

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO EM SUA FUNÇÃO CONSULTIVA

*“Sem independência, a advocacia fenece. Sem dignidade,
ela se amesquinha”.* Paulo Lobo

Ronny Charles Lopes de Torres

*Advogado da União
Mestre em Direito Econômico
Especialista em Direito Tributário
Especialista em Ciências Jurídicas
Professor universitário*

Autor da obra “Leis de licitações públicas comentadas” (Juspodivm)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contexto constitucional da Advocacia de Estado. 3. competências da Advocacia de Estado. 4. A responsabilização do Advogado de Estado em sua função de consultoria jurídica. 4.1 A posição atual do STF. 4.2. Da função de consultoria jurídica. 4.3. Do caráter opinativo do parecer jurídico. 4.4. Da inviolabilidade do advogado. 4.5. Da competência para apuração de responsabilidades do Advogado de Estado em sua atividade consultiva. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Advocacia de Estado possui uma configuração constitucional peculiar, encartada que foi em seu posicionamento entre as “Funções Essenciais à Justiça”. No entanto, essa relevância nem sempre é devidamente compreendida por setores políticos ou por alguns órgãos de controle.

Por vezes, no campo doutrinário, inclusive, há equívocos sobre a real compreensão do conceito de Advocacia de Estado, confundindo-a com uma advocacia de Governo, vinculada

aos interesses do grupo político eventualmente dominante. Esse raciocínio induz a uma enganosa redução da importância desse *munus* para a consolidação do Estado Democrático de Direito, gerando precipitações que, de forma reflexa, prejudicam toda a sociedade, por desprezar que a Advocacia de Estado, como os demais ramos constitucionais das Funções Essenciais à Justiça, é instituição que a ela serve.

Uma dessas precipitações se manifesta no tema relativo à responsabilidade do Advogado de Estado, em sua atividade de consultoria, justificando a análise que se pretende realizar neste trabalho. Para tanto, será feito um breve exame do contexto constitucional da Advocacia de Estado e das competências outorgadas pelo constituinte a essa função, estabelecida como essencial à Justiça. Identificado o contexto e as competências específicas, este trabalho irá se debruçar sobre o tema da responsabilidade do Advogado de Estado, em sua função de consultoria jurídica.

O trabalho não buscará repudiar qualquer tentativa de responsabilização dos membros da Advocacia de Estado, em sua atividade de consultoria jurídica. Seu objetivo será delinear, em face ao nosso ordenamento, alguns elementos relacionados ao tema, tendo por referência os julgados do Supremo Tribunal Federal.

2. Contexto constitucional da Advocacia de Estado

A Constituição Federal divide o seu título IV, que trata sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos. O primeiro rege o Poder Legislativo, o segundo se destina ao Poder Executivo e o terceiro discorre sobre o Poder Judiciário. O quarto, que também se encontra inserido no título “Organização dos Poderes”, mas separado dos três primeiros, denomina-se “Das Funções Essenciais à Justiça” e é dividido em três seções, designadas, respectivamente, “Do Ministério Público”, “Da Advocacia Pública” e, a última delas, “Da Advocacia e da Defensoria Pública”.

Pois bem, este trabalho tratará, especificamente, sobre a seção designada “Da Advocacia Pública”. Seguindo a doutrina do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, parece certo que seria mais adequada a nomenclatura Advocacia de Estado, para a respectiva seção. Como será visto adiante, a expressão Advocacia Pública engloba outros órgãos, como a

Defensoria Pública e o Ministério Público ¹, o que a torna um conjunto maior do que o relacionado à advocacia dos entes, como disciplinado pela Constituição. Nessa feita, por entender-se tecnicamente mais correta, será adotada a expressão Advocacia de Estado, como referência aos órgãos indicados pelos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

De qualquer forma, a reflexão que se mostra necessária envolve o deslocamento das funções essenciais à Justiça para um capítulo próprio, inserido no título sobre a organização dos Poderes, mas autônomo em relação aos três anteriores, que discorrem sobre os Poderes da clássica repartição (Executivo, Judiciário e Legislativo). Tal reflexão se inicia a partir da seguinte indagação: seria despropositada essa disposição constitucional?

Não parece razoável uma resposta afirmativa. A distribuição ordenada pela Constituição tem sentido e propósito. O constituinte, ao assim estabelecer, demonstrou sintonia com as mudanças que refletiram no Estado Moderno e que tornaram inadequada ou insuficiente a teoria da separação dos poderes, em sua compleição original ².

A concepção liberal clássica de Estado de Direito abrangeu um ordenamento jurídico constitucional fundado, conforme esclarece Feitosa, sobre o pilar institucional do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e sobre as noções de soberania nacional, de poderes públicos, de contrato social e de democracia ³. Com as mudanças ocorridas durante o século XX, que repercutiram na configuração do Estado Moderno, este teve que ampliar suas atribuições e deveres perante a sociedade, buscando suprir anseios coletivos como saúde, assistência e educação. Esse crescimento da máquina estatal, que passou a ser prestadora de serviços públicos, investidora e empresária, gerou um fortalecimento exacerbado do Poder Executivo e a ampliação da burocracia.

Houve uma inserção, cada vez maior, do Estado em áreas econômicas e sociais, processo que exigiu a criação de novos órgãos, atribuições e competências até então inexistentes. A nova realidade induziu uma distinção funcional entre o governo e a administração, com o desenvolvimento de uma máquina burocrática que, embora aja sob as

¹ MOREIRA NETO, Diogo de 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.

² FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2001. p. 20.

³ FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 152-153.

diretrizes político-governamentais, deve cumprir suas atribuições de forma imparcial perante os administrados ⁴. Essa imparcialidade impõe que a burocracia eficiente seja um poder por direito próprio ⁵. Isto significa que a burocracia deve contar com a necessária independência orgânica em face do Governo ⁶, servindo como instrumento de controle da legalidade (ou, melhor dizendo, juridicidade), diante da expansão estatal que privilegia o Poder Executivo e cria certo descompasso na interdependência harmônica defendida por Montesquieu.

O deslocamento realizado pelo Constituinte de 88, que apartou as já aludidas funções essenciais à Justiça do ambiente interno da estrutura do Poder Executivo, não decorreu de mero acaso. A Constituição Federal buscou prestigiar funções imprescindíveis para o equilíbrio e para a harmonia dos Poderes estatais, e é sob esse aspecto que deve ser percebida a atuação do Ministério Público, da Advocacia de Estado, da Advocacia Privada e da Defensoria Pública.

Vale fazer referência ao ensino de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, principal fonte de escritos sobre o tema. O célebre doutrinador nos ensina que:

*“A Constituição de 1998, no Título consagrado à Organização dos Poderes, além dos quatros tradicionais Capítulos, dedicados aos três Poderes do Estado, apresenta um quarto, cuidando, em apartado, das Funções Essenciais à Justiça. Surpreendentemente, ao que se nota, a literatura juspolítica nacional, com poucas e lúcidas exceções, parece não ter dado conta da transcendência dessa inovação e do que ela representa para a realização do valor justiça, aqui entendida como síntese da licitude, da legitimidade e da legalidade, no Estado contemporâneo, como aventam os jusfilósofos mais respeitáveis, como MIGUEL REALE, um valor básico e instrumental para a realização de todos os demais, por pressupor ‘uma composição isenta e harmônica de interesses’”.*⁷

Moreira Neto, há muito, já apontava que essa disposição constitucional se relacionava com a evolução do Estado. O sistema de participação política e o sistema de funções

⁴MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 95.

⁵SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 1961. p. 356.

⁶MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 95.

⁷MOREIRA NETO, Diogo de 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.

essenciais à Justiça se caracterizam como conquistas do Direito Político contemporâneo. O sistema de participação política, que visa ao valor legitimidade, apresenta-se como um sistema informal, de controle difuso, pelo qual atua a sociedade ou parte dela. Já as funções essenciais à Justiça, que visam, principalmente, à legalidade, apresentam-se como sistema formal de controle, de funções específicas que atuam através de órgãos técnicos, “*exercentes de uma parcela do poder estatal, mas destacados dos Poderes do Estado*”.⁸

Esses órgãos técnicos exercem função de advocacia, seja consultiva ou postulatória, abrangendo a advocacia privada e a pública.

Com relação à advocacia privada, deve-se esclarecer que, embora se costume indicar o advogado como um profissional liberal, é inequívoco que sua atividade é diferenciada e essencial à sociedade. Como explica Bullos, a advocacia não é apenas uma profissão. É um *munus*, no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções essenciais à Justiça⁹. Quando concretiza a aplicação do direito, obtendo a prestação jurisdicional, o advogado realiza sua função, participando da construção da justiça social¹⁰. Como bem lembra Barroso¹¹, o Superior Tribunal de Justiça já proclamou que:

*“A advocacia é serviço público, igual aos demais prestados pelo Estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco é auxiliar do juiz. Sua atividade, como ‘particular em colaboração com o Estado’ é livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados e agentes do Ministério Público.”*¹²

Em relação à Advocacia Pública, ela é desenvolvida por órgãos com competências específicas (denominados, por Moreira Neto, de “*procuraturas constitucionais*”), estabelecidas em razão dos interesses envolvidos e gerando funções de controle indispensáveis ao Estado Democrático de Direito. De acordo com a doutrina de Moreira Neto¹³, ela engloba as seguintes funções essenciais:

⁸MOREIRA NETO, Diogo de 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.

⁹BULLOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1148.

¹⁰LOBO, Paulo. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

¹¹BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil anotada. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 642

¹²STJ. RMS 1.275/RJ. Rel. Min. Gomes de Barros. Primeira Turma. DJ 23/03/1992.

¹³MOREIRA NETO, Diogo de 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.

“a) a advocacia da sociedade. Abrange os interesses difusos, da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, e os interesses sociais e individuais indisponíveis. A procuratura responsável por essa função essencial à Justiça (advocacia da sociedade) é o Ministério Público.

b) a advocacia dos necessitados. Abarca os interesses individuais, coletivos e até difusos, mas qualificados pela insuficiência de recursos de seus titulares, são os interesses dos necessitados. A procuratura responsável por essa função essencial à Justiça é a Defensoria Pública.

c) a advocacia do Estado. Compreende os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos. As procuraturas responsáveis por essa função essencial à Justiça são a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.”¹⁴ (grifo nosso)

A compreensão da Advocacia de Estado como parte da Advocacia Pública e como uma função essencial à Justiça permite identificar, com maior correção, seu papel na configuração disposta, pelo Constituinte, para o Estado Brasileiro.

É esse papel e seu *status* constitucional que deve orientar o jurista na tarefa de perceber as responsabilidades inerentes ao exercício das atribuições do Advogado de Estado, sob pena de, por uma intelecção inadequada, comprometer-se o sistema construído pelo Constituinte, fragilizando instrumentos de resguardo da própria sociedade.

