

A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO POR PARECERES EXARADOS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*THE MEMBERS OF THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE
ACCOUNTABILITY FOR ITS LEGAL ADVICE IN PROCUREMENT
PROCESSES AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS*

Tatiana Bandeira de Camargo Macedo

Advogada da União lotada na Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Relações Exteriores. Pós-Graduada em Direito Penal e em Direito do Trabalho.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inviolabilidade do advogado público no exercício profissional; 2 A atuação consultiva dos membros da Advocacia-Geral da União em licitações e contratos administrativos; 3 O exame jurídico de editais de licitações e contratos: responsabilidade sob a ótica do Supremo Tribunal Federal; 4 A responsabilização do Advogado Público: análise à luz dos entendimentos do tribunal de contas da união; 5 A responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União: delimitação constitucional; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Segundo a Constituição Federal de 1988, compete à Advocacia-Geral da União prestar consultoria jurídica ao Poder Executivo Federal. Inserida dentre as Funções Essenciais à Justiça, essa instituição tem sua organização e sua competência disciplinadas pela Lei Complementar nº 73, de 1993. O objetivo deste artigo é analisar a responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União em sua atuação consultiva, mais especificamente em processos de licitações e contratos administrativos. Tal responsabilização será examinada tomando por base, precipuamente, a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica. Responsabilização. Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal. Controle.

ABSTRACT: In accordance with the Federal Constitution of 1988, the Attorney General's Office is to provide legal advice to the Federal Executive Branch. Included among the Essential Functions for Justice, this Office assumes its organization and its assigned powers from Complementary Law No. 73 of 1993. The purpose of this paper is to analyze the accountability of the members of the Attorney General's Office in the office's advisory role, more specifically in procurement processes and administrative contracts. Such accountability is examined primarily on the basis of the Federal Constitution of 1988 and the jurisprudence of the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Attorney General's Office. Legal advice. Accountability. Court of Auditors of the Union. Federal Supreme Court. Auditing.

INTRODUÇÃO

Em matéria de responsabilização dos agentes públicos, deve-se inicialmente perquirir a natureza das atividades desempenhadas por esses profissionais e o respectivo tratamento no âmbito da Constituição Federal de 1988, que se constitui em fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Partindo dessa premissa, este artigo tem por objeto a atuação consultiva dos membros da Advocacia-Geral da União, especialmente em processos de licitações e contratos, perquirindo em que hipóteses esses Advogados Públicos podem ser responsabilizados, administrativamente, em razão do exercício da consultoria jurídica.

Na primeira etapa deste trabalho, será abordada a inviolabilidade do Advogado Público no exercício profissional, tomando por base os preceitos da Constituição Federal e da Lei nº 8.906, de 1994.

Em seguida, será examinada a atuação consultiva dos membros da Advocacia-Geral da União, nos processos de licitações e contratos administrativos, observando-se seu disciplinamento na Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei Complementar nº 73, de 1993.

Posteriormente, será analisada a responsabilização dos membros da Advocacia-Geral da União, tendo por parâmetros, sucessivamente, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União acerca do tema.

Numa derradeira etapa deste artigo, será delimitada a forma de responsabilização que, à luz das pertinentes disposições constitucionais, releva-se mais consentânea com a função desempenhada pelos membros da Advocacia-Geral da União, na análise jurídica empreendida em processos de licitações e contratos administrativos.

Em suma, pretende-se com esse trabalho contribuir para o estudo dessa relevante matéria que é a responsabilização do Advogado Público, abordando-se com maior especificidade essa temática no âmbito da Advocacia-Geral da União.

1 A INVIOABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Ao tratar da “Advocacia Pública”, a Constituição Federal prevê que “a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (art. 131).

Ainda na Constituição Federal, encontra-se previsto que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133).

Em consonância com esses dispositivos constitucionais, a Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), estipula que:

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Este preceito legal se aplica aos membros da Advocacia-Geral da União, conforme o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.906, de 1994, segundo o qual:

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, *os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.* (grifo nosso).

