

A RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA NA ANÁLISE DAS MINUTAS DE EDITAIS E CONTRATOS¹

Ronny Charles Lopes de Torres
Advogado da União, Mestrando em Direito Econômico,
Pós-graduando em Direito Tributário, Pós-Graduado
em Ciências Jurídicas, Professor universitário.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Contexto Fático; 3 Elementos de Questionamento; 3.1 Da competência dos Tribunais de Contas e a natureza da atividade jurídica do parecerista; 3.2 Parecer jurídico como manifestação do órgão; 3.3 Compreensão do direito como processo de investigação de uma ciência inexata; 3.4 Da inviolabilidade do advogado; 3.5 Do caráter opinativo do parecer jurídico; 3.6 Da crítica ao argumento de irrazoabilidade da manifestação jurídica; 4 A Posição Atual do STF; 5 Conclusão. 6 Referências.

¹ Texto da palestra ministrada no Seminário Regional sobre Advocacia Pública Federal na 5ª Região, realizado entre os dias 23 a 25 de abril de 2008.

RESUMO: O presente trabalho buscou analisar o tema da responsabilização dos advogados pareceristas pelas Cortes de Contas, notadamente naquilo que se insere no cerne da atividade jurídica de aprovação das minutas de editais e contratos, conforme atribuição dada pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

Sem a pretensão de esgotar o tema, merecedor de profundas reflexões, almeja-se apontar elementos de questionamentos que, em nossa opinião, fragilizam a tese de responsabilização do parecerista, pelos Tribunais de Contas, em sua atividade jurídica.

De forma sucinta, também são analisadas as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ponderando a necessidade de maior aprofundamento sobre o tema.

Assim, acreditamos contribuir para uma melhor intelecção sobre a atribuição positivada pelo estatuto licitatório, fortalecendo esse importante instrumento de combate preventivo contra a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado. Parecerista. Análise de editais. Responsabilização pelos Tribunais de Contas. Impossibilidade. Questionamentos.

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto é abrangente, permitindo vários enfoques, para os quais poderíamos chegar a conclusões diferentes.

Se perguntássemos: o advogado parecerista pode ser responsabilizado pelos atos que pratica? A resposta, acredito, seria positiva.

Se acrescentássemos um elemento à frase e questionássemos: o advogado parecerista pode ser responsabilizado pelos atos que pratica, no exercício da advocacia? A resposta, embora positiva, permitiria algumas ressalvas e ponderações.

Mas se indagássemos: o advogado parecerista pode ser responsabilizado pelos atos que pratica, no exercício da advocacia, pelo TCU? Nesse caso, acredito, e é essa convicção que aqui procuro defender, a resposta deve ser negativa.

Se parece correto que qualquer agente público que permita ou silencie acerca de ilegalidades no procedimento e falte com o dever de apontar os vícios de legalidade existentes seja responsabilizado por atos ilícitos que pratique, não se pode olvidar que nosso ordenamento prevê regras de competências e atribuições que exigem respeito e obediência, mesmo pelos órgãos de controle. Em nossa opinião, o disciplinamento apontado pelo nosso ordenamento não autoriza a responsabilização do parecerista, pelo TCU, em razão da manifestação técnico-jurídica que realiza ao analisar minutas de editais, contratos ou convênios.

2 CONTEXTO FÁTICO

Para entendermos os motivos que levaram o Tribunal de Contas da União a estabelecer a responsabilização dos advogados, é importante delinear o contexto fático enfrentado pelo Tribunal, na análise das contas de gestores públicos.

É cediço que muitos gestores, quando da apresentação de suas defesas, em processos que investigam eventuais atos ilegais de gestão praticados, usam como preliminar a escusa de que agiram em razão da orientação dada pela assessoria jurídica. Nesse enfoque, o gestor argumenta que não tem, nem teria obrigação de ter, o conhecimento jurídico adequado, indicando a orientação dada pelo parecerista como um pálio, um escudo que impediria a caracterização do dolo, da vontade de praticar o ato investigado pelo órgão de controle.

Essa situação fática, por certo, levou à construção do raciocínio que aponta a necessária responsabilização do parecerista, pelo TCU, quando da apreciação das contas de gestores, nas situações em que a manifestação jurídica orienta à prática do ato ilícito ou conduz à crença de que realmente o gestor não poderia ser responsabilizado quando seguisse as orientações do órgão jurídico.²

Na prática, essas compreensões permitiram a construção de um ambiente previamente criado para a fuga de responsabilidades, em que gestores, cientes da ressalva que poderão usar em eventuais problemas junto aos órgãos de controle, montam, através do preenchimento de cargos em comissão, uma assessoria jurídica subserviente e totalmente despida de autonomia, muitas vezes formada por profissionais sem qualquer vínculo efetivo com a Administração, cuja principal finalidade não é assessorar, mas justificar as ilegalidades já dantes intencionadas.

Em outras palavras, em órgãos assim formados, o parecer não é confeccionado para orientar, mas para justificar a ação previamente tentada pelo gestor.

Noutro diapasão, essa compreensão despreza a importância do controle preventivo feito pela advocacia pública, enfraquecendo-a e desestimulando a atuação de alguns de seus melhores quadros,

² CAMMAROSANO, Márcio. *Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*. ILC n. 37, mar. 1997, p. 229.

notadamente na atividade de análise prévia de minutas de editais, contratos e convênios, atuação que impede, diariamente, sem alardes ou sirenes, a realização de atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao erário e o desvio de milhões dos cofres públicos, de forma muito mais barata e eficiente do que o controle repressivo e posterior, que goza de espaços cada vez mais freqüentes nos noticiários, mas peca por atingir apenas um pequeno percentual das ocorrências reais e por não conseguir a efetiva recuperação dos valores desviados ou reversão dos efeitos jurídicos causados pela ilegalidade.

