
A FUNÇÃO CONSULTIVA DA ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO

THE ADVISORY FUNCTION OF THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Mateus Levi Fontes Santos

Advogado da União em exercício na Conjur/MDIC

Chefe da Divisão de Assuntos Administrativos

Especializando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus

SUMÁRIO: Introdução. 1 Histórico recente da advocacia pública consultiva federal; 2 Natureza jurídica da função consultiva; 3 Vertentes da função consultiva; 4 Responsabilização do parecerista; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O vertente artigo propõe-se a abordar alguns temas relativos à função consultiva da Advocacia-Geral da União. Apresenta um breve histórico de sua formação, seus antecedentes e estruturação após a Constituição Federal de 1988. Endossa o entendimento de que a função consultiva ostenta a natureza jurídica de controle de legalidade/juridicidade. Aborda as linhas concretas de atuação da função consultiva, tais quais a interpretação da legislação; assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; o exame dos textos de edital de licitação, contratos, convênios e congêneres, assim como prestação de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso. Por fim, expõe, objetivamente, o tema da responsabilidade do parecerista, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Função Consultiva. Natureza Jurídica. Linhas de Atuação. Responsabilidade do Parecerista.

ABSTRACT: The present article aims to address some issues related to the advisory role of the *Advocacia-Geral da União*. It presents a brief history of its formation, its background and organization after the Constitution of 1988. Endorse the view that the advisory function bears the legal control of lawfulness /legality. Addresses the concrete lines of action of the advisory function, such which interpretation of law; legal advice in drafting normative acts; examination of the texts of the bidding documents, contracts, agreements and similar, as well provision of subsidies to the bodies of the legal litigation. Finally, exposes, objectively, the theme of the responsibility of the advisory lawyer, in the light of the jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS: Advisory Function. Legal Nature. Lines of Action. Responsibility of the Advisory Lawyer.

INTRODUÇÃO

Advocacia-Geral da União (AGU), concebida pela Constituição de 1988 e aparelhada após o advento da LC nº 73/93, além de contemplar órgãos contenciosos próprios, avocou a incipiente estrutura consultiva até então existente, remodelando-a, de maneira a lhe conferir maior coordenação, funcionalidade e eficiência.

Assim, a AGU, por intermédio seus inúmeros os órgãos jurídicos consultivos, em seu novo formato, vem desempenhando a exponencial função de conceder o substrato jurídico necessário à viabilização de políticas públicas legítimas, o que não contrapõe – antes reforça – a conclusão de que a função consultiva é sim de controle de juridicidade.

Com efeito, seja na fixação da interpretação da legislação; no controle interno da legalidade dos atos administrativos; no assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; no exame dos textos de edital de licitação, contratos, convênios e congêneres ou no envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso, a AGU atua com vistas ao *aperfeiçoamento da ordem jurídica*, usando a expressão de Moreira Neto.

À vista da relevância e imprescindibilidade da atuação consultiva da AGU a nosso Estado Democrático de Direito, o vertente artigo propõe-se a discorrer, de forma objetiva e pontual, sobre alguns aspectos relativos ao histórico da advocacia consultiva federal, à sua natureza jurídica, às vertentes de atuação, bem como a tecer alguns comentários sobre a responsabilidade do parecerista.

1 HISTÓRICO RECENTE DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA FEDERAL

Diferentemente da função contenciosa, o exercício da função consultiva por órgãos específicos, no âmbito federal, não é produto da nossa ordem constitucional vigente. Já no início do século XX, em substituição ao Ministério Público Federal que, nas pessoas dos Procuradores da República, também exercia as funções de responder as consultas de Secretários de Estado, em matérias extrajudiciais, o Decreto nº, 967, de 2 de janeiro de 1903, instituiu o cargo de *Consultor Geral da República*.

Em 7 de janeiro de 1946, ampliou-se a estrutura consultiva da União mediante o Decreto-lei nº 8564, de 7 de janeiro de 1946, que, dentre outras coisas, previu a livre nomeação pelo Presidente da República do cargo de Consultor Jurídico de Ministérios e do Departamento

Administrativo de Serviços Públicos e criou os cargos de Consultor Jurídico dos Ministérios da Educação e da Saúde.

Por sua vez, o Decreto nº 41.249, de 5 de abril de 1957, aprovou o regimento do gabinete do Consultor-Geral da República, que previa o cargo de Assistente do CGR, que, de seu turno, posteriormente seria transformado em Assistente Jurídico. Assim, durante as décadas de 1960, 1970 e 1980 subsistiu a carreira de Assistente jurídico, que atuava na Consultoria Geral da República e nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios e das Secretarias de Governo¹.

