculada.⁵⁸

José dos Santos Carvalho Filho, discordando da classificação atribuída ao art. 42 da Lei 9.784/1999, entende que o legislador confundiu parecer vinculante, com parecer obrigatório. Segundo o jurista, este último é que, se

⁵⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178-179.

⁵⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 140.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 140.

ausente, deveria ensejar a paralisação do processo – nas hipóteses dos §§ 1º e 2º, que preveem a paralisação do processo, enquanto não subsistir o parecer.⁵⁹

Hely Lopes Meirelles também enxerga a exigência da apreciação prévia da consultoria jurídica como uma hipótese de parecer obrigatório, e não vinculante:

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a Lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração, salvo se a Lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.⁶⁰

Diógenes Gasparini também critica a expressão “parecer vinculante”:

O parecer vinculante é, no mínimo, estranho, pois se a autoridade competente para decidir há de observar suas conclusões, ele deixa de ser parecer, opinião, para ser decisão (...)⁶¹

De todo modo, admite a inserção do parecer como ato administrativo, concluindo sua análise com a seguinte indagação: “o fato de ser apenas opinativo, não significa que não seja ato administrativo. Ademais, como classificá-lo, senão como ato administrativo?”⁶²

Assim, percebe-se que a inserção do parecer como espécie de ato administrativo não é tema pacificado entre os doutrinadores. No entanto, percebe-se que a doutrina majoritária aceita o parecer como ato administrativo, posição que é compartilhada, inclusive, na presente Monografia. Isso porque, deve-se levar em conta que a Administração Pública é norteada por diversos princípios balizadores a serem observados, sempre na obrigação de buscar satisfazer o melhor interesse público. Nesse passo, o parecer jurídico deve ser enquadrado como ato administrativo, visto que é expedido por agentes públicos que, necessariamente, devem atuar em conformidade com tais princípios.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 140.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 203.

⁶¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

⁶² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

3 DA RESPONSABILIDADE DOS CONSULTORES JURÍDICOS

3.1 Da Advocacia Pública

No caso dos advogados, em sentido amplo, estes tiveram suas atividades classificadas como “funções essenciais à Justiça”, e tem sua proteção constante no art. 133 da Carta Magna:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Como a Constituição protegeu os advogados na manifestação de suas opiniões pelo exercício de sua profissão, criou-se um desentendimento na comunidade jurídica acerca de quando e em que limites o advogado público pode ser responsabilizado pela expressão de sua opinião. Nesse sentido, Coelho Motta:

A responsabilidade solidária do parecerista, relativamente aos efeitos de seu opinamento, é tema polêmico que tem sido recorrentemente trazido ao debate, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.⁶³

Inicialmente, cumpre destacar que os advogados públicos são agentes públicos, integrantes da Administração Pública e, como qualquer outro servidor público, possuem diversas garantias e responsabilidades, como a necessidade de prestar concurso de provas ou de provas e títulos e de agir conforme os princípios norteadores da Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.⁶⁴

Segundo Diógenes Gasparini, Agentes Públicos são “todas as pessoas físicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade”.⁶⁵

Conforme destaca Fernanda Marinela:

⁶³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 419

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191.

A expressão agente público é a mais ampla para designar de forma genérica e indistinta os sujeitos que exercem funções públicas, que servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade ou ação, independentemente do vínculo jurídico, podendo ser por nomeação, contratação, designação ou convocação.⁶⁶

Para Di Pietro, “Agente Público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.⁶⁷

Finalmente, Hely Lopes Meirelles define assim os agentes públicos:

São todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da Entidade estatal a que servem.⁶⁸

Seguindo a doutrina majoritária, a qual faz parte Di Pietro, pode-se subdividir os agentes públicos em quatro categorias: agentes políticos; servidores públicos; militares e; particulares em colaboração com o Poder Público.⁶⁹

Nesse estudo, interessa apenas a categoria dos servidores públicos, que se subdivide em: servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários.⁷⁰

Os advogados públicos enquadram-se na espécie servidores públicos.

Algumas categorias se enquadrarão necessariamente como servidores estatutários, ocupantes de cargos e sob regime estatutário, estabelecido por leis próprias: Trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da **Advocacia Pública** e da Defensoria Pública. Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos públicos criados por Lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas⁷¹. (grifo nosso)

Vale dizer: suas responsabilidades vão além daquelas dos advogados particulares, visto que, pelo fato de lidarem com a coisa pública, quando não agirem com o devido cuidado, toda a sociedade será afetada. Além disso,

⁶⁶ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2012. p. 593

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 580.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 581.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 585.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 587.

diferentemente dos advogados regidos pelo direito privado, os advogados públicos devem atuar sob a égide do princípio da legalidade estrita, de fundamental observância para que o interesse público sempre possa ser alcançado.

No âmbito federal, segundo o art. 131 da Constituição, compete à Advocacia-Geral da União representar a União judicial e extrajudicialmente, diretamente, ou através de órgão vinculado.

Assim, compete à Advocacia-Geral da União exercer atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. É o Advogado da União quem irá orientar a conduta dos administradores para que todo e qualquer ato emanado pela Administração Pública esteja em conformidade com os preceitos legais e constitucionais. Ou seja, irá auxiliar o administrador que não tem conhecimento técnico-jurídico para praticar determinado ato administrativo. Nessa esteira, veja-se os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Embora o parecer se distinga do ato praticado pelos órgãos ativos ou de controle, e em si não participe destes, que tem vida autônoma, os integra no procedimento administrativo, e mesmo afeta o ato conclusivo, se levado a efeito nos seus termos. Por vezes, o ato ativo ou de controle se reporta a ele. Então, as conclusões do parecer e até os seus fundamentos se relacionam com o ato do órgão ativo ou de controle, bem com os particulares por ele atingidos. Os órgãos consultivos se manifestam mediante provocação, jamais de ofício, espontaneamente. Cumpre-lhes, porém, o dever de responder às consultas formuladas.⁷²

Também merece destaque a Lei Complementar nº 73/1993, que regulou as competências das consultorias jurídicas no âmbito federal:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

- I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;
- II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;
- III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;
- IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

⁷² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979. p. 575.