Sinceramente, acreditamos que o contexto fático com o qual se deparou o Egrégio Tribunal de Contas da União, no julgamento dos gestores sob sua fiscalização, não justifica a responsabilização fomentada. Primeiro, porque, como já vimos, criou uma espécie de justificativa para a prática de atos ilegais, camuflada pela gestão de cargos em comissão e montagem de equipes jurídicas de confiança do gestor; em segundo, pelo enfraquecimento que essa atitude tem proporcionado a um importante setor, responsável pelo controle preventivo da legalidade, criando constrangimentos que em nada auxiliam o aprimoramento da gestão administrativa, ao revés, afastam bons quadros do exercício de tal mister,³ priorizando, de forma míope, um pensamento que se preocupa com a responsabilização do parecerista, mas esquece de resguardar a autonomia necessária ao real controle preventivo da legalidade, fazendo com que esse instrumento torne-se meramente um procedimento burocrático.

Além disso, apresentamos algumas ponderações que, acreditamos, demonstram a incorreção da responsabilização imposta, pelo TCU, ao advogado parecerista.

3 ELEMENTOS DE QUESTIONAMENTO

Além das ponderações práticas e de gestão que, acreditamos, fundamentam o erro da opção de responsabilização do parecerista, existem vários elementos que parecem justificar a incorreção do pensamento que autoriza tal responsabilização, pelo TCU, quando do exercício do assessoramento advocatício. Dentre os principais, nos concentraremos nos seguintes elementos:

³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa.** RPGE, Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 21-32, jul./dez. 2006

3.1 DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A NATUREZA DA ATIVIDADE JURÍDICA DO PARECERISTA.

Inicialmente, entendemos que há um elemento que claramente impede a imputação de responsabilidades ao parecerista, pelo TCU, que é a própria limitação constitucional de suas competências.

A Constituição Federal, notadamente em seu artigo 71, indica as competências do Tribunal de Contas da União. Naquele dispositivo, verifica-se a competência para julgar contas (inciso II) e 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 (inciso VIII).

Nos dispositivos mencionados, fica claro que o objeto de tal competência restringe-se às contas analisadas e seus responsáveis.

Em síntese, seja em relação aos administradores, demais responsáveis ou àqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, vincula-se a competência do TCU ao julgamento da prestação de contas.

Responsável pelas “Contas”, conforme já deixava claro o Decreto-Lei nº 200/67, é o ordenador de despesa, sendo esta a autoridade que apresenta suas contas para avaliação pelo órgão auxiliar do controle externo.

O advogado parecerista de forma alguma se apresenta como “responsável por contas”, não é ordenador de despesas e em sua atividade não pratica ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe a uma análise dos aspectos de legalidade que envolve as minutas previstas no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador, em seu âmbito discricionário.

Não sendo gestor, nem responsável por contas, está o parecerista distante do alcance da competência do Egrégio TCU para o julgamento de contas e aplicação de sanções previstas na legislação, conforme estabelecido na Constituição Federal.

Mas seria justificável compreender que, em função de uma alegada proteção do que é público, poder-se-ia entender que pode o Tribunal de Contas atuar em campo não autorizado pelo Constituinte, aferindo a legalidade e aplicando sanções em relação a outros atos da Administração que não aqueles relacionados aos gestores e suas contas?

Pensar dessa forma permite um raciocínio que coloca como responsável pelas contas, perante o TCU, qualquer um que, por ação ou omissão, der causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público.

Tal interpretação poderia implicar em absurdos. Provoquemos: Um juiz singular que proferisse sentença, posteriormente reformada por Tribunal Superior, mas que houvesse causado prejuízo ao erário público, pela liberação de uma verba posteriormente tida como indevida e ilegal, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que falhou ao não verificar tal ilegalidade, permitindo ou até ordenando um pagamento posteriormente tido como ilegal, numa apreciação de contas? Um Procurador da República que, por conta de uma improcedência de ação civil pública ajuizada, levasse a União ao pagamento de altas custas sucumbenciais, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que pela sua incorreta compreensão jurídica sobre o êxito da demanda, deu azo a prejuízos ao erário? Os próprios membros do TCU, ao aprovar contas de gestores, nas quais posteriormente fossem identificadas irregularidades por investigações de membros do *Parquet* ou da Polícia Federal, poderiam ser responsabilizados pelo próprio TCU, já que também falharam ao não detectar ilegalidades quando da “aprovação” das respectivas contas, permitindo prejuízo aos cofres públicos? Poderia também ocorrer responsabilização dos membros de uma Câmara do Tribunal de Contas, quando estes apresentassem entendimento posteriormente tido como equivocado pelo Plenário? Da mesma forma, seria tal imputação justificável, quando aquele Tribunal mudasse suas concepções sobre determinadas contratações, exigindo rigores antes não estabelecidos, situação comum em qualquer Corte?

Tais elucubrações parecem esdrúxulas, mas utilizam o mesmo raciocínio de extensão de responsabilidades pretendido por aqueles que defendem a responsabilização do advogado parecerista, pelo Tribunal de Contas da União, em função do argumento sofismático de defesa da coisa pública.

O respeito à ordem jurídica não é alcançado através de mera retórica, é necessário investigar os limites permitidos pelo ordenamento, como plano para o equilíbrio do sistema constitucional. Estabelecer a imputação de débitos a outras pessoas, que não aquelas estipuladas pela Constituição, ou criar competências para os Tribunais de Contas que exorbitam de suas prerrogativas constitucionais deturpa a ordem estabelecida. Nesse ponto, vale a lembrança das palavras cristalizadas por Norberto Bobbio, ao asseverar que “reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento”.⁴

Tanto advogados públicos, procuradores, juízes e promotores podem e devem ser responsabilizados nas situações em que praticarem ilícitos administrativos, contudo, isso apenas poderá ocorrer nos limites de competência e de responsabilidade dispostos pela Constituição, que, acreditamos, não permite a responsabilização do parecerista pela sua manifestação jurídica.