Sucedo que até 1986, enquanto o *Parquet* federal desempenhava a função de defender em juízo a União, no âmbito de cada Ministério, os órgãos responsáveis pela assessoria jurídica atuavam apenas nos assuntos de competência da Pasta e o faziam de maneira totalmente isolada das demais Consultorias Jurídicas dos outros Ministérios. Assuntos *interna corporis* de maior relevância, por sua vez, eram submetidos à apreciação da Consultoria-Geral da República – o órgão consultivo máximo – cujas manifestações, se aprovadas pelo Presidente da República, ostentavam um caráter vinculante para toda a Administração Pública Federal. O grande idealizador da Advocacia-Geral da União, Saulo Ramos, relata a situação da época:

Meu susto consistiu em verificar que a União não tinha, na estruturação, nenhuma organização ou sistema de intercâmbio de apoio que funcionasse na defesa do interesse público federal, trocando estudos, colecionando jurisprudência, debatendo questões, ajudando-se reciprocamente.

A atividade era estanque, isto é, cada ministério tinha seus assistentes jurídicos (e mal remunerados), que atendiam aos casos internos, proferindo pequenos pareceres sobre a matéria controvertida. Quando surgia uma ação judicial contra a União, ou quando a União tinha que propor uma ação judicial contra alguém, o assunto era estudado isoladamente, no ministério que tivesse competência administrativa para tratar da matéria. Os outros não ficavam nem sabendo.

1 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. p. 44.

E o encarregado de propor a ação ou defender a União era simplesmente um estranho: o Ministério Público Federal. Nos assuntos internos, quando havia divergência, os ministros mandavam o problema para a Presidência da República, ouvia-se o Consultor-Geral da República, que proferia parecer. Aprovado pelo Presidente, o parecer tornava-se norma obrigatória para toda a administração pública federal. Pelo lado de dentro, o sistema funcionava razoavelmente. Mas, do lado de fora, era um desastre.²

Por influência de Saulo Ramos, à época Consultor-Geral da República, o então Presidente da República, José Sarney, expediu o Decreto Executivo nº 93.237, de 8 de setembro de 1996, que criou a Advocacia Consultiva da União, o que propiciou maior confluência e relacionamento mais próximo entres os diversos órgãos consultivos da Administração Pública Federal, além de uma incipiente melhora em sua estrutura. Quanto à criação da Advocacia Consultiva da União, rememora Saulo Ramos:

Mas antes, enquanto o “seu” lobo não vinha [a Advocacia-Geral da União], e precisamente para servir de exemplo ao constituinte, consegui criar, por decreto executivo, graças a cumplicidade de José Sarney, a Advocacia Consultiva da União, integrando os serviços jurídicos da administração federal. Todo mundo colaborava com todo mundo, acabando com esta história de que “isto não é conosco, é com outro ministério”, para implantar ao menos a mentalidade de advocacia profissional na administração pública.³

Enfim, o projeto visionário de instituir uma Advocacia Pública Federal foi exitoso. A despeito das discussões, por ocasião da constituinte, relativos à permanência ou não do Ministério Público Federal enquanto representante judicial da União, optou-se por conferir à novel instituição, a Advocacia-Geral da União, tanto as atribuições de exercer a representação judicial e extrajudicial da União, quanto as de consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Destarte, a Constituição Federal de 1988 creditou um dispositivo à Advocacia-Geral da União, *verbis*:

2 RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p 129.

3 *Ibidem*, p. 131.

Art. 131. 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.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.⁴

Nada obstante, o projeto só foi concretizado com a edição da Lei Complementar nº 73 de 1993, conhecida como a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, que definiu toda a sua estrutura, as atribuições de seus órgãos, o inter-relacionamento entre estes, dentre outras matérias. Especificamente quanto à função consultiva, esta lei criou as figuras do Consultor-Geral da União, Consultor da União e Secretário-Geral do Consultivo, além de órgãos, tais quais as Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, assim como em outras searas, inovou no cenário jurídico pátrio ao instituir um modelo de Advocacia de Estado, competente para atuar em prol da União em todos os âmbitos. A Lei Complementar nº 73 de 1993, a seu turno, efetivou o desiderato constitucional, ensejando uma ampla estruturação e maior especialização da advocacia pública federal, seja na função contenciosa, seja na função consultiva.

2 NATUREZA DA FUNÇÃO CONSULTIVA

A Advocacia Pública Federal integra, juntamente com o Ministério Público, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública, o que a Constituição Federal de 1988 nominou de *Funções Essenciais à Justiça*. Nada obstante, apesar de algumas similaridades, cada uma destas instituições possui funções e características próprias, que as peculiariza umas das outras.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p.

O Ministério Público e a Advocacia Pública têm pontos em comum quanto a seu regime jurídico-constitucional; entretanto, possuem características distintivas, tais quais a independência funcional e a inamovibilidade de seus membros; a sua ampla atuação na seara criminal, enquanto titular da ação penal pública; o seu papel de “advogado da coletividade”, ao ser responsável por tutelar os interesses meta-individuais.