- V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;
- VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas;
- a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;
- b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Desse modo, indiscutível a relevância da atuação das consultorias jurídicas, cuja atuação será determinante para a garantia de todos os Princípios que norteiam a Administração Pública. Nessa linha, iniciou-se a discussão na doutrina acerca dos limites da responsabilidade desses Agentes Públicos, notadamente em suas manifestações consultivas.

3.2 1ª Corrente: A tese da irresponsabilidade

Muito se discute acerca dos limites da responsabilização dos advogados públicos que, atuando como pareceristas jurídicos, embasam a prática de um ato que venha gerar dano aos cofres públicos.

Existem defensores da tese da irresponsabilidade do parecerista, que tem a liberdade de fazer a análise jurídica do caso concreto. Essa corrente entende que o advogado não é responsável por possíveis danos ao erário, posto que a decisão final caberá sempre ao administrador, discricionariamente. Nesses casos, o advogado apenas poderia ser punido pelo órgão a que está submetido, ou por processo judicial em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.⁷³

Um desses defensores é José dos Santos Carvalho Filho. Para o autor, o parecer reflete um juízo de valor, uma opinião pessoal do consultor, não vinculando a autoridade que detém a competência decisória. Segundo o autor “trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide”⁷⁴.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 139.

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 139.

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor.⁷⁵

O autor segue delineando sua tese:

Não nos parece correto, portanto, atribuir, *a priori*, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei nº 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas.⁷⁶

Derradeiramente, José dos Santos Carvalho Filho cita a lei estadual (RJ) nº 5.427/2009, a qual estabeleceu de forma expressa que a opinião divergente do órgão consultivo não acarretará a sua responsabilização, exceto nos casos de erro grosseiro ou má-fé:

Art. 38 - Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de trinta dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de prorrogação.

(...)

§3º - A divergência de opiniões na atividade consultiva não acarretará a responsabilidade pessoal do agente, ressalvada a hipótese de erro grosseiro ou má-fé.

Para o autor, “essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável. Daí julgarmos digna de aplausos norma legal que afaste a presunção de responsabilidade”⁷⁷.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 139.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 139.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012. p. 139.

3.3 2ª Corrente: Responsabilidade solidária do parecerista

Há quem defenda que o advogado público possui as mesmas prerrogativas de qualquer outro agente público, de modo que sua responsabilização poderá ocorrer da mesma maneira. Aqui, o parecerista não age no simples exercício da advocacia, mas também está exercendo atividade administrativa.

Com efeito, essa segunda corrente entende que a proteção constitucional dada aos advogados não os eximem de responsabilidade, de modo que uma atuação dolosa ou culposa desses agentes, dependendo do caso concreto, podem levá-los a punições nas esferas civil, penal e administrativa. Nessa última, poderia o TCU exercer sua jurisdição, aplicando sanções aos advogados.

O tema aqui analisado é tão sensível que a própria doutrina a favor da responsabilização dos pareceristas jurídicos, também diverge acerca de que forma se dará a responsabilização.

Maria Sylvia Di Pietro inicia a sua análise ressaltando que o parecer contém a motivação do ato a ser praticado pela autoridade que, efetivamente, irá praticá-lo. Esse, inclusive, é um dos motivos utilizados pelo Tribunal de Contas para responsabilizar os advogados públicos que subsidiaram a decisão ilegal. No entanto, ressalta a autora:

“(...) essa responsabilização não pode ocorrer a não ser nos casos em que haja erro grosseiro, culpa grave, má-fé por parte do consultor. Ela não se justifica se o parecer estiver adequadamente fundamentado; a simples diferença de opinião – muito comum na área jurídica – não pode justificar a responsabilização do consultor. Não é por outra razão que o parecer isoladamente não produz qualquer efeito jurídico; em regra, ele é meramente opinativo”⁷⁸

Pode-se depreender das linhas acima, que a autora refere-se àquele parecer de cunho meramente opinativo. Em relação ao parecer do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, a autora entende que a atividade do advogado não é de simples consultoria, o que amplifica a possibilidade dele ser responsabilizado:

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

No caso do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-6-1993, a participação do órgão jurídico não é apenas na função de consultoria, já que tem que examinar e aprovar as minutas de edital e de contrato. A aprovação, no caso, integra o próprio procedimento e equivale a um ato de controle de legalidade e não de mérito; trata-se de hipótese é obrigatório e vinculante.⁷⁹

Marçal Justen Filho defende que o consultor deve se responsabilizar por todo e qualquer tipo de manifestação, independentemente se o parecer é facultativo, obrigatório ou vinculante.

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

Segundo o autor, a responsabilidade se mantém, inclusive, quando existir divergência doutrinária ou jurisprudencial sobre determinado tema. Para ele, a assessoria jurídica tem o dever de “consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões”. Entretanto, havendo duas teses jurídicas aceitas, a opção por uma delas não poderá acarretar suspensão:

Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição. Entendimento similar pode pôr-se quanto à avaliação sobre os fatos relevantes para uma decisão. Por isso, poderá (deverá) punir-se se o servidor público que adota interpretação contrária ao Direito, aberrante, ou se o prolator do parecer desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos ou outras provas. Se a decisão administrativa for entranhada de defeito desconhecido do agente que forneceu o seu parecer, não há cabimento em sua responsabilização. Tanto mais por ser inadmissível impor uma espécie de “responsabilização política” ao sujeito que desempenha função de assessoramento, sancionando-o apenas em virtude da consumação de um resultado reputado incompatível com valores protegidos pelo Direito. Aquele que desempenha atividade de assessoramento jurídico ou técnico sujeita-se ao regime jurídico genérico: a responsabilização civil, penal ou administrativa depende da culpabilidade. Enfim, é essencial preservar a autonomia da função de assessoramento jurídico ou técnico.⁸⁰

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 239.

⁸⁰ JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 506.

Em síntese, ressalta Marçal Justen Filho: “A responsabilidade do emitente do parecer – tenha ou não dito parecer cunho vinculante, seja ou não obrigatório – depende do conteúdo e das circunstâncias”⁸¹.