No caso da advocacia, o órgão responsável pela apuração administrativa de eventuais irregularidades no exercício dessa atividade será a Corregedoria própria (Ex: Corregedoria da Advocacia Geral da União) ou a Ordem dos Advogados do Brasil, quando inexistir o respectivo órgão de correição.

Além da punição administrativa, revela-se possível a aplicação da responsabilização civil, penal e por atos de improbidade, havendo expressa previsão da Lei nº 8.429/92, para situações envolvendo processos licitatórios, contratações e utilização de verbas públicas. Mas em todos esses casos, falece competência aos Tribunais de Contas para realizar tal julgamento.

Apurando o TCU a existência de aparente ato de improbidade por advogado parecerista ou dano causado ao erário ou a terceiros, deve representar o fato aos órgãos competentes, para que sejam tomadas as medidas cabíveis para apuração e determinação das responsabilidades pertinentes, perante o Poder Judiciário e órgãos de correição.

3.2 PARECER JURÍDICO COMO MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO

Outro elemento relacionado à atividade do parecerista envolve a análise das características de sua manifestação. Quem pratica o ato, o advogado ou o órgão?

⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito** (trad.). Ícone, 2006. p. 230.

O próprio parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 parece dar a resposta, fazendo remissão ao exame e aprovação das minutas como atribuição da assessoria jurídica (órgão) e não do assessor jurídico (indivíduo).

A redação anterior,⁵ inclusive, fazia expressa referência ao “órgão de assessoria jurídica”, criando, contudo, uma vinculação à unidade responsável pela licitação, realidade desfeita, em nível federal, após a criação da Advocacia-Geral da União, já que, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, é essa 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.

Não obstante, com a nova redação, parece ainda evidente que a atribuição de exame prévio indica a atuação de um órgão, obviamente representado por seus membros ou agentes, algo natural, diante da realidade de nosso Direito Administrativo. Noutro prisma, merece reflexão que a alteração, desvinculando a assessoria jurídica da unidade responsável pela licitação, visa fortalecer um controle preventivo feito por órgão diferente do responsável pela gestão, alteração singela, mas que permite a autonomia necessária ao controle preventivo da legalidade.

No ambiente federal, pelo próprio texto constitucional, resta evidente que cabe à AGU, enquanto órgão, a atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, motivo pelo qual apenas seus membros devem exercer tal atribuição.

Conforme explica MELLO,⁶ órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado, que necessitam da atuação de seus agentes para manifestar suas vontades. Vejamos o que ensina o autor:

[...] Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado[...] de tal sorte que

5 Modificada posteriormente pela Lei Federal nº 8.883, de 08 de junho de 1994.

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p. 128.

, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado.

Adiante, ao citar as relações entre órgãos, o autor,⁷ fazendo alusão aos ensinamentos de Oswaldo Aranha,⁸ traz assertiva que merece nossa reflexão:

Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências, os quais, de resto – diga-se de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos.

CUNHA JÚNIOR lembra que decorre do princípio da impessoalidade também a conclusão de que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao agente que os pratica, mas ao órgão ou entidade da Administração Pública, em nome dos quais o agente atua.⁹

De tais assertivas doutrinárias, comungadas com o texto da Constituição, parece-nos que a atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal é competência constitucional da Advocacia-Geral da União, prerrogativa que deve ser defendida, quando conspurcada pela intromissão indevida de outros órgãos.

Nesse sentido, o Advogado-Geral da União agiu corretamente ao entremeter petição de esclarecimento nos autos de representação¹⁰ formulada por equipe de auditoria da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União, que apontava suposta irregularidade na autorização para repactuação do Contrato nº 19/2005, por parte de Advogados da União lotados em órgão da AGU, chamando-os à responsabilidade.

O acerto deriva não apenas do fato de que, no mérito, os argumentos da auditoria eram equivocados e de forma alguma justificariam a responsabilização suscitada, como pelo fato de que, por uma questão de competência constitucional, falecia legitimidade aos pareceristas para

7 MELLO, op. cit.

8 Idem. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, ns. 14.3, p. 89, e 17.7, p. 115.

9 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 39.

10 TCU Processo de nº 027.946/2007-5,

responder a tais acusações, já que, ao atuarem, o fizeram em nome do órgão de assessoramento jurídico, a AGU.

Fugindo à seara institucional, eventuais ilícitos ou irregularidades praticados individualmente pelos membros da advocacia pública, devem ser apurados perante o órgão competente, seja na esfera cível, penal ou administrativa, conforme já explanado anteriormente.

3.3 COMPREENSÃO DO DIREITO COMO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE UMA CIÊNCIA INEXATA

Aspecto importante que caracteriza a atividade do jurista é o fato de que ele atua numa ciência inexata, que permite compreensões contraditórias sobre o mesmo fato jurídico ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma correlata, sem que a aceitação de uma das compreensões resulte na invalidade das demais.

Quando atua na análise de minutas de editais e contratos, o parecerista se vê diante de registros formais de atos dos quais ele não participou, realizando uma espécie de auditoria jurídica, com prazos efêmeros, sobre os elementos apresentados no modelo provisório do edital do certame, da relação negocial ou de ambos. Tais minutas envolvem mais de uma centena de páginas e um número ainda maior de cláusulas e sub-cláusulas que precisam ser lidas e interpretadas juridicamente pelo advogado, de acordo com nosso ordenamento, já que tal função não permite sua inserção em análise técnica ou de gestão, restrita que está tal competência à avaliação jurídica sobre o documento.