De igual modo, a Advocacia Pública e a Advocacia Privada possuem muito em comum. Antes de qualquer coisa, seus membros são advogados, sujeitos aos mesmos ônus e detentores das mesmas prerrogativas inerentes à advocacia⁵; ambas visam a defender os interesses de seus clientes – para um, o particular; para o outro, o Estado; e assim por diante. Por outro lado, muito os singulariza – o primeiro não escolhe o cliente; o segundo, detém essa faculdade; os advogados possuem algumas prerrogativas processuais distintas em razão dos interesse que tutelam; os privados não, independentemente de quem seja o particular que patrocinam; os requisitos para exercício da função também é distinto – para os privados, basta a aprovação no exame de ordem, sem necessidade de qualquer atividade jurídica prévia; já o ingresso na advocacia pública, pressupõe, além da aprovação no exame da Ordem, a sujeição a concurso público de provas e títulos e, em regra, o exercício de atividade jurídica prévia não privativa de bacharel em Direito.

Pois bem. Muitas são as semelhanças e diferenças entre as Funções Essenciais à Justiça; todavia, o elenco exaustivo delas desborda do escopo desse artigo. Em verdade, fez-se essa breve comparação, a fim de se afiançar o seguinte: que a função contenciosa da Advocacia Pública, em geral, e, especificamente, da AGU, aproxima-se mais da natureza da função da Advocacia Privada; ao passo que a função consultiva da AGU mais se aproxima da função do Ministério Público. Tal asserção, porém, precisa ser entendida nos seus devidos termos.

Vale dizer, a função contenciosa se dá, geralmente, em defesa de um ato administrativo ou política pública que, de alguma forma, já foi objeto de análise e reputado legítimo pela própria AGU. De modo que, embora a defesa não deva ocorrer em toda e qualquer hipótese⁶, ela normalmente se impõe e, assim, a parcialidade da AGU é muito mais acentuada.

Por outro lado, na sua função consultiva, a AGU passa a ter os primeiros contatos com o ato administrativo que se pretende editar e

5 Ambas se sujeitam à Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

6 Aqui se usa a palavra defesa não apenas se referindo a atuação defensiva da União enquanto demandada, mas à tutela judicial da União, seja enquanto demandante, seja enquanto demandada.

com as políticas públicas que se quer promover, de maneira que uma maior flexibilidade e independência técnica e funcional – não sempre e necessariamente do Advogado da União, uma vez que se submete a súmulas, orientações normativas, pareceres vinculantes, mas da própria Instituição – revelam-se imprescindíveis. Abstraindo a denotação processual, teríamos, aqui, se não uma plena imparcialidade na análise daqueles, ao menos uma *parcialidade mitigada*, no sentido de que a AGU não deve, a qualquer custo e por qualquer saída, referendar os atos que lhe são submetidos, ainda que estes representem a vontade política circunstancial.

Portanto, se ao Advogado da União descabe dizer “não” ao Administrador Público, é também verdade que não lhe cabe dizer “sim”. Quem dita o “sim” ou o “não”, em realidade, é o ordenamento jurídico. Deveras, o parecerista tem de apontar soluções jurídicas adequadas a lastrear as decisões administrativas. Entretanto, como diz o ditado, “não existe resposta certa para pergunta errada”. Logo, se o ato administrativo ou a política pública visados forem ilegítimos em si, ao Advogado da União não resta outra saída senão a de apontar as ilegalidades, inconstitucionalidades e demais incongruências, manifestando-se pela inviabilidade daqueles. Manifestações estas que, via de regra, não são vinculantes, malgrado, segundo autorizada doutrina, devessem ser, de forma absoluta aos agentes administrativos e de forma relativa aos agentes políticos⁷.

Por outro vértice, caso se afigurem legítimos, ainda que a uma segunda vista, deve a consultoria fornecer o sustentáculo jurídico que os viabilize.

7 Assim, agora com vistas ao aprimoramento do sistema decisório, convém que os agentes da Advocacia de Estado, no desempenho apropriado do dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, assumam séria e inabalavelmente a missão, que lhes está implícita, de aconselhar, de persuadir e de induzir os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a saudável técnica dos Pareceres Vinculantes, que evitam que sejam tomadas decisões administrativas ruins para o Estado, concorrendo para deixar mais evidenciada a necessidade de motivação em caso de desacordo, definindo, afinal, a responsabilidade política que seja assumida, em cada hipótese pelos agentes executivos [...]. Em grau puramente administrativo ela seria adotada em se tratando de decisões cometidas a agentes administrativos, neste caso dar-se-ia uma vinculação absoluta, não admitindo contrariedade. Diferentemente, a vinculação seria adotada em grau político-administrativo em se tratando de decisões de agentes políticos, os quais, por se situarem sob outro e distinto referencial de responsabilidades, induziriam vinculação apenas relativa, se admitindo, portanto, que esses agentes manifestassem sua contrariedade para se eximirem de seguir os ditames do Parecer, desde que a expressassem em decisão devidamente motivada, para possibilitar-se o exercício do controle de juridicidade. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 44).