Tal disposição normativa se coaduna com a Constituição Federal de 1988, que situa a Advocacia-Geral da União em seção intitulada “Da

Advocacia Pública”. A este respeito, deve-se adotar a acepção empregada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao esclarecer que:

A expressão advogado público, utilizada em oposição ao advogado que atua como empregado do setor privado ou como profissional liberal, designa aqueles que, *com vínculo de emprego estatutário*, integram a Advocacia-Geral de União, a Procuradoria-Geral do Estado e a Procuradoria do Município (embora esta última não esteja referida na Constituição). E abrange também os advogados que representam as autarquias e fundações *de direito público* alcançados pelo regime jurídico único a que se refere o art. 39 da Constituição Federal.¹

Em consonância com tal arcabouço normativo, foi exarado o Parecer nº GQ - 24, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Esta manifestação, ao se referir à atuação funcional dos membros da instituição, aduz que “a positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional.”² Trata-se, portanto, de um pronunciamento que, de forma vinculante para toda a Administração Pública Federal³, consagra a independência técnico-funcional dos Advogados Públicos. art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

No mesmo rumo, Sérgio de Andréa Ferreira defende que:

Se o advogado, profissional liberal, ‘é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão’ (art. 133), também a advocacia pública (Advocacia-Geral da União e Procuradorias locais) [...] tem sua independência funcional. Se aquele ‘é indispensável à administração da justiça’ [...], tomada essa no seu sentido amplo sublinhado, igualmente o são os *advogados públicos* [...].⁴

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, p. 11-30, dez. 1996, p. 11.

2 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-24. Pareceres da AGU, Brasília, v. 2, p. 243, [1994]. Disponível em: <http://200.181.70.163/pareceres/index_default.htm>. Acesso em: 26 jun. 2006.

3 Vide o art. 40, caput e § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993:

“Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

4 FERREIRA, Sergio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 12.

Vejam-se, também, o que afirma Ronny Charles Lopes e Torres:

Essa inviolabilidade é indispensável ao exercício pleno das funções advocatícias. Seu tolhimento afronta uma garantia reconhecida pelo constituinte para o desempenho de uma função essencial à Justiça, que se consagrou como instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais.⁵

Resta claro, portanto, que os membros da Advocacia-Geral da União possuem sim garantida a inviolabilidade no exercício de suas atribuições, à luz dos preceitos constitucionais e legais aplicáveis.

2 A ATUAÇÃO CONSULTIVA DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, “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” (grifou-se). A referida disposição normativa tem gerado sensíveis dificuldades, no âmbito da Administração Pública, tanto para os advogados como para os administradores públicos, tendo em vista que se incumbe à assessoria jurídica a *aprovação* das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos administrativos. Ao utilizar a expressão “aprovadas”, o aludido preceito legal acaba por tratar, de maneira uniforme, as funções desempenhadas pelo advogado e pelo administrador na esfera pública, na medida em que a ambos é incumbida a responsabilidade pelos atos administrativos praticados.

A este respeito, deve-se inicialmente salientar que, enquanto o papel do advogado é de caráter *consultivo*, a função do administrador é de natureza eminentemente executiva, cabendo-lhe a formulação e a implementação de políticas públicas. Deste modo, ao dispor que minutas (ou seja, atos administrativos) serão “aprovadas” por advogados, o legislador ordinário acaba por amalgamar as funções desempenhadas por essas duas espécies de agentes públicos, olvidando a clara distinção entre suas respectivas funções (consultiva e administrativa).

Por outro lado, insta observar que o art. 11, inciso VI, alínea “a”, da Lei Complementar nº 73, de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da

⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 157.

União), ao tratar das Consultorias Jurídicas, incumbe-lhes “examinar” os textos de edital de licitação, assim como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. Por conhecer as nuances do exercício da advocacia pública, o legislador complementar entendeu que a manifestação jurídica, *in casu*, não se tratava de uma aprovação, mas sim de um *exame* dos atos praticados pela Administração. Garante-se, assim, a necessária independência entre as esferas jurídica e administrativa, permitindo que cada uma bem exerça a parcela de atribuições que a lei e a Constituição lhes conferem.

Traçadas essas considerações, impende analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilização do Advogado Público em sua atuação consultiva.

3 O EXAME JURÍDICO DE EDITAIS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: RESPONSABILIDADE SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal adotou, no Mandado de Segurança nº 24073/DF, o entendimento de que o parecer jurídico “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”. Nesta perspectiva, “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”.⁶

Mais recentemente, a Suprema Corte proferiu julgado nos seguintes termos, no Mandado de Segurança nº 24584/DF:

Prevedo 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.⁷

Pela leitura desse último acórdão, infere-se que o Supremo Tribunal Federal admite, em tese, a responsabilização de Advogado Público

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24073/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 31 out. 2003.

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24584/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe de 20 jun. 2008.

perante o Tribunal de Contas da União, em razão de parecer exarado em processos de licitações e contratos administrativos. A este respeito, dúvida surge acerca dos eventuais limites dessa responsabilização, ou seja, em que hipóteses ela poderia ocorrer.