Em todos os casos, não se admite que o parecer teria cunho meramente “opinativo”, tal como se o emitente do parecer fosse um inimputável, não subordinado ao dever de formular a melhor e mais adequada manifestação possível. O que se deve ressaltar é que o emitente de um parecer não pode ser punido nem responsabilizado por adotar uma dentre as diversas soluções possíveis e teoricamente equivalentes. Cabe ao autor de um parecer examinar com cautela todas as circunstâncias do caso concreto, apontando as possíveis divergências e revelando conhecimento técnico e jurídico sobre os fatos, a ciência e a lei. A opção por uma dentre diversas alternativas dotadas de idêntico respaldo não comporta responsabilização, mesmo que o parecer seja obrigatório e de cunho vinculante”. Mas a opção por uma solução desarrazoada, tecnicamente indefensável, incompatível com os fatos concretos, não respaldada pela doutrina e pela jurisprudência acarreta a responsabilização de seu autor ainda que o parecer seja facultativo e não vinculante.⁸²

Finalmente, Marçal Justen Filho critica a análise do Supremo Tribunal Federal, que no MS 24.584 deixou precedente de que a responsabilização apenas poderia ocorrer no caso do parecer vinculante, aquele do art. 38 da Lei de Licitações. Segundo o jurista, independentemente do parecer possuir cunho jurídico ou não jurídico, o sujeito responsável pela sua emissão deve se sujeitar à responsabilidade por aquilo que escreveu⁸³.

O STF realizou distinção quanto à eficácia do parecer para determinar a extensão da responsabilidade do emitente de parecer. Reputou-se que a eficácia vinculante do parecer relativamente a decisão a ser adotada pela autoridade administrativa impõe ao emitente do parecer uma responsabilidade diferenciada e mais intensa. Com o maior respeito ao STF, reputa-se que a distinção é improcedente. **A natureza vinculante ou não do parecer relativamente à autoridade administrativa é irrelevante para determinar a extensão da responsabilidade do seu emitente.** Dita eficácia pode apresentar relevo relativamente à autoridade administrativa, não quanto ao emitente do parecer. Assim, é evidente que não caberá responsabilizar a autoridade administrativa que, em virtude de determinação legal, for constrangida a decidir nos termos exatos e precisos de um parecer fornecido pelo assessor jurídico. Mas daí não se segue que o emitente do

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 506.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 508.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 508.

parecer jurídico seria automaticamente responsabilizável por todo e qualquer parecer de cunho vinculante que emitisse.⁸⁴ (grifo nosso)

Carlos Pinto Coelho Motta preocupou-se em estabelecer – conforme precedentes jurisprudenciais e da doutrina supracitada – duas hipóteses de compartilhamento de responsabilidades entre o ordenador de despesa e o advogado do órgão consultivo, após configurado o dano ao erário. Veja-se quais são elas:

1) quando o dano for constatado como decorrente de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido lato, nos termos dos citados arts. 927 do Código Civil e 32 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) e na linha da orientação do próprio STF (MS 24.073)

2) quando o parecer for absolutamente vinculante com relação à decisão administrativa subsequente, em matéria previamente definida em lei ou em despacho normativo do órgão.⁸⁵

Em ambos os casos, o autor supracitado ressalta a exigência inafastável de ser concedido ao advogado o exercício do contraditório, nos termos do art. 43, II, da Lei nº 8.443/92.⁸⁶ Além disso, aduz que o parecerista não deve abdicar dos direitos que os arts. 6º e 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) lhe asseguram, como poderes-deveres.⁸⁷

Em relação ao direito de defesa do consultor jurídico, transcreva-se as lições de Ives Gandra Martins:

O direito de defesa é um bem superior da democracia e este só estará assegurado com advogados livres, capazes, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, de lutar, à exaustão, pelo mais importante dos direitos outorgados ao ser humano, num estado organizado, depois da vida, que é a liberdade. Só há liberdade efetiva se estiver armada pelo direito de defesa e o direito de defesa só pode ser completamente exercido se houver advogados livres e a instituição que os representa independente e autônoma.⁸⁸

No mesmo sentido, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

⁸⁴ JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 509.

⁸⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 428.

⁸⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 428.

⁸⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 432.

⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra. A autonomia e a independência da Ordem dos Advogados do Brasil. *Fórum Administrativo*, ano 7, n. 71, 2007. p. 73.

É prudente fazer uma diferenciação entre a atividade consultiva do parecerista e o trabalho do procurador ou advogado de uma parte. Este é necessariamente parcial, pois tem o dever de defender seu cliente, expondo com o maior vigor possível os argumentos favoráveis ao constituinte, dentro dos limites da ética e do bom-senso. O consultor tem um compromisso fundamental com a ordem jurídica, com a verdade científica e com a justiça; cumpridos esses compromissos, pode expor, até com veemência, os elementos que o levaram a formar sua convicção⁸⁹

Obviamente, deve-se tomar cuidado ao pretender imputar ao advogado público qualquer responsabilidade em decorrência de sua opinião jurídica ou por sua visão do caso concreto. Muito pelo contrário, todos os contornos aqui abordados referem-se à condutas fraudulentas, improbas e manifestamente atentatórias à ordem constitucional.

Feita essa consideração, deve-se fazer, agora, uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para se aferir em que esferas e em que limites pode se dar a responsabilidade da advocacia consultiva.

⁸⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179.

4 DA COMPETÊNCIA PUNITIVA DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

Em relação à questão da responsabilidade dos agentes públicos, inicialmente, deve-se ressaltar o tema da independência das instâncias. Isso porque tal independência se refere ao fato de que a natureza da responsabilidade está ligada à norma que a contempla. Vale dizer, a responsabilidade pode se dar cumulativamente nas esferas administrativa, penal e civil, ou em apenas uma delas.

Primeiramente, vale discorrer acerca da responsabilidade civil, prevista no art. 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No caso dos agentes públicos, a Constituição, no art. 37, § 6º definiu que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Já a responsabilização penal que, obviamente, sempre poderá ocorrer caso a conduta do agente se enquadre em algum tipo penal, prevista no próprio Código Penal ou em legislação especial.