Consequentemente, parece-nos que as consultorias jurídicas exercem, sim, a função de controlador interno da legalidade⁸ ou juridicidade⁹ dos atos da Administração Pública. E tal não deve ser encarada num aspecto negativo. É dizer, as consultorias jurídicas não fiscalizam a legalidade no intuito de vetar os projetos administrativos, senão ao fito de viabilizá-los, mas quando, por óbvio, estes forem viáveis do ponto de vista jurídico. Nesse sentido, Carlos Figueiredo Mourão comenta:

O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controle desses atos. Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujo membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade.

Portanto, cabe à Advocacia Pública o poder-dever de realizar, institucionalmente, o controle interno de legalidade da Administração Pública.¹⁰

De similar teor é o escólio de Rommel Macedo, segundo o qual:

Incumbe à Advocacia-Geral da União, em sua atuação consultiva, defender o interesse público estatal, analisando a viabilidade ou não das políticas com base no ordenamento jurídico. Ademais, para que bem possa exercer sua função de controle de legalidade e de legitimidade, tal instituição precisa promover constante articulação com outros órgãos e entidades, não somente públicos, como também privados. Precisa, assim, compreender a exata repercussão de uma

8 Diogo Figueiredo Moreira Neto insere a função da consultoria num por ele chamado “subsistema jurídico de controle de legalidade” – MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

9 Em razão da releitura pela qual tem passado o princípio da legalidade, preferimos utilizar a expressão “controle de juridicidade”.

10 MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 136:

dada política pública que está sendo formulada, a fim de que a consultoria jurídica ao Poder Executivo não seja feita apenas com base numa leitura abstrata da lei e da Constituição. Não é por outra razão que, no pensamento de Loewenstein, a função de controle não pode ser vista de forma apartada dos mecanismos de liderança política (*political leadership*), os quais se revelam claramente na atuação do Poder Executivo.¹¹

Aqui, oportuno ressaltar que este controle de legalidade ou juridicidade trata-se de um controle de legalidade em sentido amplo, isto é, que não se restringe aos parâmetros das leis e diplomas infralegais, mas também, e principalmente, às normas constitucionais, quer regras, quer princípios. Isso porque, em virtude do fenômeno da constitucionalização do direito, toda aplicação ou interpretação jurídica envolve, ainda que indiretamente, uma interpretação constitucional e, ao menos, uma operação incidental de controle de constitucionalidade¹²

Nessa ordem de idéias, o princípio da proporcionalidade, por exemplo, assume um papel relevante no controle das condutas estatais. José dos Santos Carvalho Filho expõe, de forma didática, o conteúdo de tal princípio:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade,

11 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 de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009, p. 473.

12 “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. [...] Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. [...] À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 ago. 2013)

porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.¹³

É certo que a aplicação deste princípio por vezes poderá atingir indiretamente às escolhas administrativas e o próprio mérito administrativo, o que não significa, todavia, que se trata de controle meritório.

Não ignoramos, entretanto, posicionamentos outros acerca da natureza da função consultiva. Cintra Guimarães, por exemplo, defende que as consultorias jurídicas desempenham a função de “traduzir” o direito para a política, de modo a conferir o amparo jurídico necessário às políticas públicas, cuja decisão quanto à forma ou conveniência de implementação incumbe tão somente ao administrador. Eis seu comentário:

Essa imagem da tradução é útil como uma espécie de metáfora que nos ajuda a visualizar melhor as funções dos advogados públicos no desempenho das atividades de consultoria jurídica ao Estado. Os advogados devem traduzir a linguagem técnica especializada típica do direito moderno aos políticos e administradores responsáveis pela tomada de decisões nas organizações da administração pública. Devem fazer com que eles entendam as consequências e riscos jurídicos das suas respectivas decisões, assim como devem traduzir em termos jurídicos essas mesmas decisões. Também essa é uma tarefa complexa e paradoxal [...].

O objetivo da consultoria jurídica é dar consistência jurídica às decisões políticas (no sentido de discricionárias) da administração pública. A responsabilidade pela decisão, no entanto, cabe àquele que deve adotá-la, ao decisor, isto é, ao administrador. Aos órgãos de consultoria jurídica cabe apenas assessorá-lo, traduzindo-lhe o “direito vigente”, em relação às alternativas decisórias disponíveis e às possíveis consequências jurídicas de suas decisões.¹⁴

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

14 GUIMARÃES, Guilherme Francisco Cintra. Advocacia de Estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 30 – Brasília-DF, out./dez. 2011. p. 24/27.