3. Competências da Advocacia de Estado

A Constituição Federal, em seu artigo 131, ao tratar sobre a Advocacia-Geral da União, estipula que ela 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.

¹⁴ O dispositivo constitucional não cita as Procuradorias dos Municípios. Essa omissão gera interpretações diversas sobre a possibilidade de exercício dessa competência, várias equivocadas, incompatíveis com a necessária função de controle, no âmbito desses entes federativos.

Esse dispositivo encerra uma novidade da Carta Constitucional de 1988. No ordenamento anterior, a representação judicial da União era exercida pelo Ministério Público, o que gerava distorções, pois um mesmo órgão exercia funções de *custos legis* e de Advocacia de Estado ¹⁵. É importante ressaltar que o novo preceito indica quatro competências específicas: a representação judicial, a representação extrajudicial, as atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Quando trata sobre os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, diversamente, a Constituição faz remissão ao exercício da representação judicial e da consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Há algumas nuances que diferenciam as prescrições constitucionais para as instituições, em nível federal e estadual. Entre elas, vale salientar que, além da representação judicial e da consultoria jurídica, à Advocacia-Geral da União foi dada competência constitucional para a representação extrajudicial e para as atividades de assessoramento jurídico. Por outro lado, às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal foi dada competência para a atividade de consultoria jurídica da respectiva unidade federada, conquanto cabe à Advocacia-Geral da União, tão somente, a consultoria jurídica do Poder Executivo Federal.

É preciso, aqui, observar a omissão em relação aos Municípios. O Constituinte não fez expressa menção à Advocacia Pública dos entes municipais. Registra-se, em nível infraconstitucional, a disposição do inciso II do artigo 12 do Código de Processo Civil, que prevê que o Município será representado em juízo, ativa e passivamente, por seu Prefeito ou Procurador. Para alguns, essa disposição permite que o Chefe do Executivo Municipal esteja livre para outorgar poderes, por procuração, para um advogado particular realizar a representação judicial do Município, quando inexistir lei municipal criando o cargo de Procurador ¹⁶.

Embora possível a contratação excepcional de advogados privados, por parte do órgão público municipal, admitir tal ajuste para a defesa ordinária ou consultoria jurídica rotineira

¹⁵ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1145.

¹⁶ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes. In MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). *Advocacia Pública – leituras complementares de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 240.

da entidade fere a determinação constitucional de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Sendo rotineira a necessidade de patrocínio judicial e de consultoria jurídica, deve o órgão proceder ao respectivo concurso público, adequando o número de membros da carreira à necessidade da Administração.

As atividades de consultoria jurídica e de patrocínio rotineiro das diversas causas judiciais propostas em favor ou em face dos entes e órgãos da Administração Municipal caracterizam-se como atividades próprias de carreira funcional, que recebeu status específico da Carta Política. A concepção constitucional prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal exige o provimento desses cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Por esse motivo, reputa-se como impreterível a existência de quadro de carreira, para cumprir tais atribuições, mesmo em sede municipal.

A permissibilidade de alguns órgãos de controle em relação a esse assunto tem permitido a quebra da impessoalidade em prejuízo da Administração, fragilizando uma importante função de controle, essencial ao Estado Democrático de Direito. A terceirização generalizada desses serviços gera fragilidades que conspurcam a função essencial constitucionalmente idealizada para a Advocacia de Estado. Sobre o tema da terceirização na advocacia, vale transcrever a feliz ponderação de Marçal Justen Filho:

*“Deve destacar-se, em primeiro lugar, uma ressalva contra a generalização da terceirização dos serviços de advocacia. A atuação profissional da advocacia exige não apenas o domínio do conhecimento técnico-jurídico e uma espécie de sensibilidade acerca de eventos futuros. Demanda o conhecimento das praxes administrativas e o domínio acerca de fatos passados. É extremamente problemático obter atuação satisfatória de um advogado que não conhece o passado da instituição e desconhece a origem dos problemas enfrentados. A terceirização dos serviços advocatícios representa um grande risco para a atuação eficiente da Administração Pública.”*¹⁷

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 285.

Diante da importância a que foi alçado o Município, na Constituição de 1988, não parece admissível deixar de conceber a necessidade de que o ente detenha órgão jurídico formado por membros selecionados através de concurso público. Essa função de controle, por um órgão jurídico autônomo, é uma forte arma contra a corrupção e os abusos políticos, devendo ser exigida pelo Ministério Público e ordenada pelo Poder Judiciário. Firme-se, assim, a necessidade de que a Advocacia de Estado, em regra, seja exercida por membros de carreira.

De qualquer forma, quando o texto constitucional trata sobre Advocacia-Geral da União ou quanto alude às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, identificam-se remissões a duas atividades, entendidas como intrínsecas à Advocacia de Estado. São elas: a representação judicial e a consultoria jurídica ¹⁸. É sobre esta última que será dado o enfoque deste trabalho, na análise da responsabilidade do Advogado de Estado.

4. A responsabilização do Advogado de Estado em sua função de consultoria jurídica

Não há dúvidas de que as prerrogativas e competências concedidas pela Constituição à Advocacia de Estado, ao passo que geram grandes poderes, trazem consigo grandes responsabilidades. Basta essa máxima infante para desautorizar qualquer tentativa de suprimir absolutamente a possibilidade de responsabilização do Advogado de Estado ou de qualquer outra autoridade pública ou política. O Estado Democrático de Direito não foi assentado sob as premissas das proteções odiosas às autoridades; pelo contrário, se o Estado de Direito marcou a sujeição do Estado à lei, sua transmutação democrática firmou a submissão do Estado à vontade da sociedade, e essa nova face não admite privilégios ilegítimos.