Consagra-se que o cerne dessa atividade se circunscreve ao exame de compatibilidade entre a opção adotada pelo gestor e a interpretação da norma jurídica vislumbrada pelo parecerista. Pensando assim, ele atua no campo da dogmática jurídica e da interpretação, avaliando o conteúdo e a aplicação da norma ao caso concreto, atividade que implica imaginação e criatividade.¹¹

Esse trabalho de compreensão do Direito, através da hermenêutica ou da interpretação, utilizadas para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis,¹² ou através dos métodos de resolução das aparentes

11 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 324-325.

12 NÁDER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

antinomias do ordenamento,¹³ exige, como explica Bobbio,¹⁴ uma atividade de pesquisa (e não apenas a conservadora aplicação das normas dadas), criadora de regras e entendimentos que podem transformar o sistema dado.

Não parece admissível limitar o parecerista a um repetidor das decisões catalogadas pelos órgãos de controle, por vezes até contrárias às prolatadas por órgãos do Poder Judiciário ou defendidas pela doutrina. Ao revés, ele deve primar pela pesquisa, buscando, nos limites da legalidade estabelecida, criativamente assessorar o gestor, analisando a compatibilidade da opção administrativa ao ordenamento e coibindo atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao interesse público.

Deve-se atentar que esse trabalho jurídico envolve a convicção do parecerista sobre aquilo que entende como lícito, sua compreensão ou interpretação do ordenamento.

O Ministro Eros Grau,¹⁵ do Supremo Tribunal Federal, no papel de doutrinador, ilustra bem a complexidade da atuação do intérprete:

Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical.

Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o Juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

13 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999 (reimpressão 2006). p. 34.

14 Idem, **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri. São Paulo: Manole, 2007.

15 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36.

O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].

Esse raciocínio mostra que o trabalho do jurista não pode ser equiparado ao de um mero técnico, limitado à utilização das peças e ferramentas indicadas. A Ciência do Direito permite a criação de novos parâmetros e a construção de paradigmas capazes de demonstrar uma nova concepção do ordenamento sobre a relação jurídica em questão.

Avaliar a interpretação dada pelo advogado a uma norma ou a sua compreensão acerca da legalidade de uma proposição disposta na minuta do edital ou do contrato significa, em última análise, questionar sua convicção jurídica e tolher sua liberdade intelectual, algo incompatível com a atividade a que se dispõe.

3.4 DA INVIOABILIDADE DO ADVOGADO

Sobre outro enfoque, o tolhimento da liberdade intelectual do advogado é flagrantemente inconstitucional, pois conspurca uma justa e merecida garantia dada à advocacia, reconhecida pelo constituinte como função essencial à Justiça, que se consagrou como um instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais.

O artigo 133 da Constituição Federal estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Já o § 3º, do artigo 2º da Lei nº 8.906/94, conhecida como Estatuto da OAB, estipula que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações.

Inequivocamente, quando atua na confecção do parecer jurídico, o advogado age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II do artigo 1º, também da Lei nº 8.906/94, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica são privativas da advocacia.

O próprio estatuto da OAB assevera que, mesmo no caso do advogado empregado, sua subordinação empregatícia não lhe retira a isenção técnica nem reduz sua independência profissional, em relação à advocacia.

Parece evidente que existe uma garantia constitucional que resguarda a inviolabilidade do exercício da atividade jurídica pelo advogado.

Essa garantia não permite uma inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou a liberalidade na prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas a outro órgão, que não aquele responsável pela aferição de seus atos de indisciplina.

Suprimir essa capacidade de compreender o direito, essa faculdade de poder inovar na sua inteligência do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, na tarefa de identificar qual a norma do ordenamento aplicável ao caso concreto, conspurca o núcleo dessa inviolabilidade garantida pela Constituição ao advogado, positivada em razão da essencialidade da advocacia para a consecução da Justiça, mesmo quando percebe o Direito de forma diversa daquela imposta por algum órgão do aparelho estatal.

Cometendo ilícito ou causando dano a outrem, o advogado poderá ser responsabilizado, como qualquer cidadão, pelo órgão constitucionalmente competente, que é o Poder Judiciário. Mas, no exercício de sua atividade, dentro de sua autonomia para compreender o direito, mesmo que de forma diferente da pretendida pelos órgãos de controle, encontra-se inviolável, nuance que depõe contra a tentativa de responsabilização pela opinião dada, já que, em última análise, ela encerrará um julgamento sobre a convicção jurídica do advogado, conspurcando a inviolabilidade garantida pelo constituinte.

3.5 DO CARÁTER OPINATIVO DO PARECER JURÍDICO

Um argumento muito usado por aqueles que defendem a responsabilização do parecerista é o de que seu parecer é vinculante, já que a redação do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 estabelece a atribuição de exame e “aprovação” das minutas.

Esse foi o entendimento exarado no MS 24.584/DF, pelo relator, Ministro Marco Aurélio, em seu voto:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere 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.

O ilustre Ministro parece assimilar a compreensão de que o exame e a aprovação previstos no parágrafo único do artigo 38 do estatuto licitatório são vinculantes. Assim, uma vez ofertado o parecer, vincular-se-ia o gestor a sua obediência irrestrita.

Tal pensamento parece-nos se fundamentar em premissa equivocada. O parecer emitido pelo órgão de assessoramento jurídico, definitivamente, não é vinculante.

Em primeiro lugar, vale lembrar que próprio TCU admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, necessitando apenas motivar sua discordância.¹⁶ Recentemente, inclusive, aquele importante Tribunal determinou à Companhia Energética de Alagoas que fizesse constar manifestação formal e fundamentada, nos casos de eventual discordância da autoridade administrativa ao parecer da área jurídica,¹⁷ do que denota-se a possibilidade, admitida pelo próprio TCU, de que o gestor desatenda a orientação jurídica, desde que fundamente sua manifestação. Frisamos também que o parecer, conforme o § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, pode ser usado como motivação, a critério da decisão da autoridade competente para a prática do ato administrativo, que, por uma interpretação lógica, pode entender por bem não utilizá-lo como tal, caso dele discorde.