Neste sentido, buscando aclarar os casos em que seria cabível a responsabilização funcional do Advogado Público, foi prolatado o seguinte julgado da Suprema Corte, no bojo do Mandado de Segurança nº 24631/DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.⁸

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24631/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe de 1º fev. 2008.

Tal acórdão deixa claro que a responsabilização do Advogado Público somente é cabível se esse profissional agir com “culpa ou erro grosseiro”, quando se tratar de “parecer de natureza meramente opinativa”. Este entendimento parte de uma interessante distinção entre espécies de parecer jurídico, quais sejam: “facultativo”, “obrigatório” e “vinculante”.

Evidenciados os mais relevantes julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, cumpre passar à análise dos entendimentos proferidos pelo Tribunal de Contas da União.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO: ANÁLISE À LUZ DOS ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Relativamente às competências do Tribunal de Contas da União, impende observar o disposto na Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

Em sua atividade de controle externo, ao examinar os processos de contratação da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União tem apreciado as manifestações jurídicas exaradas pelos competentes órgãos de Advocacia Pública, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.⁹

Considerando os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de responsabilização dos Advogados Públicos, o Tribunal de Contas da União proferiu acórdão com o seguinte teor:

No tocante aos pareceristas, em regra, há responsabilização desse tipo de profissional quando o ato enunciativo por ele praticado contém erro grosseiro ou inescusável com dolo ou culpa. Todavia observo que o indigitado parecer pauta suas considerações a partir de uma análise objetiva das questões tratadas em face da realidade local.

Em verdade, os pareceristas chamam a atenção da administração para o que se considerou riscos potenciais. E, como já mencionado, tais riscos potenciais apontavam para uma eventual inxequibilidade dos preços, caso em que, repito, caberia à administração a adoção de outras medidas, antes da pronta desclassificação do interessado.

Agindo dessa forma, a administração poderia ter afastado as dúvidas suscitadas pelo parecer, situação em que seria juridicamente sustentável a contratação da referida empresa.

Como arremate, vale dizer que as considerações constantes do parecer em tela não poderiam ser consideradas equivocadas, mesmo se, com a consulta, a empresa [...] tivesse comprovado a viabilidade de sua proposta.

Posto isso, entendo não haver sustentação para a responsabilização dos pareceristas nestes autos, até porque, como visto, referido parecer não contém erros grosseiros ou inescusáveis com dolo ou culpa que justifiquem a responsabilização dos autores pelas falhas observadas. (grifou-se)

⁹ Art. 38. [...]

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."

É certo que tal julgado delimita as hipóteses de responsabilização à ocorrência de “erros grosseiros ou inescusáveis com dolo ou culpa”. Ocorre que, mesmo com tais delimitações, entende-se que a responsabilidade de Advogado Público perante o Tribunal de Contas da União é matéria controversa, à luz dos contornos que a própria Corte atribui à atividade de consultoria jurídica da Administração Pública.

A este respeito, deve-se inicialmente ressaltar que o Tribunal de Contas da União reconhece a ausência de vinculação da área técnico-administrativa ao parecer jurídico exarado por Advogado Público, consoante de extrai da leitura do Acórdão nº 4.127/2008 - Primeira Câmara¹⁰ e do Acórdão nº 128/2009 - 2ª Câmara.¹¹ Ou seja, em consonância com o entendimento dessa Corte, a manifestação jurídica consultiva não vincula o gestor público.

Da mesma forma, impende consignar que o Tribunal de Contas da União, embora reconheça a obrigatoriedade de a área técnico-administrativa remeter os processos licitatórios à prévia análise jurídica, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, é certo que essa Corte vem admitindo que, em casos excepcionais, nos quais não se vislumbre prejuízo ao erário nem dolo ou má-fé, a ausência de parecer jurídico constitui mera “falha de natureza formal”.¹²

10 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Primeira Câmara. Acórdão nº 4.127/2008. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. DOU de 18 nov. 2008. Por oportuno, leia-se o que se recomenda no referido acórdão:

“1.5. Determinar à Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento no Rio Grande do Sul que: [...] e) apresente as razões para o caso de discordância, nos termos do inciso VII do art. 50 da Lei nº 9.784/99, de orientação de órgão de assessoramento jurídico à Unidade;” (grifou-se)

11 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Segunda Câmara. Acórdão nº 128/2009. Rel. Auditor Augusto Sherman. DOU de 6 fev. 2009. Veja-se a recomendação expendida nesse acórdão:

“Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, em:

[...] 1.5. determinar à Defensoria Pública da União - DPU que:

[...] 1.5.15. em caso de não atendimento às recomendações da Consultoria Jurídica do Órgão, emitidas em parecer que trata o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, insira nos processos de contratação documento contendo as justificativas para o descumprimento dessas recomendações;” (grifou-se)

12 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 96/2004. Rel. Min. Humberto Guimarães Souto. DOU de 19 fev. 2004. Veja-se o que consta no Relatório do Ministro Relator desse acórdão:

“19. O Tribunal, nas questões relativas à ‘ausência de parecer jurídico nas licitações’, não sendo detectado prejuízo ao erário, vem sinalizando no sentido de ausência de dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, falha formal e determinação, conforme as supracitadas decisões apresentadas nas razões de justificativa: Acórdão 62/1999 - Segunda Câmara e Decisão 561/98 - Plenário. No primeiro, por não haver sido detectado nenhum prejuízo ao Erário foi determinada a imediata regularização das

À luz desses entendimentos do Tribunal de Contas da União, no sentido de que o administrador público não se encontra realmente vinculado ao parecer jurídico e de que a ausência dessa manifestação (nos processos licitatórios) é simples “falha de natureza formal” mostra-se questionável a responsabilização de Advogado Público por essa Corte de Contas. Com efeito, tais posicionamentos reforçam uma natureza meramente opinativa do parecer jurídico, deixando na esfera do administrador público o real poder decisório em matéria de licitações e contratos administrativos. Portanto, decidir por uma responsabilização solidária entre quem opina (consultivamente) e quem decide não se mostra razoável.

Em verdade, constata-se que a responsabilização dos Advogados Públicos decorre, sobretudo, de uma incompreensão quanto à exata natureza da atuação consultiva desses profissionais, à luz do tratamento que a Constituição Federal de 1988 confere ao tema. Eis o objeto de análise do tópico final deste artigo.

5 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao tratar da organização dos Poderes, a Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo próprio ao que denomina “Funções Essenciais à Justiça”, situando dentre elas a “Advocacia Pública”. É justamente nesse contexto que se inserem a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que vêm respectivamente previstos nos arts. 131 e 132 do texto constitucional.

Ao analisar a atividade de consultoria jurídica desempenhada pela Advocacia-Geral da União, Rommel Macedo enquadra esse mister como um controle de legalidade e de legitimidade.¹³ Noutros termos, pode-se afirmar que consiste num verdadeiro controle de juridicidade, à luz da doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.¹⁴

impropriedades subsistentes. No segundo, o fato de inexistir dano ao Erário sinalizou no sentido de ausência de dano ou má fé por parte dos responsáveis, considerando *falha de natureza formal*, propondo determinação para que o órgão adotasse as providências de modo a coibir a reincidência de tal falha. Vê-se, assim, *que se trata de falha semelhante, merecendo o mesmo tratamento.*” (grifou-se)

13 MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 471.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Debates em Direito Público: *Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out./2005.

Nesta perspectiva, não se pode olvidar que o exercício da atividade de consultoria jurídica “sem o mínimo de consistência técnica, inviabiliza o controle de legalidade e, em consequência, impossibilita a realização do Estado de Direito”, como bem aduzido por Moreira Neto.¹⁵

Considerando que a consultoria jurídica se traduz em atividade de controle, a ser desempenhada por membros da Advocacia-Geral da União, é evidente que a responsabilização desses agentes públicos não pode ser feita com os mesmos parâmetros adotados relativamente aos administradores públicos. Com efeito, o advogado que exerce consultoria jurídica possui função diversa daquela desempenhada pelos órgãos técnico-administrativos, distinção que é evidenciada no modelo italiano de Advocacia do Estado, que muito influenciou a Constituição Federal de 1988.¹⁶

É justamente em consonância com esses parâmetros jurídicos que foi elaborado o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, por Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, alterada pela Portaria nº 84, de 23 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Tal anteprojeto trata da atividade de consultoria jurídica no bojo de Seção intitulada “Do controle”, estipulando que:

Art. 54. Os órgãos de consultoria jurídica da administração, independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais.

§ 1º Os agentes dos órgãos a que se refere o *caput* deste artigo não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão.

§ 2º Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de supervisão e controle, inclusive judicial.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: temas de direito político e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 248.

16 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 163. QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções essenciais à justiça: da Advocacia do Estado. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998. p. 229.