Contudo, a imposição de responsabilidades deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de comprometimento do equilíbrio do sistema. Como apregoou Bobbio, “*reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento*” ¹⁹. Por isso, sem olvidar acerca da possibilidade de responsabilização do Advogado de Estado, em sua atividade consultiva, serão analisados alguns pontos que parecem relevantes, para a reflexão sobre os limites jurídicos de sua

¹⁸ Observe-se, contudo, que em relação à Advocacia-Geral da União, a atividade de consultoria jurídica e assessoramento jurídico se restringem ao Poder Executivo.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito* (trad.). Ícone, 2006. p. 230.

ocorrência. Primeiramente, contudo, será feito um breve resumo sobre o entendimento externado pelo Tribunal Constitucional, em relação ao assunto.

4.1. A posição do Supremo Tribunal Federal

Em meados de 2007, o Supremo Tribunal Federal emitiu decisão que causou 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. Na ocasião, a Colenda Corte de Contas havia determinado a audiência de procuradores federais, para apresentarem, como responsáveis, razões de justificativa sobre ocorrências apuradas na fiscalização de convênio firmado pelo INSS, em virtude da emissão de pareceres técnico-jurídicos, no exercício profissional da advocacia.

Entendeu-se que, diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, a “aprovação” ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93, 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 parecerista²⁰.

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.

A decisão não confirmou a responsabilização dos pareceristas. Ela, apenas, negou a possibilidade de afastamento da responsabilidade dos impetrantes em sede de mandado de segurança, impedindo sua oitiva pelo TCU. Em suma, o STF declarou que não cabia mandado de segurança para impedir que o parecerista fosse notificado pelo TCU, para justificar sua atividade advocatícia. Ocorre que, como ponderado pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, ao notificar os procuradores, a Corte de Contas 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 eles apresentassem justificativas, no prazo de 15 (quinze) dias, como responsáveis, em relação a atos considerados irregulares pelo TCU. Ou seja, o TCU já indicava uma eventual

²⁰ STF - MS 24584/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: 20-06-2008.

possibilidade de responsabilização dos procuradores pareceristas e já havia aferido a existência de irregularidades nas manifestações jurídicas.

No voto do Ministro Marco Aurélio são identificados elementos que apontam uma posição favorável, em relação à responsabilização do parecerista, pelo TCU, quando da aprovação das minutas editalícias. Atente-se para 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.”*²¹

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. Vale a leitura da ementa daquela decisão:

“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,

²¹ STF - MS 24584/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: 20-06-2008.

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.”²²

Da análise das duas manifestações, pode-se concluir que 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 nova decisão, o eminente relator, Ministro Marco Aurélio, justificou a mudança em virtude de que 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.

No mesmo período do julgamento do MS 24584-1/DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, o STF julgou o MS 24.631-6, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa. No referido Acórdão, aprovado à unanimidade, adotou-se uma posição mais próxima da decisão outrora relatada pelo Ministro Carlos Velloso (MS-24.073-3).

“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

²² STF - MS 24073/DF. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 06/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 31-10-2003.

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:

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.”²³

O relator, Ministro Joaquim Barbosa, além de considerar “abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo”, apresentou o entendimento de que a responsabilização do parecerista jurídico apenas pode ocorrer em situações relacionadas a um parecer vinculante, quando a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão.

Identifica-se que há uma zona cinzenta em relação ao tema responsabilidade do parecerista. Os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e do Ministro Marco Aurélio, somados ao debate ocorrido, ajudam a trazer luzes sobre a tendência do Excelso Tribunal sobre a questão. Revela-se o entendimento de que, quando vinculante, o parecer pode dar ensejo à responsabilização de seu autor, pelo argumento de que o administrador somente poderia decidir de acordo com seus contornos.

Contudo, insiste-se em questionar, quando o parecer jurídico será vinculante a um ato administrativo de gestão?

²³ 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 Ministro Joaquim Barbosa, no julgado, repete o exemplo dado por Di Pietro ²⁴, lembrando o parecer médico para deferimento de um pedido de aposentadoria por invalidez ²⁵. Já o Ministro Marco Aurélio, suscitando que, em regra geral, “parecer, enquanto parecer, é parecer” ²⁶, indica a aprovação estipulada pelo parágrafo único do artigo 38, como exemplo de manifestação vinculante.

Nada obstante os brilhantes votos, que tornam enriquecedora a leitura integral dos citados acórdãos, este trabalho tentará desenvolver, sinteticamente, alguns elementos necessários ao debate desse tema.

4.1 Da função de consultoria jurídica

A consultoria jurídica é atividade privativa do advogado, conforme preceitua o inciso II do artigo 1º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Conforme dito, ela foi destacada como uma atividade inserida na competência das *procuraturas constitucionais*. Percebendo-se corretamente a Advocacia Pública, envolvendo o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia de Estado ²⁷, como um instrumento de equilíbrio do Estado, concluir-se-á que ela permite uma adequação do sistema de interdependência de seus Poderes à realidade vivenciada pelo novo papel estatal.

Nesse sentido, Macedo explica que a consultoria jurídica, realizada de forma harmônica, apresenta-se como importante fator de responsabilização do governo, coibindo a politização excessiva da Administração, quando esse movimento implicar desobediência à Constituição e às leis ²⁸. Souto lembra a necessidade de um corpo técnico permanente para o exercício dessas funções da Advocacia de Estado. Isso permite um controle preventivo das ações da administração, evitando que elas criem dúvidas nos administrados e dívidas para os sucessores. Explica o autor:

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 215.