Em segundo lugar, necessário constatar, como defendido pela melhor doutrina, que a ausência do parecer jurídico não acarreta anulação do procedimento, podendo apenas ensejar a apuração de responsabilidade pelo gestor.¹⁸

Essa assertiva é confirmada pela prática administrativa, já que ocorrem contratações ou publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos autos ao órgão competente pelo assessoramento

16 Acórdão 462/2003 – Plenário do TCU e Acórdão 147/2006 – Plenário do TCU.

17 Acórdão nº 2.446/2007 - 1ª Câmara do TCU.

18 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 327.

jurídico,¹⁹ para emissão de parecer, sem que isso cause necessariamente a anulação ou invalidação dos atos administrativos, pelos órgãos de controle.

Sob esse prisma, o parecer se caracteriza como obrigatório, mas não vinculante, conforme denota a leitura do artigo 42 da Lei nº 9.784/99, senão vejamos:

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.

Se admitíssemos o parecer jurídico como vinculante, seria inequívoca a constatação de que todas as licitações, contratações, aditamentos e alterações contratuais que prescindiram de tal manifestação, seriam inválidas. Mais ainda, significaria, a teor do §1º acima transcrito, que todos esses procedimentos apenas poderiam ter continuidade após a emissão do parecer jurídico, imposição abundantemente desmentida pela realidade fática, sendo, infelizmente, comum a realização de aditamentos contratuais sem a prévia oitiva ao órgão de assessoramento jurídico.

Com muita razão, citando o professor Adilson Abreu Dallari, MOTTA lembra a incongruência de tentar dar a característica de “vinculante” a um parecer, pelo raciocínio lógico de que parecer vinculante não é parecer, é decisão.²⁰

19 Cite-se, como exemplo, várias contratações de órgãos federais que não submetem a análise de suas minutas de editais e contratos aos órgãos consultivos da AGU, sem que seja declarada a nulidade de tais contratações, rotineiramente observadas pelos órgãos de controle.

20 MOTTA, op. cit., p. 330.

O autor lembra ainda que o parecer jurídico não se constitui como ato administrativo, representando apenas uma manifestação opinativa, que pode ser agregada como elemento de fundamentação do ulterior ato administrativo, nos termos permitidos pelo § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99.²¹

Essa correta compreensão foi adotada pelo STF no Mandado de Segurança 24.073-3/DF, de relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso, mas esquecida pela maioria votante, no julgamento do MS-24584/DF, em 2007.

Quando na atuação estabelecida pelo parágrafo único do artigo 38, a atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a cláusula. Nessa atuação, fogem ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, a escolha discricionária do administrador e os elementos técnicos não jurídicos, como os aspectos de engenharia de uma obra ou a compatibilidade e a eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração, essas lacunas *per se* já indicam a falta de identidade entre a manifestação da assessoria jurídica e o eventual ato administrativo praticado.

Estabelecer caráter vinculativo à manifestação prevista no parágrafo único do artigo 38 representa ignorar a realidade das contratações públicas de nosso país e transferir ao parecerista uma competência gerencial estranha a suas atribuições.

3.6 DA CRÍTICA AO ARGUMENTO DE IRAZOABILIDADE DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA

Ainda em 2003, após a anterior decisão do STF, no MS 24.073-3/DF, o TCU já havia cristalizado em suas manifestações o argumento de que era cabível sim a responsabilização do parecerista, embora esta devesse ocorrer apenas em situações de confecção de um “parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso”.²²

O raciocínio apresentado pelo ilustre Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão nº 462/2003, do Plenário do TCU, é fortalecido pelo aparente senso comum de que eventual

²¹ MOTA, op. cit., p. 332.

²² TCU Acórdão 462/2003.

manifestação jurídica irrazoável não poderia restar impune, merecendo pronta reprimenda.

Entendemos tal raciocínio. Embora ponderemos que o TCU não é o órgão competente para tal responsabilização, pela leitura do artigo 32 da Lei nº 8.906/94, ao estatuir que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, parece-nos evidente que eventual erro grosseiro pode caracterizar o ato doloso ou culposo gerador de responsabilidades, motivo pelo qual é possível sim a responsabilização, contudo, esta deve sempre ser realizada perante o respectivo órgão competente.

Mas, diante da natureza específica da atividade do parecerista, qual o limite para a aferição da irrazoabilidade da manifestação jurídica?

É inequívoco que tal aferição envolve uma sobreposição de compreensão jurídica. Em última análise, no âmbito da Administração Pública, analisar a razoabilidade de uma manifestação jurídica impõe a preponderância da opinião de um órgão sobre outro. Mas quando isso poderia ocorrer sem que fosse frontalmente ferida a inviolabilidade do advogado? Quais os parâmetros para tal aferição? Qual órgão tem competência superior para “dizer o direito”, de maneira que sua opinião seja “superior” à de outro órgão da Administração, com incumbência de assessoramento jurídico?

Além da questão da falta de competência do TCU para a aplicação de tal punição, em detrimento do parecerista e o enfrentamento aprofundado sobre qual núcleo intelectual é protegido pela inviolabilidade da atividade advocatícia, parece necessário provocar indagações acerca da falta de critérios para a caracterização da irrazoabilidade na manifestação jurídica.

O que seria irrazoável? Uma manifestação que contrarie opinião tida pelo TCU? Um parecer curto ou que deixe de apontar fundamentos doutrinários?

Parece fácil abraçar a tese de que irrazoável seria aquele parecer desprovido de fundamentação adequada ou que contrariasse claramente o ordenamento estabelecido, contudo, a prática demonstra que, sob o pretexto de irrazoabilidade, pode-se oprimir manifestações intelectuais divergentes daquelas preconizadas pelo órgão fiscalizador.