Pelo exame desses dispositivos, infere-se que:

a atividade de consultoria jurídica é, adequadamente, caracterizada como “controle prévio de legalidade”;

não se trata, porém, de um controle com efeito inibidor sobre a atuação dos órgãos governamentais, mas sim de uma atuação destinada à “orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais”;

a responsabilização dos Advogados Públicos somente é cabível na “hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão”.

No que tange, especificamente, aos membros da Advocacia-Geral da União, não se pode admitir uma dupla responsabilização administrativa pelos pareceres que exararem. Com efeito, não se revela consentâneo com os princípios da razoabilidade e da eficiência admitir que esses profissionais tenham sua conduta passível de responsabilização tanto internamente (no âmbito da própria instituição a que se vinculam) como também perante o Tribunal de Contas da União.

A este respeito, saliente-se que a Constituição Federal é clara no sentido de que “organização e funcionamento” da Advocacia-Geral da União são matérias afetas à lei complementar. Neste sentido, vige a Lei Complementar nº 73, de 1993, dispondo expressamente que:

Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições:

I - *fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União;*

II - *promover correição nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, visando à verificação da regularidade e eficácia dos serviços, e à proposição de medidas, bem como à sugestão de providências necessárias ao seu aprimoramento;*

III - *apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;*

IV - coordenar o estágio confirmatório dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União;

V - emitir parecer sobre o desempenho dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos ao estágio confirmatório, opinando, fundamentadamente, por sua confirmação no cargo ou exoneração;

VI - *instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União* (grifou-se).

Vê-se, portanto, que a Advocacia-Geral da União possui sim uma Corregedoria-Geral com competência disciplinada em lei complementar, cabendo-lhe “fiscalizar as atividades funcionais dos membros” da instituição, promover correição nos respectivos órgãos jurídicos e até mesmo instaurar “sindicâncias e processos administrativos”. Desta forma, eis o órgão legalmente competente para apurar as faltas funcionais cometidos pelos membros dessa instituição.

6 CONCLUSÃO

Conforme se observou ao longo deste artigo, os membros da Advocacia-Geral da União exercem uma atividade advocatícia que, constitucionalmente, é designada como “Função Essencial à Justiça”. Desta forma, no estudo da responsabilização funcional desses agentes públicos, o texto constitucional se constitui no adequado parâmetro de análise, de modo a bem delimitar as hipóteses e os mecanismos de responsabilização.

Frente a todas as considerações expendidas neste trabalho, não se mostra cabível a responsabilização de membros da Advocacia-Geral da União por parte do Tribunal de Contas da União, vez que:

- a) a Advocacia-Geral da União é uma instituição com *status* constitucional, com organização e funcionamento disciplinados em lei complementar (art. 131 da Constituição Federal);
- b) os membros dessa instituição desempenham atividade de controle de juridicidade na esfera consultiva, sendo dotados de inviolabilidade em suas manifestações (art. 133 da Carta Magna);

- c) tal função de controle se deve sujeitar a mecanismos de fiscalização que levem em conta a distinção entre as atribuições dos advogados e dos administradores públicos;
- d) desta forma, considerando que existe uma Corregedoria-Geral da Advocacia da União, com atribuições expressamente previstas no art. 5º da Lei Complementar nº 73, de 1993, esse deve ser o órgão competente para a responsabilização administrativa dos membros da Advocacia-Geral da União.

É evidente que tais Advogados Públicos são sim responsáveis pelo exercício de sua atividade consultiva. Porém, tal responsabilização somente pode ocorrer nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão. Trata-se da exegese que mais se coaduna com as elucidativas premissas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24631/DF, interpretado em consonância com a abalizada doutrina que trata da Advocacia Pública.

Desta forma, impende garantir que a atividade de consultoria jurídica, nos processos de licitações e contratos administrativos, seja realizada com o legítimo escopo de orientar o administrador público, em prol da efetivação do ordenamento jurídico. Isto, contudo, demanda um reconhecimento das prerrogativas dos membros da Advocacia-Geral da União, de modo a viabilizar um controle de juridicidade realmente eficiente, em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, p. 11-30, dez. 1996.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 12.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e

uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: temas de direito político e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em Direito Público, *Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out./2005.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções essenciais à justiça: da Advocacia do Estado. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1998. p. 229.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24073/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 31 out. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24584/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJe de 20 jun. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 24631/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe de 1º fev. 2008.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº 96/2004. Rel. Min. Humberto Guimarães Souto. DOU de 19 fev. 2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Primeira Câmara. Acórdão nº 4.127/2008. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. DOU de 18 nov. 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Segunda Câmara. Acórdão nº 128/2009. Rel. Auditor Augusto Sherman. DOU de 6 fev. 2009.