²⁵ Deve ser observado, contudo, que o exemplo dado pelo ilustre Ministro, embora indique uma hipótese de vinculação, não envolve parecer jurídico.

²⁶ Conforme registro dos debates do julgamento do MS 24.631-6.

²⁷ MOREIRA NETO, A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público*. Ano IV, nº 4. Outubro de 2005. p. 36-65.

²⁸ MACEDO CARNEIRO, Rommel Madeiro de. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 157.

“Não é desejável que tal papel seja desempenhado por cargos de provimento fiduciário ou por terceiros, dos quais não se exige nem o concurso nem o conhecimento do histórico de problemas e de questões típicas de cada órgão ou entidade. É indispensável a profissionalização dessas carreiras, que são típicas de Estado e não de governo, com cargos providos por aprovados em concursos públicos.”²⁹

Além do aspecto de controle, a atividade consultiva da Advocacia de Estado é um importante instrumento para a efetivação e aperfeiçoamento de políticas públicas, diante do caráter de assessoramento intrínseco a essa atividade. A advocacia consultiva é assim resumida por Moreira Neto:

“A advocacia consultiva é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.”³⁰

Importante frisar que a competência do Advogado de Estado, em sua atividade consultiva, resume-se ao ambiente jurídico. Em outras palavras, sua função de controle é restrita aos elementos jurídicos sob análise. Isso não significa que o parecerista deva se alienar em relação a elementos fáticos ou tenha que se omitir cegamente em relação ao mérito do ato administrativo. Sua manifestação, contudo, em relação a esses pontos, jamais vincula a atuação do administrador.

Diante da superação da idéia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a, conseqüente, consagração do princípio da juridicidade, que não aceita a idéia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao

²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 386-387.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de 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.

próprio Direito,³¹ a atividade consultiva assume uma face ativa de orientação jurídica. Nessa atuação, o Advogado de Estado deve apresentar os caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria permite o desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral.

Nesse sentido, compete à Advocacia de Estado o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhando, persuadindo ou induzindo os agentes políticos a adotarem as providências que conduzam à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos³². Essa atribuição exige autonomia, tanto em relação à autoridade consulente, como a terceiros, sejam órgãos públicos ou privados. A quebra dessa autonomia compromete o próprio exercício da advocacia. A independência é um dos seus mais caros pressupostos, servindo à preservação do Estado de Direito, “*do governo submetido a leis, da contenção do abuso da autoridade e da limitação do poder econômico, porque foi instituída no interesse de todos os cidadãos, da sociedade e do próprio Estado*”³³.

Retirando-se a autonomia do Advogado de Estado, em relação à autoridade consulente, haverá comprometimento do controle, o que é prejudicial à sociedade. Por outro lado, suprimida tal autonomia do parecerista, em relação a terceiros (mesmo que sejam outros órgãos públicos de controle), restará comprometida a sua função de aperfeiçoamento da ordem jurídica. Esse comprometimento acaba por apequenar a Advocacia de Estado, tornando-a uma mera repetidora de julgados, sem inspiração, sem inovação, despida de qualquer criatividade, prejudicando a essência de sua função.

Na consultoria jurídica, o advogado atua preventivamente, diante de uma ciência inexata que permite compreensões contraditórias sobre o mesmo fato jurídico ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma posta, sem que a aceitação de uma das compreensões

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, e a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 74.

³² MOREIRA NETO, A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público*. Ano IV, nº 4. Outubro de 2005. p. 36-65.

³³ LOBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184-185.

resulte na invalidade das demais. 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. 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 ³⁴.

O trabalho de compreensão do Direito, através da hermenêutica ou da interpretação, utilizadas para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis ³⁵, ou através dos métodos de resolução das aparentes antinomias do ordenamento ³⁶, exige uma atividade de pesquisa (e não apenas a conservadora aplicação das normas dadas), criadora de regras e entendimentos que podem transformar o sistema dado ³⁷.

Não parece admissível limitar o parecerista a ser um repetidor das decisões catalogadas pelos órgãos de controle, algumas até contrárias às prolatadas por órgãos do Poder Judiciário ou àquilo defendido pela maioria da doutrina. Ao revés, ele deve primar pela pesquisa, buscando, nos limites da legalidade estabelecida, criativamente prestar seu *munus*, analisando a compatibilidade da opção administrativa ao ordenamento e coibindo atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao interesse público. Essa atuação tem como pressuposto a convicção jurídica do Advogado de Estado, sua compreensão ou interpretação do ordenamento. O Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, no papel de doutrinador, ilustra bem essa atuação:

“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.

³⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 324-325.

³⁵ NÁDER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 25ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Brasília: Editora UnB, 1999 (reimpressão 2006). p. 34.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

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.

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].”³⁸

A atividade de consultoria jurídica não pode ser equiparada ao labor de um 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.

Ademais, deve-se frisar que o Advogado de Estado tem sua competência constitucional restrita aos limites de manifestação relacionados ao campo do direito, motivo pelo qual ela jamais vinculará, completamente, atos administrativos que encerram em si elementos de gestão ou que detenham qualquer esboço de discricionariedade administrativa.

4.3. Do caráter opinativo do parecer

Diante das manifestações do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de responsabilização do parecerista, pelos Tribunais de Contas, tem como pressuposto o argumento de vinculação do ato administrativo à manifestação jurídica.

