

FACULDADE DE DIREITO – UFRGS
**Especialização em Advocacia de Estado e Direito
Público**

Roberto Becker D'Andrea

A responsabilidade administrativa em face de pareceres vinculantes

**Porto Alegre – RS
2017**

Roberto Becker D'Andrea

A responsabilidade administrativa em face de pareceres vinculantes

Trabalho de Conclusão de
Curso Apresentado como pré-
requisito para obtenção do título
de especialista em Advocacia
de Estado e Direito Público

Orientador: Prof^o. Dr^o Rafael
Da Cas Maffini

Dedico este trabalho a todos que me ajudaram durante este tempo de Especialização.

AGARDECIMENTOS

Nesse momento decisivo da minha vida pessoal, acadêmica e profissional é fundamental lembrar e homenagear as pessoas que fizeram e fazem diferença nela.

E indispensável agradecer aos meus amigos, a minha família que me suportaram enquanto estudava.

Aos colegas de especialização que fazem parte desta caminhada.

E, principalmente, minha esposa Adriane que se dispôs a ler vários textos para minha pessoa, pois a minha memória auditiva é melhor que a visual.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

MS	Mandado de segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
AGU	Advocacia Geral União
CGU	Consultoria Geral da União
CG	Corregedoria Geral
PGF	Procuradoria Geral Federal
PRU	Procuradoria Geral da União
PU	Procuradoria da União
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União

RESUMO

Este artigo tem como objetivo estudar a autonomia sob ótica consultiva da Advocacia pública e sua atividade de consultoria e assessoramento. O estudo terá como base o próprio Direito Administrativo. Define a valorização dos atos administrativos e fortalece a transparência e controle da Administração Pública, bem como o seu histórico, conceituação e etapas, posteriormente estabelecendo a apreciação do papel da Advocacia Pública no processo. Neste exame vamos observar o parecer jurídico, uma das ferramentas essenciais da advocacia na função consultiva.

Palavras-chave: Pareceres vinculantes. Administração Pública. Função Consultiva. Parecer Jurídico Vinculante.

Abstract

This article aims to study the autonomy under optics consultative committee of public advocacy and its consulting activity and advice. The study will be based on Administrative Law itself. It sets the value of administrative acts and strengthens the transparency and control of public administration, as well as its history, concepts and steps, subsequently establishing the appreciation of the role of public advocacy in the process.

Keywords: binding opinions. Public Administration. Advisory role. Legal opinion binding.

SUMÁRIO

INTRUDOÇÃO

CAPITULO I – Advocacia Geral da União

1.1 Origem

1.2 Atribuições

1.3 Consultoria e Assessoramento Jurídico

1.4 Autonomia e Posição institucional

CAPITULO II – Atuação do Advogado Público na atividade de consultoria e assessoramento

2.1 Atuação do Advogado Público Parecerista

2.2 Natureza Jurídica dos Pareceres

2.3 A responsabilidade do Advogado publico

CAPITULO III – Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre Responsabilidade do Advogado Publico

3.1 Responsabilidade Solidaria do Advogado Público: A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Mandato de Segurança 24.073, 24.584 e 24.631

3.2 Analise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre responsabilidade solidaria

CONCLUSÃO

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

INTRODUÇÃO

A Advocacia de Estado possui uma configuração constitucional peculiar, pois está entre as “Funções Essenciais da Justiça”. Uma dessas configurações se manifesta no tema relativo a responsabilidade do Advogado de Estado, em sua atividade de consultoria, justificando a análise que se pretende realizar neste trabalho. Para tanto será feito um exame do contexto constitucional da Advocacia de Estado, das competências outorgadas pelo constituinte a esta função.

Identificando as competências específicas, e abordando o tema da responsabilidade do Advogado de Estado na função de consultoria jurídica, sendo necessário abordar aspectos gerais das políticas públicas, como seu histórico, conceituação e etapas a fim de estabelecer um referencial para ser utilizado na apreciação do seu papel no processo, com ênfase na atuação consultiva, nas fases de elaboração, formulação e execução de Políticas Públicas, e elaboração normativa.

O objetivo deste trabalho será delinear, em face do nosso ordenamento, alguns elementos relacionados com o tema.

Este trabalho pretende propor a tese da responsabilidade dos Advogados Públicos, em fase da emissão de pareceres vinculantes.

A monografia fica estruturada em três capítulos, sendo assim divididos.