Data venia, não nos parece apropriado empregar o termo “tradução” para designar a atividade desempenhada pelas consultorias jurídicas, porquanto a tradução é um processo que busca, ao máximo, desassociar-se de qualquer juízo de valor, a fim de preservar o sentido original da linguagem. E, quando a consultoria analisa alguma política pública, ela verifica sua compatibilidade com a ordem jurídica, o que, a nosso sentir, decerto envolve uma valoração de sua parte.

Por outro lado, quando se apresenta as alternativas decisórias e as consequências jurídicas de suas decisões, é porque, inevitavelmente, a Consultoria já procedeu a um controle de legalidade, isto é, já aferiu a compatibilidade entre as possíveis decisões e o ordenamento, de sorte que poderá se manifestar pelo prosseguimento ou pela negativa do ato. Agora, a tomada final de decisão, por evidente, salvo quando se tratar de manifestações vinculantes, é algo a cargo do administrador e que não pode ser obstado pelo “controle”, que poderá, no máximo, se for a hipótese, contribuir para responsabilização daquele. Por conseguinte, inexistente distinção ontológica entre a chamada “tradução” e o “controle”. Na verdade, a “tradução” é um “controle” que parte do pressuposto da legitimidade da política.

Sem embargo do exposto, no exercício de sua função, a Consultoria, por um lado, fiscaliza a legalidade, por outro, participa do processo de feitura da política pública¹⁵, realizando os objetivos e valores constitucionais e democráticos, de tal maneira que sua função, em última instância, pode ser concebida como a de *aperfeiçoamento da ordem jurídica*, expressão cunhada por Moreira Neto, a saber:

Compete, ainda, ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse *dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos* no sentido de adotarem invariavelmente, todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos, sempre que se apresentem as situações concretas de fazê-lo [...].¹⁶

15 Segundo Maria da Graças Rua, as políticas públicas envolvem o conjunto de decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores e possuem quatro fases, a saber: formulação, decisão, implementação e avaliação (RUA, Maria das Graças. *Análise de políticas públicas: conceitos básicos*. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 232). A etapa de formulação é aquela em que são realizados estudos de viabilidade, debates, análises econômica, política, social e jurídica, motivo por que há uma efetiva participação das consultorias jurídicas nas políticas públicas.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. p. 44.

3 VERTENTES DA FUNÇÃO CONSULTIVA

Como vimos, as Consultorias desempenham as funções de controle de juridicidade e de participação na elaboração das políticas, que se traduzem no que nominamos, seguindo a expressão de Moreira Neto, de função de *aperfeiçoamento da ordem jurídica*. Essa função, todavia, possui linhas concretas de atuação. É o que trataremos, de forma expositiva, doravante.

No âmbito da AGU, as Consultorias Jurídicas subdividem sua atuação em determinadas áreas, que se diferenciam em função do órgão assessorado, mas que, em geral, são as seguintes: fixação da interpretação da legislação; controle interno da legalidade dos atos administrativos; assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; exame dos textos de edital de licitação, contratos, convênios e congêneres; envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso. A título de exemplo, colacionamos, a seguir, o art. 8º do Decreto nº 7.096/2010 e do art. 6º do Decreto nº 6.061/2007, que tratam, respectivamente, das atribuições das Consultorias Jurídicas dos Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Justiça:

Art. 8º À Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete:

I - assessorar o Ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica;

II - exercer a coordenação das atividades dos órgãos jurídicos das entidades vinculadas ao Ministério;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação do Ministro de Estado;

V - assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; e

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério:

- a) os textos de edital de licitação, bem como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; e
- b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação.¹⁷

Art. 6º À Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete:

I - assessorar o Ministro de Estado em assuntos de natureza jurídica;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos, dos órgãos autônomos e das entidades vinculadas ao Ministério;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades sob sua coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar notas, informações e pareceres referentes a casos concretos, bem como estudos jurídicos, dentro das áreas de sua competência, por solicitação do Ministro de Estado;

V - assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade dos atos administrativos por ele praticados e daqueles originários de órgãos ou entidades sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério da Justiça:

- a) textos de editais de licitação, bem como os respectivos contratos ou instrumentos congêneres a serem publicados e celebrados;
- b) atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação; e

17 BRASIL. *Decreto nº. 7.096, de 4 de fevereiro de 2010*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7096.htm> Acesso em: 26 ago. 2013.

c) convênios, acordos e instrumentos congêneres;

VII - acompanhar o andamento dos processos judiciais nos quais o Ministério tenha interesse, supletivamente às procuradorias contenciosas da Advocacia-Geral da União; e

VIII - pronunciar-se sobre a legalidade dos procedimentos administrativos disciplinares, dos recursos hierárquicos e de outros atos administrativos submetidos à decisão do Ministro de Estado¹⁸

3.1 FIXAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS

No exercício dessa função, as Consultorias esclarecem o sentido e o alcance de dispositivos da Constituição, das leis, dos tratados, de Decretos, Regulamentos, Portarias e demais atos normativos que lhes são submetidos, a fim de que a interpretação operada seja uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação.