Inicialmente, parece necessário tratar, especificamente, da conclusão tida pelo ilustre Ministro Marco Aurélio, em relação à análise jurídica do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93. Segundo o admirado jurista e relator do MS 42.584/DF, a aprovação das minutas poderia gerar responsabilização do advogado parecerista. No ambiente licitatório, com a *devida venia*, essa compreensão pode gerar certa incongruência, sobretudo, quando confrontada com o entendimento corroborado pelo STF, à unanimidade, no anterior MS 24.073/DF.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do Direito*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

No caso concreto que originou o julgado precedente (MS 24.073/DF), o STF dirimia uma situação em que o parecerista admitiu uma contratação direta, sem licitação. Naquela ocasião, o Pretório Constitucional decidiu ser incabível a responsabilização. No julgado mais recente (MS 24.584/DF), como já explicado, admitiu-se a responsabilização do parecerista, quando da análise das minutas editalícias, em razão do termo “aprovar”, utilizado no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93. Entendendo como correta essa interpretação literal, criar-se-ia uma situação em que erros cometidos na apreciação do edital seriam mais relevantes que a permissiva para que a contratação se desse sem licitação. Construindo um raciocínio simplista, diante de um edital de licitação, seria mais conveniente ao advogado opinar pela desnecessidade do certame e do respectivo edital, ideia da qual não resultaria qualquer responsabilização, do que analisá-lo e eventualmente se submeter a uma responsabilização solidária.

O TCU percebeu essa incongruência. Por conta disso, parece ter concretizado seu entendimento de possibilidade de responsabilização do parecerista, mesmo em situação de contratação direta (o que confronta a decisão unânime, outrora consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no MS 24.073/DF). No Acórdão 343/2008, do Plenário do TCU, o ilustre relator, Valmir Campelo, citando o voto do Ministro Marco Aurélio, destacou em seu relatório:

“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.”

Identifica-se certa lógica no raciocínio do Ministro da Corte de Contas. Contudo, 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, não sobrepõe, compartilha ou transfere responsabilidades. Ela 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.

Não parece, também, que a aprovação indicada pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei Geral de Licitações gere vinculação ao ato administrativo a ser praticado. O parecer jurídico não se constitui como ato administrativo. Ele se caracteriza como uma manifestação opinativa, que pode ser agregada como elemento de fundamentação do ulterior ato administrativo, nos termos fixados pelo § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/99³⁹.

Mesmo na hipótese de manifestação jurídica exigida pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei Geral de Licitações, admitir o parecer jurídico como vinculante induziria à constatação de que todas as licitações, contratações, aditamentos e alterações contratuais, que prescindiram de tal manifestação, seriam inválidas.

Essa conclusão resultaria da obediência ao disposto pelo artigo 42 da Lei nº 9.784/99:

“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 fosse certo que a aprovação do parágrafo único do artigo 38 da Lei Geral de Licitações é vinculante, todos os procedimentos relacionados só poderiam ter continuidade após a emissão do parecer jurídico, sob pena de invalidade. Essa situação é desmentida pela realidade fática, sendo comum a realização de aditamentos contratuais sem a prévia oitiva ao órgão de consultoria jurídica. Ademais, o próprio TCU admite, como mera falha formal, a

³⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Pág. 327.

inexistência de parecer jurídico em processos administrativos, não determinando sua invalidade ⁴⁰.

A melhor doutrina, inclusive, defende que a ausência do parecer jurídico não é causa autônoma de invalidação do procedimento, podendo, por si só, apenas ensejar a apuração de responsabilidade pelo gestor ⁴¹. Diante dessa constatação, nos termos dispostos pelo artigo 42 da Lei nº 9.784/99, o parecer indicado pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 se caracteriza como obrigatório, mas não vinculante.

Vê-se que a decisão do STF, quando imaginou a responsabilidade do parecerista pelo ato de aprovação da minuta editalícia, foi induzida por raciocínio estabelecido através de premissa falsa.

O parecer emitido pelo órgão de assessoramento jurídico, definitivamente, não é vinculante. O próprio TCU percebe que não há vinculação entre a opinião do parecerista e a decisão do ordenador de despesas, responsável pelo contrato e respectivas contas. Nesse sentido, a Corte de Contas admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, como se firmou no Acórdão nº 128/2009, da 2ª Câmara daquele Tribunal. Vide trecho da manifestação da Corte de Contas:

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

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

Sendo opinativa, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si,⁴² podendo, apenas, ser usada como elemento de fundamentação do ato administrativo posteriormente praticado. Não sendo gestor, nem responsável por contas, o parecerista está

⁴⁰ TCU – Acórdão 1.559/2008 – Segunda Câmara. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 17 abr. 2009.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 378.

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 41.

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.

Outrossim, reitera-se que a competência da atividade de consultoria jurídica revolve, apenas, elementos relacionados ao campo do direito. Por esse motivo, ela não vincula atos administrativos que envolvam certa margem de liberdade de decisão, diante do caso concreto, possuindo algum grau de discricionariedade. 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 ⁴³.

Em tese, diante dos limites constitucionais à atividade de consultoria jurídica, o parecer exarado por membro da Advocacia de Estado apenas poderia ser considerado vinculante em relação a um ato administrativo totalmente vinculado, de aplicação obrigatória, já que, neste caso, haverá uma relação estrita entre o ato praticado e a análise de legalidade.

Na atuação estabelecida pelo parágrafo único do artigo 38, a atividade do Advogado de Estado é a de verificar a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas. Nessa atuação, fogem ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, as opções discricionárias do administrador e os elementos técnicos não jurídicos. Essas lacunas deixam evidente a falta de identidade vinculativa entre a manifestação da assessoria jurídica e o eventual ato administrativo praticado.