Parece ilustrativa a situação ocorrida no Processo nº 027.946/2007-5, que tramita perante o Tribunal de Contas da União, relacionada à representação formulada pela equipe de auditoria da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU, em que foi apontada suposta irregularidade na autorização para repactuação do Contrato nº 19/2005, por parte de Advogados da União lotados na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes.

De acordo com o petição de esclarecimentos apresentados pela Advocacia Geral da União ao ilustre Ministro Relator do Tribunal de Contas da União, Dr. Benjamin Zymler, a equipe de auditoria ofertou a respectiva representação em virtude de autorização supostamente irregular de despesa retroativa relacionada a uma repactuação contratual.

Como é cediço para aqueles que atuam com a matéria licitatória, o tema repactuação é objeto de várias divergências doutrinárias, já tendo motivado opiniões divergentes até no Colendo TCU. No caso representado, os pareceristas opinaram pela inexistência de óbices ao pagamento retroativo pleiteado por uma empresa que, em fevereiro de 2007, havia requerido o pagamento das diferenças relacionadas à repactuação que deveria ter ocorrido ainda em maio de 2005, devido ao reajuste salarial da data-base da categoria envolvida.

De acordo com o petição, para os analistas do TCU, embora o direito da empresa à repactuação do Contrato datasse de 01/05/2005, seus efeitos financeiros somente poderiam iniciar a partir da data de 06/02/2007, dia em que foi solicitado o ajuste contratual pela empresa ao Ministério dos Transportes.

Ou seja, em síntese, embora nascido o direito subjetivo à repactuação, em 2005, a Administração apenas poderia reconhecê-lo quando da realização do pedido formal pela empresa, em 2007, limitando o reconhecimento financeiro a partir da data desta petição. Exemplificando, caso o direito à repactuação nascesse no dia 01 de maio de 2008, mas a empresa apenas confeccionasse a devida planilha e apresentasse o pedido de repactuação no dia 01 de julho de 2008, ela não teria reconhecido seu direito às diferenças da repactuação em relação aos pagamentos dos meses de maio e junho, pois o termo inicial estaria atrelado à apresentação do pedido formal!

Tal posição da auditoria envolve, acreditamos, pelo menos três equívocos: Primeiramente, ignora o poder de autotutela administrativa e os princípios de probidade e moralidade, ínsitos à Administração Pública; em segundo, gera um locupletamento ilícito por parte do órgão, o que afronta a indisponibilidade do interesse público, já que a Administração reconhece o direito subjetivo, mas nega-se ao cumprimento do dever jurídico, no período anterior ao pedido, atentando contra o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira; por fim, na prática, tal intenção, de condicionar o reconhecimento e seu período ao pedido formal apresentado, cria uma espécie de prescrição/preclusão de incidência e fulminação imediata, já que cada dia de atraso na apresentação do pedido significará a perda dos respectivos créditos diários, algo não previsto em nosso ordenamento.

Essa compreensão é obtusa e, perdoem-me a ironia, “irrazoável”, não tendo amparo em qualquer dispositivo e muito menos nos princípios que regem a Administração Pública, já que o direito subjetivo ao pagamento das diferenças pecuniárias surge com a incidência de aumento dos custos abrangidos pelo instituto da repactuação e não com a formalização do pedido administrativo.

Falando sobre situação semelhante, explica GASPARINI:²³

[...] o desbalaceamento da equação econômico-financeira ocorreu na vigência do contrato. E o que me dá direito a receber a indenização ou o reajustamento não é o meu pedido; o meu pedido é meramente um ato formal, é um ato que desencadeia um processo; quem me assegura o direito é a Constituição. Por outro lado eu poderia também dizer que se o Poder Público celebrou um contrato comigo, e ocorreu desequilíbrio na equação econômico-financeira em meu prejuízo, a Administração Pública obteve um locupletamento sem causa, e isto está proibido pelo ordenamento jurídico. Por essa razão também teria que pagar. Por esta razão me parece que deve prevalecer a tese segundo a qual deve ser pago, ainda que não requerido o reajustamento no momento oportuno. Eu ressalvaria aqui a hipótese de prescrição. Vamos supor que depois de dez anos seja pedido o reajustamento. Ai espera, senão nós teríamos uma dificuldade medonha para manter a segurança

23 GASPARINI, Diógenes. **Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos**. Boletim de Direito Municipal, Painel e Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, São Paulo, p. 97-102, 2007.

das relações jurídicas. Então dentro do prazo prescricional eu poderia pedir sem maiores preocupações

Conforme defendido no petição de esclarecimentos, subscrito pelo Advogado-Geral da União, Ministro José Antonio Dias Toffoli, e pelos Advogados da União Rafaelo Abritta e Juliana Helena Takaoka Bernardino, “o pedido de reajustamento é um ato meramente formal, que desencadeia o processo, não se confundindo com o direito material do contratante”.

Sem aprofundar-nos no mérito da questão, o fato é que parece claro que a manifestação jurídica, entendida como irrazoável, possuía sua razão de ser e seus fundamentos, não obstante tenha, para a auditoria do TCU, justificado a aplicação de penalidades aos advogados pareceristas. Tal situação preocupa e ressalta o perigo da sobreposição de entendimentos jurídicos e da censura ao trabalho intelectual do advogado.

Parece-nos que o elemento irrazoável é subjetivo demais para fundamentar a responsabilização do parecerista jurídico, embora repitamos, essa poderá ocorrer, em virtude da prática de ato ilícito ou quando, no exercício profissional, o parecerista praticar atos com dolo ou culpa (que envolve elementos específicos), causadores de lesão ao erário, conforme preconiza o já citado artigo 32 da Lei nº 8.906/94, sempre, em qualquer dessas situações, diante do órgão competente para tal aferição.

4 A POSIÇÃO ATUAL DO STF

Em meados de 2007, o Supremo Tribunal Federal emitiu decisão que causou certa agitação no meio jurídico.