Desse modo, restringindo a questão apenas na atuação dos agentes públicos, a apuração e punição destes ocorreria, em tese, apenas na esfera administrativa. Contudo, levando-se em conta os princípios da Unidade e da Inafastabilidade da Jurisdição, o Poder Judiciário não pode se eximir de apreciar as questões de direito levadas ao seu crivo.

Assim, vale trazer as lições de José Cretella Júnior, que definiu que o controle dos atos administrativos pode se dar de duas formas. Quanto à primeira, discorre:

Quando a atividade do agente da administração lesa interesse, cabe ao prejudicado a iniciativa de impugná-la, na via administrativa, fundamentando-se em motivos diversos, tais como equidade, a justiça, a razoabilidade, ou qualquer outra razão. Se a pretensão do interessado coincide com a da administração, poderá esta atendê-lo, quer imediatamente, deferindo-lhe a solicitação, quer, mais tarde, ao despachar pedido de reconsideração, quer ainda concordando com o interesse pleiteado em recursos administrativos hierárquicos, próprios ou impróprios.⁹⁰

Quanto à segunda forma, escreve:

Entretanto, quando o ato administrativo se reveste de ilegalidade ou de abuso de poder, a lesão atinge direito – não interesse, apenas -, ocasionando dano ao destinatário atingido pela medida, o que lhe possibilita provocar o acionamento de todos os meios que o Estado de Direito lhe põe nas mãos, a saber, os recursos hierárquicos na “esfera administrativa”, os remédios processuais comuns e especiais (ou extraordinários), na “via judicial”. Nesta última, o controle jurisdicional do ato da Administração resolverá, em definitivo a pendência, dano razão ao interessado ou ao poder público⁹¹

Logo, os agentes públicos podem ser responsabilizados administrativa, civil e penalmente, por atos de improbidade. Porém, levando-se em conta que esta Monografia foca especificamente no caso dos advogados públicos, o que deve ser discutido é se, e em que hipótese, podem esses advogados ser punidos pelo Tribunal de Contas da União.

Logo, estando clara essa distinção, bem como estando assentada as diversas posições adotadas pela doutrina de Direito Administrativo, será feita, agora, uma análise da jurisprudência – também divergente – do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

4.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O STJ vem perfilhando o entendimento daqueles defensores da irresponsabilidade do advogado público na emissão de pareceres perante a Corte de Contas.

⁹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 164.

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 164.

Conforme já foi abordado neste Trabalho, existem os defensores da irresponsabilidade do advogado público na emissão de pareceres perante a Corte de Contas. Esse grupo defende que o advogado é inviolável por suas opiniões emanadas no exercício de sua profissão, proteção esta inserida no art. 133 da Constituição Federal e no art. 2º, § 3º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Essa primeira visão, mais conservadora, é corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça, que admite a responsabilidade do advogado apenas em casos excepcionais, ou seja, no caso de dolo (má-fé) ou erro inescusável (grosseiro).

Adotando o argumento da proteção constitucional dada ao advogado, a primeira vez em que o STJ manifestou-se sobre o tema foi no REsp 7.165/RO, de relatoria do Ministro Anselmo Santiago. O caso concreto levado à análise da Corte não se referia à submissão do advogado público ao TCU. Pelo contrário, tratava-se de ação penal proposta pelo Ministério Público, que visava a condenação do parecerista que posicionou-se favoravelmente à contratação com dispensa de licitação. Veja-se a ementa desse julgado, na íntegra:

RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENUNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA – MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. NÃO COMETE CRIME ALGUM QUEM, NO EXERCÍCIO DE SEU CARGO, EMITE PARECER TÉCNICO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA, AINDA QUE PESSOAS INESCRUPULOSAS POSSAM SE LOCUPLETAR AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE.

2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE.⁹²

À época, o Ministro Relator considerou, em seu voto:

Não é plausível a *persecutio criminis* contra quem que simplesmente, no pleno exercício de suas funções emite opinião sobre matéria técnica, referendada por sua Chefia, pouco importando que espertalhões venham a

⁹² RHC 7165/RO. Relator Ministro Anselmo Santiago. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 21/05/1998. Data da Publicação/Fonte: DJ 22/06/1998 p. 177.

usar seu trabalho para, em etapa posterior, se locupletarem às custas do erário público

(...) Processar um profissional por externar, livremente, sua opinião, é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o art. 18 dos Estatutos dos Advogados, aplicável ao caso, a relação de emprego não retira do advogado (mesmo que do Estado, me permito acrescentar), a sua isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional.

(...)

Assim, sem uma demonstração mais eloquente de que a parecerista fizesse parte de um amplo esquema de corrupção no Estado, locupletando-se com essa atividade, não é possível incluí-la na peça vestibular acusatória, cingindo-se sua ação tão-somente em opinar, livremente, sobre tema que lhe foi submetido, direito que lhe deve ser sempre assegurado e que em hipótese alguma pode justificar uma vexaminosa ação penal.

Em outra oportunidade, no HC 40.234/MT, o STJ teve de analisar, novamente, a conduta de um procurador municipal que emitiu parecer favorável à dispensa de licitação para contratação de alguns grupos musicais, com vistas à realização de um evento. O Ministério Público ofereceu denúncia ao advogado, alegando que, na hipótese, não caberia dispensa licitatória.

Mais uma vez, tratava-se de possível hipótese de responsabilização criminal do Advogado. Porém, o Tribunal seguiu o precedente da Corte, como se depreende do voto do Relator, Ministro Paulo Medina:

A opinião do paciente não vincularia, de modo algum o Administrador Municipal.

Se acaso o Prefeito Municipal entendesse que a opinião estaria equivocada, que a empresa e músicos contratados não atenderiam os interesses de sua administração, simplesmente desconsideraria o parecer e realizaria o processo licitatório, ou contrataria outros profissionais de sua preferência.

Ora, o advogado não pode ser responsabilizado por suas opiniões jurídicas, ainda mais quando o tema (a saber, inexigibilidade de processo licitatório) não é pacífico quer na jurisprudência, quer na doutrina.