Oportuno frisar que, no atual estágio da hermenêutica jurídica, há um quase consenso doutrinário de que o brocardo *in claris cessat interpretatio* não tem mais aplicabilidade, uma vez que por mais simples que seja o texto normativo, ele precisa ser interpretado¹⁹. Afinal, reconhece-se que a norma é o produto da interpretação e, portanto, não se confunde com o seu texto.

E, notadamente hoje, em virtude da centralidade que a Constituição ocupa no cenário jurídico, maior é a necessidade de proceder a interpretações tais que conduzam a uma *filragem constitucional*, vale dizer, que extraiam o sentido e alcance das normas jurídicas a partir de um confronto destas com a Constituição.

Portanto, a interpretação normativa adequada encerra uma fiscalização de constitucionalidade (e quando o caso, também de legalidade) e, conseqüentemente, consubstancia-se num controle de juridicidade.

É certo, porém, que esta função consultiva se revela mais necessária quando se está diante de normas plurissignificativas, porquanto, nessas hipóteses, deve-se ter um maior cuidado para se aquilatar qual dos sentidos da norma mais se compatibiliza com o ordenamento jurídico e

18 BRASIL. Decreto nº. 6.061, de 15 de março de 2007. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm>> Acesso em: 26/08/2013

19 Por todos, conferir: FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo, SP: Malheiros, 1997. p. 262.

melhor realiza o seu fim social, de maneira que a Administração possa atuar legítima e eficazmente.

Ademais, as Consultorias devem atentar para as interpretações normativas realizadas pelos Tribunais, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, dando-lhes maior deferência, visto que é o intérprete máximo da Constituição Federal.

3. 2 CONTROLE INTERNO DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme já expusemos, o controle interno de legalidade é a função de aferir se os atos realizados pelos órgãos assessorados se coadunam com o ordenamento jurídico (por isso, preferimos a expressão “controle de juridicidade”), bem como de indicar quais os caminhos juridicamente aceitáveis e que deverão ser por eles seguidos. Válido, aqui, trazer a lume comentário da Advogada da União Lilian Barros de Oliveira Almeida, à guisa de exemplificação:

Por exemplo, os advogados públicos federais, ao examinarem um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para subsidiar a decisão da autoridade competente, promovem os direitos fundamentais ao verificarem se o procedimento respeitou o devido processo legal (no caso, as regras procedimentais estabelecidas pela Lei nº 8.112/90), a ampla defesa e contraditório. Ademais, devem observar se as provas constantes do PAD não foram obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e se as provas eventualmente emprestadas pelo Poder Judiciário observarem a violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas nas hipóteses e na forma que a lei estabeleceu, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Essa atuação preventiva evita que o ato administrativo de aplicação da penalidade disciplinar, pela autoridade pública competente, seja questionado no judiciário e seja invalidado por desrespeito a um dos direitos fundamentais acima citados²⁰.

Concluimos, afirmando que, apesar de ser referida como uma espécie de atuação, cremos que toda função consultiva, de maneira mais ou menos flagrante, é uma função de controle de legalidade.

20 ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 32 – Brasília-DF, abr./jun. 2012. p. 40.

3.3 ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS

Nesta função, as Consultorias auxiliam os assessorados na elaboração dos mais diversos atos normativos, desde Portarias e instruções normativas até medidas provisórias e leis delegadas. Em linhas gerais, analisam os limites formais e materiais do ato normativo, o procedimento de edição, a autoridade competente para o ato, bem como técnica legislativa de redação e estrutura normativas, manifestando-se, ao cabo, pela constitucionalidade/legalidade do ato ou pelos ajustes e correções que devem ser efetivados antes de sua publicação.

3.4 EXAME DOS TEXTOS DE EDITAL DE LICITAÇÃO, CONTRATOS, CONVÊNIOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

Se no domínio privado, a contratação se faz presente em quase todas as atividades, no domínio público a situação não é diferente. Com efeito, a fim de aparelhar a máquina estatal e bem desempenhar a sua função administrativa, seja na prestação de serviços públicos, na atividade de fomento, no exercício do poder de polícia ou mesmo na intervenção na propriedade e domínio econômico, é imprescindível que a Administração Pública celebre contratos administrativos, contratos da Administração, convênios, termos de cooperação e instrumentos congêneres.

E como, normalmente, a pactuação desses instrumentos interessa a vários particulares e/ou importa em dispêndio de verbas públicas, de bens e outros recursos, em atenção aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, de economicidade, da eficiência, da moralidade, dentre outros, faz-se mister que incida um prévio controle jurídico sobre estes ajustes.

É, por isso, que a LC nº 73/93, determina, em seu art. 11, VI, que compete às Consultorias Jurídicas examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas os textos de edital de licitação, os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; bem assim os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 estabelece que 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.