No julgamento do MS-24584/DF, a maioria do Tribunal seguiu o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinara a audiência de procuradores federais, para apresentarem, como responsáveis, as respectivas razões de justificativa sobre ocorrências apuradas na fiscalização de convênio firmado pelo INSS, em virtude da emissão de pareceres técnico-jurídicos no exercício profissional.

Entendeu-se que a “aprovação” ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que

o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente. Como fundamento de tal diferenciação, o relator suscitou o termo aprovação e uma eventual repercussão que essa palavra teria na atividade do parecerista.

Na ocasião, foram vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiam a ordem, mesma opinião apresentada pelo parecer do Ministério Público.

É importante observar, contanto, que a decisão não confirmou a correção da responsabilização dos pareceristas, mas sim considerou a impossibilidade do afastamento da responsabilidade dos impetrantes em sede de mandado de segurança, impedindo sua oitiva pelo TCU, ficando ressalvado, contudo, o direito de acionar o Poder Judiciário, na hipótese de declaração de responsabilidade dos pareceristas, quando do encerramento do processo administrativo em curso no Tribunal de Contas da União.

Em suma, o que o STF declarou é que não cabe Mandado de Segurança para impedir que o parecerista fosse notificado pelo TCU para justificar sua atividade advocatícia.

Ocorre que, como corretamente ponderou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, ao notificar os vários procuradores que apresentaram manifestação nos autos administrativos do convênio analisado, o TCU fundamentou tal convocação nos termos do art. 43, II, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para que aqueles apresentassem justificativas, no prazo de 15 (quinze) dias, como responsáveis, em relação a atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. Ou seja, embora não conclusivamente, o TCU já indicava uma eventual possibilidade de responsabilização dos procuradores pareceristas.

Outrossim, no voto do relator restam apontados elementos que aparentemente indicam a posição favorável do Ministro Marco Aurélio em relação à responsabilização, em tese, do advogado parecerista. Senão, vejamos trecho de sua manifestação:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere 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. Cumpre frisar ainda que, 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. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade.

O curioso é que, conforme lembra no início de seu voto, o Ministro Marco Aurélio já havia apresentado posicionamento pela impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, nos autos do MS-24.073-3, somando seu voto ao do relator da ocasião, o Ministro Carlos Velloso. Vejamos a ementa daquela decisão:

EMENTA:CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF, 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., 13ª 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. (STF - MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 06/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 31-10-2003)

Ou seja, em resumo, pela análise das duas manifestações, caberia responsabilização quando fossem suscitadas incorreções na análise

jurídica da minuta do edital licitatório, contrato ou convênio, contudo, não seria possível tal imputação quando o advogado parecerista opinasse peremptoriamente pela desnecessidade de licitação, permitindo ou sugerindo a contratação direta!

Na recente decisão do STF, o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, justificou a mudança em virtude de que, na nova ocasião, os pareceristas teriam “aprovado” minuta de convênio, nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, o que daria novos contornos ao parecer, pela natureza de “aprovação” estabelecida no dispositivo.

Em primeiro lugar, vale lembrar que no caso concreto que originou o MS 24.073/DF, o STF julgava uma situação em que o parecerista admitiu uma contratação direta, sem licitação. Se entendêssemos como correta a justificativa apresentada pelo Relator, teríamos uma situação em que erros cometidos na apreciação do edital seriam mais relevantes que a permissiva ilícita para que a contratação se dê sem licitação. Ou seja, diante de um edital de licitação, seria mais conveniente ao parecerista opinar pela desnecessidade do certame e do respectivo edital, idéia da qual não resultaria qualquer responsabilização, do que analisá-lo e eventualmente se submeter a uma responsabilização solidária.

Essa ponderação vem sendo feita recentemente pelo TCU que, após o MS 24.584/DF, tem concretizado seu entendimento de possibilidade de responsabilização do parecerista, mesmo em situação de contratação direta, ao arrepio da decisão unânime, outrora consagrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, no Acórdão 343/2008, do Plenário do TCU, o ilustre Relator Valmir Campelo, citando o voto do Ministro Marco Aurélio, destacou em seu relatório que:

[...] se, ao examinar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado, seria escusável a exclusão da responsabilidade dessa mesma assessoria nos casos de ausência de licitação, ou seja, na contratação informal? Decerto que não.

Noutro prumo, não se encontra, no texto constitucional, qualquer paralelo que admita a interpretação de que a expressão “aprovar” encerra a substituição de responsabilidades. Quando a Constituição Federal usa

tal termo, em vários dispositivos, jamais sobrepõe, compartilha ou transfere responsabilidades, utiliza o vocábulo para indicar uma necessária análise do ato, por órgão diferente do responsável pela medida, conforme se verifica nos incisos IV, XIV e XVII, do artigo 49, e III, IV, e XI, do artigo 52.

Entender que a “aprovação” impõe transmissão ou compartilhamento de responsabilidades significa que, havendo, por exemplo, cometimento de crime de responsabilidade, por um prefeito, pelo atraso no repasse ao Poder Legislativo (Inc. II, § 2º, art. 29, da CF), tal imputação seria transmitida a todos os Conselheiros do Tribunal de Contas que eventualmente “aprovassem” suas contas?

Acreditamos que não. Menores ainda os motivos para que ocorra essa transmissão de responsabilidades ao advogado parecerista, que analisa a fria letra da minuta editalícia, muito antes de eventuais irregularidades na execução do convênio ou contrato.

Noutro diapasão, convém reiterar que a decisão do STF, conforme já defendido, partiu de uma premissa falsa, de que há vinculação entre a opinião do parecerista e a decisão do ordenador de despesas, responsável pelo contrato e respectivas contas. O próprio TCU admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, como se firmou no Acórdão nº 2.446/2007, da 1ª Câmara daquele Tribunal.