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 propõe um parecer opinativo (que pode ser obrigatório ou não), em que avalia contornos jurídicos da situação ou do instrumento postos à sua análise, que carecem de poder de vinculação em relação aos contornos discricionários naturais aos atos negociais realizados pela Administração.

4.4. Da inviolabilidade do advogado

⁴³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 330.

Diante da reflexão, anteriormente posta, acerca do papel da Advocacia de Estado, no Estado Democrático de Direito, e de seu compartilhamento com o regime de prerrogativas garantido constitucionalmente, merece importante destaque aquela que seja, talvez, a maior de suas garantias, a inviolabilidade.

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

No plano infraconstitucional, a inviolabilidade do advogado é tratada nos arts. 2º, § 3º, e 7º, II e XIX e §§ 2º e 3º, do Estatuto da OAB. Paulo Lobo lembra que, em sua dimensão positiva, ela ostenta as seguintes características: a) imunidade profissional, por manifestações e palavras; b) proteção do sigilo profissional; c) proteção dos meios de trabalho, incluindo local, instalações, documentos e dados. Em sua dimensão negativa, o autor lembra que “os limites referidos na Constituição se revelam no poder exclusivo da OAB de punir disciplinarmente os excessos cometidos pelo advogado”⁴⁴.

Essa inviolabilidade é indispensável ao exercício pleno das funções advocatícias⁴⁵. Seu tolhimento afronta uma garantia reconhecida pelo constituinte para o desempenho de uma função essencial à Justiça, que se consagrou como instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais. Vale transcrever a síntese do pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

*“A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido.”*⁴⁶

⁴⁴ LOBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

⁴⁵ RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 4ª edição. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 62.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de 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. p. 50.

Quando atua na confecção do parecer jurídico, o Advogado de Estado age no exercício de sua função essencial. 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 dessa atividade jurídica. Tal proteção não permite uma inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou a livre prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e de 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.

Ainda em 2003, após a paradigmática decisão do STF, no MS 24.073-3/DF, o TCU já havia cristalizado em suas manifestações o argumento de que era cabível a responsabilização do parecerista, em situações de confecção de um “parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso”⁴⁷. Entretanto, diante do contexto constitucional da Advocacia Pública e da natureza de sua atividade de consultoria, qual a autoridade competente para estimar a razoabilidade de sua manifestação jurídica? Quando isso poderia ocorrer, sem que fosse frontalmente ferida a inviolabilidade e a autonomia do Advogado de Estado? Quais os parâmetros para tal aferição?

É inequívoco que tal aferição envolve uma sobreposição de compreensões jurídicas. Em última análise, avaliar a razoabilidade de uma manifestação jurídica impõe a preponderância da opinião de um órgão sobre a do outro. Parece fácil abraçar a tese de que irrazoável seria aquele parecer desprovido de fundamentação adequada ou que contrariasse claramente o ordenamento. Contudo, a prática demonstra que, sob o pretexto de irrazoabilidade, pode-se oprimir manifestações intelectuais divergentes daquelas preconizadas pelo órgão fiscalizador. Por conta disso, entende-se, com a *devida venia*, que o elemento irrazoável é subjetivo demais para fundamentar a responsabilização do parecerista jurídico.

Suprimir a capacidade de compreender o direito, a 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, desrespeita o núcleo dessa inviolabilidade

⁴⁷ TCU - Acórdão 462/2003 - Plenário.

garantida pela Constituição, positivada em razão da essencialidade da Advocacia para a consecução da Justiça, mesmo quando percebe o Direito de forma diversa daquela pretendida por algum órgão do aparelho estatal.

Cometendo crime, ato de improbidade ou causando dano a outrem, o Advogado de Estado 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. Essa garantia depõe contra a tentativa de responsabilização pela opinião dada, já que, em última análise, ela encerraria um julgamento sobre a convicção jurídica do advogado, fulminando a inviolabilidade garantida pelo constituinte.

4.5. Da competência para apuração de responsabilidades do advogado de estado em sua atividade consultiva

Deve-se firmar que o Advogado de Estado possui certa peculiaridade, pois, além de regido pelo estatuto de sua carreira, tem vínculo com a Ordem dos Advogados do Brasil. Essa regra está expressamente disposta no §1º do artigo 3º da Lei nº 8.906/94:

“Art. 3º. O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

§ 1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”

Conforme lembra Amorim, a dupla vinculação foi acolhida no Parecer GQ-24 da Advocacia-Geral da União e consolidada pelo Supremo Tribunal Federal ⁴⁸ na apreciação da

⁴⁸ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). *Advocacia Pública – Leituras complementares de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 240.

ADI 2.652-6/DF⁴⁹. No referido julgamento, o Ministro relator atestou que os Advogados de Estado estão submetidos à legislação específica que regula o exercício profissional, como também ao regime próprio do ente contratante. Ressaltou-se que “*nem por isso, entretanto, deixam de gozar das prerrogativas, direitos, e deveres dos advogados, estando sujeitos à disciplina própria da profissão*”.