Desta feita, as Consultorias devem analisar os termos das licitações, dos contratos, dos demais ajustes, aquilatando a sua compatibilidade com os princípios regentes da Administração Pública, com os estatutos licitatórios e contratuais, bem assim com todas as normativas que tratam da transferência de recursos, da realização de despesas, a exemplo da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), da Lei nº 4.320/64 e do Decreto nº 6.170/2010.

Caso regulares, a Consultoria deverá chancelá-los e se manifestar para que sejam eles ultimados. Verificadas irregularidades, todavia, a Consultoria deverá propor, a depender da situação, medidas sanatórias cabíveis, revogação, anulação, cassação, alteração, a responsabilização dos causadores, entre outras providências.

3.5 ENVIO DE SUBSÍDIOS AOS ÓRGÃOS JURÍDICOS DO CONTENCIOSO

Os órgãos consultivos são apenas uma vertente da Advocacia Pública federal. O outro “lado da moeda” é composto pelos órgãos do contencioso. Usou-se a analogia da moeda, justamente com o intuito de dizer que, embora distintos, o consultivo e o contencioso não atuam dissociadamente; antes, atuam de forma paralela e integrada. Constituem, enfim, duas faces da mesma moeda.

Assim, quando a União é demandada, sempre que for questionado algum ato ou política pública referente a órgão assessorado pela AGU, cumprirá às respectivas Consultorias fornecerem todo o subsídio necessário para que os órgãos contenciosos realizem, em juízo, a defesa do ente federal.

Decerto, tal se faz necessário para propiciar a melhor defesa possível, seja porque muitas das matérias questionadas demandam um conhecimento técnico e jurídico muito específico; seja porquanto normalmente, a essa altura, as Consultorias já terão se manifestado, de algum modo, sobre a questão, detendo, pois, substrato para auxiliar os órgãos contenciosos; seja, ainda, porque, dada a proximidade com os órgãos assessorados, as Consultorias conhecem seus procedimentos, praxes, repartição de atribuições, etc.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA

O advogado do consultivo atua por meios diversos, tais como as cotas, despachos, notas, sendo certo, porém, que o instrumento de manifestação por excelência é o parecer jurídico. Quanto ao parecer, lavrou grande repercussão a questão relativa à possibilidade e aos limites

da responsabilização do advogado público parecerista. Antes de tratar especificamente da matéria, porém, traremos a lume alguns conceitos que servirão de norte para a exposição.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que parecer “é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expedindo a sua manifestação técnica sobre o que lhe é submetido”²¹. Di Pietro, a sua vez, define-o como “o ato pelo qual dos órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”²².

Parte da doutrina enquadra os pareceres como espécie de atos administrativos enunciativos ou opinativos²³. Outra vertente sustenta que o parecer não se trata de ato administrativo, porquanto, por si só, não produz efeitos jurídicos, o que seria algo próprio dos atos administrativos²⁴. Algo, porém, é unânime: o parecer propriamente dito (*stricto sensu*) tem mero caráter opinativo, pelo que não vincula a Administração ou os particulares a sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente²⁵.

Pois bem. Acerca da responsabilização do parecerista, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui, ao menos, três decisões relevantes. No julgamento do MS 24.073- DF, esposando a linha de que o parecer não é ato administrativo, concluiu que o advogado só poderá ser responsabilizado pelos danos causados quando seu erro for grosseiro, inescusável ou quando atuar com dolo ou culpa. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar,

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 434.

22 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 232.

23 CARVALHO FILHO, p. 136-137.

24 Por todos, Adilson Abreu Dallari apud Ronny Charles Lopes de. Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. *Boletim de Convênios e Parcerias*. N. 46. Fev. 2009.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 198.

sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13^a 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.²⁶

Já no julgamento do MS 24.584-DF, a Suprema Corte sustentou que, com fulcro no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a manifestação da assessoria jurídica não se limitaria à simples opinião, mas alcançaria a aprovação ou não, de maneira que descaberia a recusa do advogado à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. Em seu voto, o Relator, o Ministro Marco Aurélio, sustentou que “*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*”²⁷.

Essa decisão foi alvo de inúmeras críticas. Ronny Charles, por exemplo, de forma contundente, afirmou:

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

²⁶ MS 24073-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31/10/2003.

²⁷ MS 24584-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 9/8/2007.

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.²⁸

Enfim, por ocasião do julgamento do MS 24631-DF, o STF parece ter chegado a uma definição quanto ao tema. Com efeito, o Min. Joaquim Barbosa, relator, valendo-se da doutrina de *René*

²⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. *Boletim de Convênios e Parcerias*, n. 46. Fev. 2009.