Ademais, voltando às duas manifestações do Supremo, usadas aqui como paradigmas controversos e incompatíveis, devemos reiterar e ressaltar que a situação anterior, discutida nos autos do MS 24.073/DF, em que o STF decidiu pela impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, relacionou-se a uma autorização de contratação direta, sem licitação. Imaginar que num eventual prejuízo à legalidade, erros cometidos na apreciação do edital sejam mais relevantes que a permissiva para que a contratação se dê sem licitação, parece algo desproporcional.

Na verdade, seja opinando sobre uma consulta jurídica ou emitindo parecer acerca de minuta de contrato ou convênio apresentada para sua análise, em ambos os casos, o advogado parecerista apresenta um parecer opinativo, em que avalia contornos jurídicos da situação ou do instrumento posto à sua análise.

Com correção, o Ministro Gilmar Mendes, mesmo vencido no julgamento do Acórdão MS-24584/DF, ponderou em seu voto-vista:

[...] pretendo deixar claro que, em nenhum momento, asseverei a ausência absoluta de responsabilidade de agentes públicos no exercício de suas funções institucionais. Pelo contrário, apenas busquei afirmar que, como regra geral, no âmbito da Administração Pública, as manifestações técnico-jurídicas de caráter opinativo não demandam, por si só, a necessária responsabilização de procurador ou advogado público que, instado a se manifestar, exare parecer jurídico-opinativo para orientar a atuação administrativa do Estado.

Sendo um ato opinativo, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo apenas ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado.

Essa compreensão foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, no Mandado de Segurança 24.631-6, conforme trecho de sua ementa:

III. 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. (STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008).

O relator, Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, apresentou o entendimento de que a responsabilização do parecerista jurídico apenas pode ocorrer quando a “lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão...”, assertiva que gerou questionamentos e ponderações por parte de alguns dos Ministros, não obstante todos tenham comungado com o deferimento da segurança.

Tal manifestação, contemporânea ao entendimento apresentado pelo excelso Tribunal, quando da prolação do MS-24584/DF, demonstra que ainda há uma zona cinzenta em relação ao tema responsabilidade do parecerista, que merecerá nova análise pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

Acreditamos que a avaliação do tema merece maior reflexão por nossas autoridades. Temos convicção de que a atividade do parecerista, notadamente na análise de minutas de editais e contratos, representa um controle eficiente e preventivo da legalidade que, embora não gere notícias televisivas, a um custo baixo impede irregularidades e desvios de recursos públicos, com a retirada de cláusulas que restringem a competitividade do certame ou que criam situações prejudiciais à disputa e, em última análise, ao próprio Poder Público.

Essa tarefa do parecerista deve ser protegida, como instrumento contra a corrupção e como elemento de inovação nas burocráticas ações administrativas, sempre visando à defesa do interesse público. Seu enfraquecimento apenas privilegia a transformação de seu controle jurídico num procedimento meramente burocrático, com a perda de bons quadros, em detrimento da formação de órgãos de assessoramento formado por agentes sem experiência e, muitas vezes, sem qualquer independência e vinculação efetiva com os quadros da Administração.

É comum, por incrível que isso possa parecer, que tal atividade seja realizada por ocupantes de cargos em comissão ou mesmo advogados terceirizados, despidos de vínculo efetivo com a Administração, sem qualquer repúdio por parte de alguns órgãos de controle. Por melhores e mais qualificados que sejam aqueles que exercem tal mister, através de cargos em comissão ou contratos precários, e temos convicção que muitos buscam se portar de maneira proba e retilínea, falta-lhes a autonomia necessária para contrariar os interesses daquele que os nomeiam, normalmente o interessado na aprovação jurídica do ato administrativo ou negócio jurídico analisado.

Mais importante do que o anseio pela responsabilização deve ser o fortalecimento da autonomia desses órgãos de assessoramento, de forma que o parecer jurídico prévio seja efetivamente um instrumento de controle preventivo da legalidade e não um justificador de atitudes ilegais perante os Tribunais de Contas.

Quanto à responsabilização do parecerista, sendo sua análise estritamente jurídica, permitir a imputação de multa, pelo TCU, em razão da atividade advocatícia de assessoramento jurídico, além de extrapolar a competência daquele nobre órgão de controle externo, permite-lhe

uma opinião superior e vinculante sobre qual o direito aplicável, já que, em última análise, essa eventual responsabilização ocorreria porque o Tribunal de Contas definiu que a compreensão jurídica do parecerista está errada ou é irrazoável.

Tal situação é intelectualmente escravizadora, tolhe qualquer inviolabilidade da atividade advocatícia, prejudicando a garantia constitucional prestada ao advogado de ter como inviolável sua compreensão sobre o direito e a capacidade de defender seu entendimento, além de conspurcar, no caso da advocacia pública, suas atribuições constitucionais.

Eventual irregularidade, apurada pelo TCU, no exercício da atividade advocatícia pelo parecerista, como a prática de erro grosseiro ou indícios de conluio com outros agentes para prática de atos de corrupção, deve ser informada às autoridades competentes para apuração de práticas funcionais irregulares, ilícitos ou atos de improbidade, que são os órgãos de corregedoria, o Ministério Público e o próprio órgão da Advocacia Pública interessada.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico** – Lições de filosofia do direito (trad.). 2006, Ícone. p. 230.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. (reimpressão 2006). p. 34.

CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. **ILC n. 37**, mar. 1997. p. 229.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 39.

GASPARINI, Diógenes. Repactuação, Reajuste, Revisão e Reequilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos. **Boletim de Direito**

Municipal, Paineis e Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, São Paulo, p. 97-102, 2007

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 19. ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p. 128.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, ns. 14.3, p. 89, e 17.7, p. 115.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 327.

NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. **Informativo de Licitação e Contratos**. Curitiba: Zênite, 2004. 1024-1029.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 324-325.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. **RPGE**, Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 21-32, jul./dez. 2006