(...)

A atuação do advogado livre e isenta de receios outros, que não os ditames de sua consciência, é *conditio sine qua non* para um Judiciário independente, cujo mister é a realização do direito, buscando sempre a JUSTIÇA de suas decisões.

Desse modo, considerando que o Procurador Geral do Município de Rondonópolis/MT exarou parecer jurídico, atuando não como simples agente administrativo, mas como advogado, que no desempenho de suas funções é inviolável em suas manifestações, entendo que falta justa causa para a ação penal (...) ⁹³

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando essa posição até hoje. No julgamento do HC 46.906/DF, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, a Corte

⁹³ HC 40234/MT, Rel. Ministro Paulo Medina. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 31/08/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 24/10/2005, p. 385.

apreciou o caso em que procuradores federais foram denunciados por aprovarem, indevidamente, procedimentos licitatórios. Seguindo à linha de julgados do STJ, a Relatora asseverou:

(...) Constatase, de plano, a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal (...)

Acentue-se que, **ainda que totalmente equivocados os fundamentos jurídicos e inadequada a interpretação dos dispositivos legais constantes do aludido parecer** – conforme referido na inicial acusatória –, **e que não se possa presumir, de forma absoluta, que não tenham tido os Pacientes qualquer participação no episódio, dada a possibilidade de ter havido conluio ou conivência dos Pacientes com o suposto ilícito, o órgão acusador não se desincumbiu da imprescindível tarefa de declinar algum elemento de prova para sustentar a acusação**, o que, conforme já evidenciado, não ocorrera na espécie.⁹⁴ (grifos no original)

Desse modo, não poderia o advogado ser responsabilizado criminalmente pela manifestação de opinião em um parecer jurídico.

Inclusive, existem alguns exemplos relacionados à conduta de agentes públicos que, embora causem dano ao erário, não são levados ao crivo do Tribunal.

É o caso, por exemplo, de um juiz singular que defere liminar determinando que o Ministério da Saúde custeie o tratamento de determinada pessoa em outro país, imediatamente. Ainda que o Magistrado fundamente sua decisão com base em princípios e disposições constitucionais, como o direito fundamental à saúde, pode ser que sua decisão não tenha sido acertada, vez que, hipoteticamente, o Conselho Federal de Medicina desaprove o tratamento.

Nesse caso, se posterior sentença seja prolatada no sentido contrário ao que foi disposto na liminar, ou se o Tribunal atue nesse sentido, será que aquele juiz que determinou o pagamento das despesas poderá ser punido pelo TCU, sob o argumento de que houve dano ao erário?

⁹⁴ HC 46906/DF. Relatora Ministra Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 17/12/2007. Data da Publicação/Fonte: DJe 07/04/2008.

Para os defensores desta primeira tese, a resposta só pode ser negativa. Da mesma forma que tal entendimento seria considerado esdrúxulo, não é razoável que todos os agentes públicos que agirem comissivamente ou omissivamente, automaticamente estarão sujeitos à tutela daquele Tribunal de Contas.

Assim, os pareceristas caso ajam com má-fé, fraude, dolo, ou erro inescusável, devem ser punidos, como qualquer outro cidadão. Porém essa responsabilização deveria ser feita pelo órgão constitucionalmente competente, ou seja, o Poder Judiciário, mediante provocação.

Porém, agindo dentro da legalidade, o advogado público não pode ser punido apenas por manifestar opinião contrária àquela preconizada pelo Órgão de Controle.

Em relação à responsabilização administrativa, decorrente do exercício da advocacia, a punição poderia ser feita apenas pelo órgão competente. No caso da advocacia privada, o Conselho de ética da Ordem dos Advogados do Brasil. Já no caso dos advogados públicos, essa competência punitiva seria da corregedoria do órgão.

A inviolabilidade, obviamente, não permite que o advogado aja indiscriminadamente sem ser punido. Contudo, essa punição deve ser feita pelo órgão competente, que, no caso, não é o TCU.

À luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, nada impede que ocorra a responsabilização nas esferas civil e penal, decorrente da prática de atos de improbidade, seguindo os ditames da Lei nº 8.429/92.

Desse modo, percebe-se que o STJ sempre lidou com ações penais, mas nunca pronunciou-se acerca da atuação do Tribunal de Contas. De qualquer forma, é certo que a tese doutrinária seguida pela Corte é aquela referente à não submissão dos causídicos ao TCU.

Logo, segundo o STJ, a responsabilização, apesar de correta, deve ser vista com *granus salis*, visto que, caso seja adotada a tese daqueles que pensam em contrário, isso poderia acarretar relevante insegurança jurídica. Vale dizer: os advogados pareceristas não integram a formalização do ato, mas emitem prévia opinião, que não precisa, necessariamente, ser acatada pelo administrador.

4.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal analisou pela primeira vez o tema da responsabilidade do advogado no Mandando de Segurança 24.073/DF. Nesta ação mandamental, os impetrantes (advogados públicos) questionaram a atuação do Tribunal de Contas da União que, após realizar investigação na Petrobrás para apurar possíveis irregularidades na contratação de uma empresa de consultoria internacional, impugnou a decisão dos administradores que realizaram o contrato, e determinou a responsabilização solidária dos impetrantes pela emissão de parecer jurídico favorável à dispensa e inexigibilidade de licitação. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13. ed., p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.⁹⁵

O TCU, nas informações prestadas ao STF, afirmou:

Os atos praticados pelos administradores foram respaldados nos pareceres jurídicos por eles emitidos, pareceres estes que justificam a própria razão

⁹⁵ MS 24073/DF. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do Julgamento: 06/11/2002. Publicação: DJ 31-10-2003 PP-00015.

de sua existência e constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões adotadas pelos ordenadores de despesas.

O Ministro Relator, Carlos Velloso, cingiu a controvérsia: se “poderia o TCU responsabilizar, solidariamente com o administrador, o advogado que, chamado a opinar, emitiu parecer técnico-jurídico sobre a questão a ser decidida, no caso, pela contratação direta pela estatal, de determinada empresa de consultoria internacional”.