Chapus, identificou três espécies de pareceres: a) facultativo – ocorre quando a consulta pode ou não ser efetuada e, ainda que seja, a autoridade não se vincula aos termos do parecer, de modo que pode decidir de forma diversa; b) obrigatório – a consulta é obrigatória e o administrador se vincula a seu termos; todavia, caso não queira realizar o ato de forma exarada pela consultoria, pode submeter a matéria a novo parecer; c) vinculante – nessa hipótese, o parecer vincularia o administrador de tal maneira que este teria apenas duas opções: decidir da maneira exposta no parecer ou não decidir.

Dessarte, na hipótese de parecer vinculante, este deixaria de ter apenas conteúdo opinativo e passaria a deter caráter decisório, pelo que o parecerista poderia ser responsabilizado solidariamente. Já nos casos de parecer facultativo ou obrigatório, tipicamente opinativos, a responsabilidade apenas subsistiria se demonstrada culpa ou erro grosseiro. Pelo caráter didático da ementa, oportuno transcrevê-la:

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*²⁹. (Destacou-se).

A nosso ver, este último julgado apresenta a correta equação da problemática. Com efeito, não parece razoável que o advogado responda, independentemente de culpa ou erro grosseiro, por uma opinião que emite, notadamente na seara jurídica, em que desponta a dialeticidade, os diferentes pontos de vista e onde raramente há verdades incontestáveis. Entrementes, no caso de parecer vinculante, uma vez que a manifestação deixa de ter um conteúdo meramente opinativo e passa ostentar, em certa medida, um caráter decisório, é razoável que ele enseje a responsabilização solidária pelos danos causados. Em sentido semelhante, é a lição de Carvalho Filho:

Costuma a doutrina fazer referência aos *pareceres vinculantes*, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressalvando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitidos se a lei exigir expressamente. Em nosso entender, porém, há um *desvio de qualificação jurídica* nestes atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de *status* jurídico. Não obstante, admitir-se semelhante categoria, seria coerente atribuir ao autor do parecer vinculante responsabilidade solidária, em função de seu poder de decisão, compartilhada com a autoridade vinculada.³⁰

Em suma, a responsabilização tem lugar, na forma seguinte:

- a) pareceres vinculantes – responsabilidade solidária;

29 MS 24631-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em 31/01/2008.

30 CARVALHO FILHO, p. 137/138.

- b) pareceres facultativos ou obrigatórios – responsabilidade em caso de erro grosseiro, inescusável ou na hipótese de culpa *lato sensu*.

5 CONCLUSÃO

As Consultorias exercem relevante mister na orientação dos órgãos da Administração Pública, de maneira a fornecer-lhes o amparo jurídico necessário à afirmação dos programas de Estado e à construção e viabilização das políticas públicas que lhes incumbem.

A função consultiva, entretanto, deve ser exercida com valores e determinação, em ordem a lastrear apenas o que é juridicamente legítimo e aceitável, uma vez que o compromisso da AGU, enquanto função essencial à Justiça (esta entendida como função e valor), é prioritariamente com o Direito, e não com a Política. Portanto, longe de beirar à desvalia, a compreensão da função consultiva como de controle de legalidade ou juridicidade é de rigor.

Referida função, ademais, se exterioriza de formas diversas – desde o apoio à elaboração de atos normativos, até a análise de textos de edital de licitação e contratos – porém todas, em última análise, voltam-se a um só fim: o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica.

O exercício da função consultiva, malgrado tipicamente opinativa e sugestiva, à luz da jurisprudência do STF, pode render ensejo à responsabilização do advogado, seja quando este atua culposamente ou comete erro grosseiro, seja quando a sua manifestação passa a ostentar um caráter decisório.

Enfim, o projeto de se instituir uma Advocacia Pública Federal foi exitoso. A AGU hoje é uma realidade e ao longo dos anos, de forma crescente, vem se consolidando enquanto instituição, quer na sua face contenciosa, quer na sua face consultiva. Muitos são os desafios, mas grandes são as expectativas. Oxalá nos próximos vinte anos, a AGU se firme e seja reconhecida, não só pelos órgãos que assessora, mas, sobretudo, pelo povo, como instituição promotora de um genuíno Estado Democrático de Direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 32 – Brasília-DF, abr./jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. *Decreto nº. 6.061, de 15 de março de 2007*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6061.htm>> Acesso em: 26 ago. 2013.

BRASIL. *Decreto nº. 7.096, de 4 de fevereiro de 2010*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7096.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.073- DF*. Diário da Justiça da União de 31 de outubro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.584-DF*. Diário da Justiça da União de 9 de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631-DF*. Diário da Justiça da União de 31 de janeiro de 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo, SP: Malheiros, 1997.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Cintra. Advocacia de Estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. In: *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano X – Número 30 – Brasília-DF, out/dez. 2011.

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 de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, 1992.

_____. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) *Advocacia de Estado: questões institucionais para um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. *Boletim de Convênios e Parcerias*. n. 46. Fev. 2009.