Identifica-se o mesmo raciocínio no voto do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, no MS 24.631:

*“De qualquer sorte, minhas conclusões no presente caso acompanham o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando apenas que considero inadequado, no caso, invocar unicamente as normas do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), pois entendo que a Advocacia Pública, a rigor, se submete a regime diferenciado, que mescla características do regime jurídico dessa profissão liberal com as do regime dos servidores a que se submetem os advogados públicos.”*⁵⁰

Fica estabelecido, como premissa, que o Advogado de Estado é, por natureza e definição legal, advogado. Nessa qualidade, como bem assentou o Ministro Maurício Corrêa, ele goza das prerrogativas, direitos e deveres específicos. Destaca-se, como fonte constitucional regradora dessa atividade, a descrição dada pelo artigo 133 da Constituição Federal:

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

Isso não apenas protege a atividade advocatícia, em razão de sua natureza essencial à Justiça, como lhe impõe um rigoroso regramento de conduta ética, que deve ser seguido, sob pena de punição.

Dentro desse limite legal, o Estatuto da OAB disciplina, em seu artigo 32, que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Tal norma deve ser conjugada com o preceito de inviolabilidade disciplinado pela Constituição, de forma a se considerar que, embora inviolável em seus atos e manifestações,

⁴⁹ STF – ADI 2652/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. DJ 14/01/2003.

⁵⁰ 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.

no exercício da profissão, o advogado responderá pelos danos causados culposa ou dolosamente.

A responsabilização pode ocorrer no âmbito administrativo, civil ou penal. Na verdade, tanto advogados públicos quanto procuradores, juízes e promotores podem e devem ser responsabilizados nas situações em que praticarem atos ilícitos dolosa ou culposamente. Todavia, esta deverá ocorrer nos limites de competência e de responsabilidade dispostos pela Constituição.

Em relação ao exercício da advocacia, contudo, a aferição de um desvio funcional está restrita aos órgãos competentes. No caso da Advocacia de Estado, 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. Quando, porém, verificar-se a existência desses dois órgãos, a apuração funcional feita pela Corregedoria própria não prejudica a aferição, pela OAB, de falta técnica não funcional relacionada à atividade privativa da advocacia. Essa é a lição encontrada nas lições de Paulo Lobo:

*“o poder de punir o advogado público, por falta ética não funcional e relacionada à atividade privativa da advocacia, é exclusivamente da OAB. Se esse profissional vem a ser suspenso ou excluído, fica proibido de exercer a advocacia, temporária e permanente, afetando as próprias finalidades do cargo que ocupe, embora não produz efeitos quanto a sua relação funcional interna.”*⁵¹

De qualquer forma, reitere-se, a responsabilização pode e deve ocorrer, em virtude da prática de ato ilícito ou quando, no exercício profissional, o parecerista praticar atos com dolo ou culpa, conforme preconiza o já citado artigo 32 da Lei nº 8.906/94. Contudo, sempre, em qualquer dessas situações, essa responsabilização só poderá se dar perante o órgão competente.

Desse raciocínio deriva a constatação que não compete aos Tribunais de Contas aplicar multas ou sanções a membros da Advocacia de Estado, em relação a atos praticados no exercício da função. No caso de responsabilização civil, penal ou nos casos de prática de

⁵¹ LOBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 40.

ato de improbidade, o órgão competente para aplicação das penalidades cabíveis é o Poder Judiciário, como é natural a qualquer agente público.

Nesse passo, é possível ser identificado, por algum órgão de controle, a existência de aparente ato funcional irregular realizado por membro da Advocacia de Estado, no exercício de suas funções. Deve, então, ser representado o fato aos órgãos competentes de corregedoria, para que sejam tomadas as medidas cabíveis para apuração e determinação das responsabilidades.

5. Conclusão

A atividade consultiva do membro da Advocacia de Estado representa um controle da legalidade que se insere dentro daquilo estipulado pelo constituinte como funções essenciais à Justiça.

Essa atribuição deve ser protegida, seu enfraquecimento privilegia a transformação de seu controle jurídico em um procedimento meramente burocrático e sem independência, prejudicando a própria sociedade. Mais importante do que o anseio pela responsabilização, deve ser o fortalecimento da autonomia desses órgãos de consultoria, efetivando o parecer jurídico prévio como um instrumento de controle da legalidade e não como um justificador de atitudes ilegais perante os Tribunais de Contas.

Ademais, o parecer jurídico, mesmo aquele apresentado para a aprovação prevista no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, é opinativo (embora obrigatório), não vinculando efetivamente a ação do gestor. Por aplicação lógica, diante dos limites constitucionais à atividade de consultoria jurídica, o parecer exarado por membro da Advocacia de Estado só pode ser vinculante em relação a um ato administrativo totalmente vinculado e obrigatório, pois, apenas nesse caso, haverá uma relação estrita entre o ato praticado e a análise de legalidade.

Quanto à responsabilização do parecerista, sendo sua análise estritamente jurídica, permitir a imputação de multa, pelo TCU, em razão da atividade advocatícia de consultoria, além de extrapolar a competência daquele nobre órgão de controle externo, permite-lhe uma opinião superior e vinculante sobre qual o direito aplicável. 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 a inviolabilidade do Advogado de Estado, prejudicando a garantia constitucional de ter resguardada sua compreensão sobre o direito. Por conta disso, ela não deve ser admitida.

Eventual irregularidade, apurada pelo TCU, no exercício da atividade profissional do Advogado de Estado, 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 bibliográficas

AGRA, Walber Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *O advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes*. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). *Advocacia Pública – Leituras complementares de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Brasília: Editora UNB, 1999 (reimpressão 2006).

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007.

- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- LOBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTR, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Debates em Direito Público. Ano IV, nº 4. p. 36-65. Outubro de 2005.
- _____. *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.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- NÁDER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25ª. edição. Rio de Janeiro: Editora 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.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, e a rejeição da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 4ª edição. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 1961.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *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.