E, de pronto, iniciou seu voto asseverando que o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo, mas apenas uma opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão.

Essa interpretação, conforme já foi abordado neste trabalho, é baseada, principalmente, na doutrina de Hely Lopes Meirelles, que atribui caráter meramente opinativo ao parecer jurídico.

Dessa maneira, o Ministro Carlos Velloso adotou dois fundamentos para fundamentar sua decisão a favor da concessão da segurança. O primeiro é de que o parecer nada mais faz senão “informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos dos administradores”.

O segundo fundamento, classificado pelo Ministro como de maior relevância, é o da função constitucional dada ao advogado, ou seja, de que é “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”. Confira-se:

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. De resto, caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenas as infrações cometidas por advogado, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo ao seu constituinte (Lei n. 8.906/1994, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto à prática de erro que evidencie inépcia profissional.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, e disse que “para conceder a segurança, basta o fundamento constitucional. O advogado, aqui, como eventualmente um outro consultor-técnico, certamente não se enquadra na hipótese constitucional invocada pelo Tribunal de Contas”.

Assim, o STF concedeu a segurança, excluindo os advogados do processo administrativo em curso no TCU.

Mais tarde, a Corte Suprema voltou a se deparar com a situação. Foi no Mandado de Segurança nº 24.584-1/DF, cuja relatoria foi do Ministro Marco Aurélio. No caso em questão, procuradores federais impetraram o Mandado de Segurança em razão de ato do TCU que intentava responsabilizá-los por manifestações jurídicas. A seguir, a ementa do julgado:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS.
Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.⁹⁶

Foi realizada auditoria no Instituto Nacional do Seguro Social, visando avaliar os custos de prestação de serviços da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (DATAPREV), bem como examinar o termo de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD. O TCU entendeu que deveria responsabilizar os procuradores por manifestações jurídicas proferidas no exercício da advocacia pública.

O Ministro Marco Aurélio, inicialmente retomou o precedente do MS nº 24.073, dizendo que naquela oportunidade somou seu voto ao do Ministro Carlos Velloso, no sentido que o parecer é ato opinativo que poderia ser ou não considerado pelo administrador. Contudo, o Ministro Marco Aurélio lembrou que a hipótese dos autos era diversa, pois não havia “o envolvimento de simples peça

⁹⁶ MS 24584/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data da Decisão: 09/08/2007. Divulgação: Dje-112, 19/06/2008. Publicação: 20/06/2008.

opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de vonênio e aditivos, bem como de ratificações”.

Segundo o Ministro Relator, a hipótese sugeria a responsabilidade solidária “considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos”. E continuou:

(...) na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente.

(...)

Sim, descabe a adoção de postura que acabe por enfraquecer o Tribunal de Contas da União. O momento é de mudança cultural; o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública. Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Dominando a arte do Direito, os profissionais da lei também respondem pelos atos que pratiquem. Antecipadamente, não podem gozar da proteção mandamental da impetração para eximirem-se dos riscos e da investigação administrativa.

Assim, o Ministro Marco Aurélio votou pela denegação da segurança.

Então, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos. Mais tarde, proferiu voto na mesma linha do Relator, mas abrilhantou a discussão, ao trazer da doutrina francesa as subespécies do parecer.

Citando Hely Lopes Meirelles, que embasou a primeira decisão tomada no MS 24073, o Ministro asseverou que a jurisprudência e doutrina brasileiras acolhem apenas a natureza opinativa do parecer, retirando-lhe sua inserção no rol de atos administrativos.

Nesse diapasão, o Ministro Joaquim Barbosa trouxe do Direito Francês a linha de pensamento de que o parecer pode ser dotado de três naturezas: facultativo, obrigatório ou vinculante. O caso do art. 38 da Lei de Licitações se encaixa exatamente nesse último caso, favorecendo a responsabilidade do

Advogado. O gestor que praticará o ato não pode agir de maneira diversa do que propôs o Parecer.

Quando facultativo, a autoridade não se vincula à manifestação do órgão consultivo. Quando obrigatório, o parecer constitui uma forma de controle da administração. O administrador, nesse caso, não está obrigado a seguir o que foi determinado no parecer técnico-jurídico. Porém, caso queira manifestar o ato de forma diversa, deverá submetê-lo novamente ao órgão consultivo, para novo parecer.

Finalmente, quando vinculante (ou conforme), a autoridade deve agir exatamente como previsto no parecer, caso contrário, será recomendado que não faça nada. Nesse caso, a decisão é compartilhada entre o parecerista e o administrador e a responsabilidade, conseqüentemente, será solidária.

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu que o Poder Judiciário, ao analisar a questão da responsabilidade do parecerista, deve formular duas premissas:

a) no silêncio da lei, o exercício da função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista; b) nos casos da definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico-jurídico, a Lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.⁹⁷

Esse último caso é exatamente o parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, que exige prévia aprovação da minuta de edital licitatório pela assessoria jurídica. Uma vez que, aqui, uma análise errônea do órgão consultivo poderá acarretar danos ao erário, não poderia ser levantada a proteção constitucional do advogado para afastar a responsabilidade. Nesse diapasão, confira-se excerto do voto do Ministro Barbosa:

Ora, se se admite que em certas situações a regra da inviolabilidade dos advogados pode ser afastada quando eles, por culpa ou dolo, causarem danos a seus clientes privados e a terceiros, com muito mais razão essa

⁹⁷ MS 24584/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data da Decisão: 09/08/2007. Divulgação: Dje-112, 19/06/2008. Publicação: 20/06/2008.

regra há de ser eclipsada quando estiverem em jogo o mau uso dos recursos públicos, a contratação de obras e serviços ao arripio das normas constitucionais e legais⁹⁸.

O Ministro Joaquim Barbosa lembrou que não cabia, naquele julgamento, “avaliar a existência ou inexistência de responsabilidade dos impetrantes, em razão da circunstância de que nem o TCU procedeu a juízo dessa natureza, o que fez o TCU foi apontar possível responsabilidade, solicitando esclarecimentos aos impetrantes”.

E, assim, concluiu o seu voto:

Mas surge dúvida sobre a extensão da virtual responsabilidade de cada um dos impetrantes pelos atos fiscalizados pelo TCU: o delineamento das distinções que mencionei em meu voto pressupõe que o assessor jurídico tenha o poder final de aprovação das minutas para caracterização dessa aprovação como ato administrativo. Da análise dos autos não há como pré-definir quais dos impetrantes detinham tal poder final.

No caso concreto, analisado no MS 24584, não houve qualquer imputação de responsabilidade dos advogados públicos. Inclusive, durante discussão travada entre o Ministro Ayres Britto e o Ministro Joaquim Barbosa, este afirmou que a maioria, até então formada, estava se “recusando a dar uma imunidade absoluta e inquestionável aos advogados”.

Mas o Ministro Ayres Britto também votou pela denegação da segurança, pois “não existe direito líquido e certo dos impetrantes a não prestar uma informação ou responder a uma inquirição do Tribunal de Contas”.

Em mais um voto vista, o Ministro Cezar Peluso asseverou que a questão era muito mais simples do que indagar “se o parecer jurídico é obrigatório ou vinculante”. De acordo com ele, “o parecer jurídico se submete também ao juízo de legalidade e legitimidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos”.

O Ministro Gilmar Mendes também pediu vista dos autos, para uma melhor análise da controvérsia. Após retornar, manteve a sua posição adotada no

⁹⁸ MS 24584/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data da Decisão: 09/08/2007. Divulgação: Dje-112, 19/06/2008. Publicação: 20/06/2008.

MS 24073, e votou pela concessão da segurança, para que os impetrantes não figurassem como responsáveis nos processos administrativos, “dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”.⁹⁹

Entretanto, por maioria, ficou decidido que o advogado público poderia prestar informações ao TCU sobre a manifestação exarada em seu parecer jurídico, ante a inexistência de sua inviolabilidade profissional.

No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal teve de analisar mais um caso relacionado ao tema, mas a questão posta nos autos era diversa. Ao contrário do MS 24.584, que era limitado a discutir acerca da possibilidade do advogado público prestar informações sobre o novo julgado impunha a análise da possibilidade de efetiva responsabilização do advogado público pelo Tribunal de Contas.

Trata-se do MS 24.631/DF. Na hipótese dos autos, o impetrante, na condição de advogado público, pretendia obter a ordem que lhe assegurasse não figurar no rol de responsáveis de processo administrativo instaurado no TCU. A Corte de Contas alegou que o advogado, ao emitir o parecer, teria sido conivente com diversas irregularidades existentes em acordos firmados entre o órgão público no qual prestava consultoria jurídica e outras empresas. Tal fato justificaria a audiência do Impetrante, bem como a possível aplicação de multa a ele.

O Ministro Joaquim Barbosa, Relator do MS 24.631, novamente fez alusão à classificação dos pareceres em facultativo, obrigatório e vinculante. No entanto, verificou-se que, na decisão do TCU, não restou demonstrada culpa ou indícios de culpa na atuação do advogado público. Segundo o Ministro, o que houve foi uma “presunção de responsabilidade” ao advogado.

Assim, o Ministro concedeu a segurança ao advogado impetrante, ressaltando o entendimento de que o advogado público possui regime diferenciado, pois há uma mescla de características do regime jurídico do profissional liberal com

⁹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 377.

as dos servidores públicos civis. Desse modo, a sua fundamentação não se relacionava com a proteção prevista nas normas do Estatuto da Advocacia.

Há que se notar que o caso não se relaciona com a hipótese do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 ou com o art. 42 da Lei nº 9.784/99. A irregularidade foi no sentido da ilegalidade cometida pelo DNER em firmar acordos extrajudiciais, em inobservância à hipótese prevista na Constituição Federal.

Isso significa que, para o caso concreto, foi irrelevante verificar se o parecer jurídico era facultativo, obrigatório ou vinculante. O que houve, na verdade, foi uma aferição da culpa em sentido estrito do advogado público, quando da elaboração do parecer. Sobre esses dois julgados, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes entende que a classificação de modalidades do parecer possui caráter meramente acessório, visto que, em qualquer caso, deverá ser aferida a culpa ou a má-fé do advogado:

Assim, é possível concluir que a natureza jurídica do parecer tem caráter acessório em relação aos outros critérios a serem aferidos, como culpa em sentido largo e o nexa causal. Isso porque, mesmo diante de um parecer vinculante não há como responsabilizar o advogado público sem a comprovação da culpa em sentido lato e do nexa causal, uma vez que sua responsabilidade será sempre subjetiva.¹⁰⁰ (grifos no original)

O que se nota, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou acerca da efetiva aplicação de penalidades, pelo TCU, para os advogados públicos. Com efeito, no caso do MS 24.584, a Corte considerou, apenas, a legalidade da convocação dos procuradores para prestar informações sobre tomadas de contas irregulares. Isso porque a hipótese dos autos era referente a um parecer “vinculante”. Já no MS 24.631, a hipótese não era de parecer “vinculante”, mas o STF sinalizou que, caso tivesse sido demonstrada a culpa do advogado, não haveria óbices ao prosseguimento do processo administrativo, em relação a ele.

De qualquer modo, não há um veredito final, visto que, de um lado, entende-se que a responsabilização poderia se dar nos casos de má-fé ou erro

¹⁰⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. In: ENCONTRO NACIONAL CONPEDI. 19, 2010, Fortaleza, *Anais...* Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

inescusável. De outro, há o entendimento de que a responsabilização seria impossível, frente a proteção constitucional dos advogados. Relativizando essa última hipótese, há ainda a questão do parecer obrigatório e vinculante, previstos na Lei nº 9.784/99 e 8.666/93, respectivamente.

Quanto à competência punitiva dos advogados públicos, o STF, no Mandado de Segurança nº 24.584, reconheceu-se a legalidade do advogado público prestar informações ao TCU. Não obstante, em um curto espaço de tempo, no MS 24.631, a Corte Suprema desconsiderou a análise da natureza jurídica do parecer, verificando apenas a existência de culpa e de nexos causal como fundamento da decisão, o que torna a questão ainda nebulosa.

Por derradeiro, a posição adotada neste trabalho é a de que a responsabilização dos advogados públicos na elaboração de pareceres não deve ser feita de forma livre e desmedida pelo Tribunal de Contas. Se assim o fosse, a Corte de Contas passaria a avaliar aspectos jurídicos da fundamentação contida no parecer, o que deturparia a atividade da advocacia pública, enrijecendo a liberdade intelectual do parecerista.

O próprio STF reconheceu, no MS 24.584, que não haveria problema no fato do advogado público prestar informações ao TCU. Por outro lado, asseverou que “advogados públicos poderiam, a qualquer tempo, recorrer ao judiciário para discutir qualquer imputação de responsabilidade pelo TCU em desfavor deles”.

Destaque-se que, mesmo nas hipóteses em que o parecer é vinculante, isso não torna o advogado corresponsável com o ordenador de despesas, devendo verificar o elemento subjetivo, ou seja, possível mancomunação com atividades ilícitas. Comprovado esse fato, o parecerista estaria atuando em prejuízo aos cofres públicos, o que, na condição de agente público, não afasta a sua responsabilidade perante o Tribunal de Contas.

CONCLUSÃO

Neste trabalho de conclusão de curso, foi abordada a função institucional do Tribunal de Contas da União, à luz das atribuições conferidas constitucionalmente a este órgão de controle da Administração Pública, quais sejam: consultiva, informativa, fiscalizadora, corretiva, judicante e sancionadora. Além disso, foi visto que o TCU é um órgão que exerce funções tipicamente administrativas e que, apesar de prestar auxílio ao Congresso Nacional, possui, reconhecidamente, a natureza *sui generis*, que lhe confere ampla autonomia.

Após, foi feita uma análise da natureza jurídica do parecer. A partir de uma pesquisa fundamentalmente bibliográfica, extraiu-se os conceitos dados pela doutrina em Direito Administrativo. O primeiro deles foi referente aos atos administrativos que, segundo o entendimento pacífico, visa “modificar, criar ou extinguir direitos”.

Por esse motivo, verificou-se que há dificuldade em enquadrar o parecer jurídico como uma das modalidades de ato administrativo, uma vez que o parecer é mera manifestação de opinião da assessoria jurídica da Administração, não vinculando o administrador.

Contudo, foi observado que atualmente existem diversos tipos de parecer: o facultativo, o obrigatório e o vinculante. Este último, que impede a tomada de decisão diversa daquela esposada no parecer, foi uma inovação jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, trazido pela Lei nº 8.666/93.

Em seguida, estudou-se o regime jurídico da Advocacia Pública. Foi observado que os advogados públicos inserem-se na categoria de agentes públicos, na subcategoria dos servidores públicos. Essa classificação foi contrastada com a proteção constitucional dada ao advogado, erigida à importância de “função essencial à justiça”.

Entendeu-se que, uma vez os advogados públicos serem servidores públicos, suas responsabilidades não são as mesmas dos advogados particulares,

uma vez que estão lidando com a coisa pública. Com base nisso, verificou-se a posição divergente da doutrina no tocante à possibilidade de responsabilização dos advogados públicos perante o TCU.

Por fim, foi realizado um estudo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O STJ firmou jurisprudência no sentido da inviolabilidade dos consultores jurídicos, à luz da proteção constitucional que lhes foi concedida.

Já o Supremo Tribunal Federal lidou com a questão com mais profundidade em duas oportunidades: no MS 24073/DF e no MS 24584/DF. Na primeira, o STF seguiu a linha do STJ, isentando os consultores jurídicos de prestarem informações perante a Corte de Contas.

No segundo caso, o Pretório Excelso aumentou a discussão, fazendo uma análise do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, que trata do parecer classificado como “vinculante”. Nessa ocasião, a Corte relativizou a questão da inviolabilidade da atuação do Advogado.

Entretanto, pelo fato de que, em ambas as oportunidades, o STF apenas ter analisado o direito líquido e certo de procuradores federais não prestarem informações perante o TCU, restou uma margem de dúvida em relação à possibilidade de submissão dos advogados ao Tribunal de Contas.

Assim, percebe-se que ainda há insegurança jurídica pairando sobre essa questão. Certamente, a Corte Suprema ainda terá de lidar com caso concreto que trate da legalidade da imputação de responsabilidade, pelo TCU, aos advogados, tal como faz esta Corte com os demais responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos.

REFERÊNCIAS

- BERNADINO, Juliana Helena Takaoka. Responsabilidade dos advogados públicos por pareceres emitidos em processos de licitação e contratos. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, n. 189, p. 121-124, nov. 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Lumem Juris, 2012.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. In: ENCONTRO NACIONAL CONPEDI. 19, 2010, Fortaleza, *Anais...* Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- FERREIRA, Carina Estephany. A gestão pública e a responsabilidade do advogado público na elaboração de pareceres jurídicos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3224, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21600>>. Acesso em: 27 ago. 2012.
- FREITAS, Ney José de (Coord.). *Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- JARDIM, Luanna de Freitas Queiroz. Responsabilidade do Parecerista Jurídico pela regularidade da despesa pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 79, n. 2, p. 17-18, abr./jun. 2011.
- MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres relativos a licitações e contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3260, 4 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21923>>. Acesso em: 27 ago. 2012.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2012

MARTINS, Ives Gandra. A autonomia e a independência da Ordem dos Advogados do Brasil. *Fórum Administrativo*, ano 7, n. 71, jan. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979.

MELO, Verônica Vaz de. A responsabilidade dos assessores jurídicos na elaboração de pareceres para a Administração Pública em atividades licitatórias mal sucedidas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2536, 11 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15002>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes de. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, n. 129, p. 81-83, 2004.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O advogado parecerista e a Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1018, 15 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8252>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

SANTOS, Jair Lima. *Tribunal de contas da união e controles estatal e social da administração pública*. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUSA, Alfredo José de. (Coord.) *O novo tribunal de contas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1605, 23 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10689>>. Acesso em: 27 ago. 2012.