No primeiro capítulo, será estudada a Advocacia Geral da União, origem, principais atribuições, natureza jurídica, consultoria e assessoramento.

O segundo capítulo versará sobre atuação do Advogado Público, consultoria e assessoramento, natureza jurídica dos pareceres, e sua responsabilidade.

O terceiro capítulo abordará decisões do Supremo Tribunal Federal em face dos Mandatos de Segurança 24.073, 24.584 e 24.631, mostrando a evolução do entendimento da natureza do parecer jurídico, e as repercussões em face a responsabilidade dos Advogados Públicos.

CAPITULO I – Advocacia Geral da União

1.1 Origem

A Constituição Federal dividi seu Título IV, que trata sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos. O primeiro em “Do Poder Legislativo”, o segundo “Do Poder Executivo”, o terceiro “Do Poder Judiciário”, e o quarto “Das Funções Essências a Justiça”. E este é dividido em três seções sendo assim designadas, “Do Ministério Público”, “Da Advocacia da União”, e “Da Advocacia e da Defensória Pública”.

Com a Constituição de 88 é criada a Advocacia Geral da União, criando um órgão constitucional para exercer a atribuição de representante do Estado Brasileiro, judicial e extrajudicial, bem como o de assessoramento jurídico, pois até então era seguido o modelo português, sendo esta função acumulada pelo Ministério Público, através da Procuradoria Geral da República e a assessoria era prestada pela Advocacia Consultiva da União, conforme exposto no Decreto nº 93.237, de 08 de setembro de 1986.

1.2 Atribuições

A Constituição Federal de 88, no seu artigo nº 131, define a Advocacia Geral da União nestes termos:

Art.131.A Advocacia Geral da União é a instituição que, direta 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 jurídicos do Poder Executivo.

Tal conceito foi reproduzido na Lei Complementar número 73, de 10 de fevereiro de 1993, a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, dispõe em seu artigo 1º que:

“Art.1º A Advocacia Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. A Advocacia Geral da União cabe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Os seus principais órgãos integrantes são o Advogado Geral da União, a Consultoria Geral da União (CGU), a Corregedoria Geral (CG/AU), o Conselho Superior (CS/AGU), a Procuradoria Geral Federal (PGF) constitui-se órgão vinculado a Advocacia Geral da União.

Conforme preceitua o Art. 3, Parágrafo 1º, da Lei Complementar nº73/93. Suas atribuições estão previstas no Art. 4º da mencionada lei.

A Corregedoria Geral, prevista no Capítulo II, Título II, da supremacia da Lei Complementar, tem responsabilidade de fiscalizar as atividades funcionais dos membros da Advocacia Geral da União, coordenar o estágio confirmatória dos integrantes da instituição e promover correição nos órgãos jurídicos da AGU.

A Procuradoria Geral da União conforme o Art. 9 da mesma Lei incumbe a representação judicial da união. Subordinam-se a PGU cinco Procuradorias Regionais da União (PRU) e vinte e duas Procuradorias da União (PU). A Procuradoria Geral da União representa a União perante os tribunais superiores, as PRUs representam o Estado Brasileiro na 2ª instancia do poder judiciário da união e as PUs cuidam dos processos judiciais na 1ª instancia.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) é órgão da AGU encarregado das causas de natureza fiscal. A PGFN possui uma característica singular, que é a sua dupla vinculação, estando subordinada administrativamente ao Ministério da Fazenda e tecnicamente e funcionalmente a AGU. A PGNF também presta atividade de consultoria e assessoramento

jurídicos ao Ministério da Fazenda. As atribuições da PGFN estão contidas nos Artigos 12 e 13 da L C 73/93.

O Conselho Superior da AGU Arts. 7 e 8 é órgão colegiado responsável pela proposição, organização e direção dos concursos públicos para provimento de cargos na instituição, por organizar listas de promoção e de remoção e pela confirmação no cargo do membro da AGU, ou sua exoneração.

A Procuradoria Geral Federal (PGF) constitui em órgão dotado de autonomia administrativa e financeira vinculado a Advocacia Geral da União, por força de Lei nº 10.480, artigo 9, de 02 de julho de 2002. A PGF é responsável pela representação judicial e extrajudicial e assessoramento e consultoria jurídicos das autarquias e fundações públicas federais. Compete ainda a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes as suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável e judicial. A Procuradoria Geral da União é chefiada pelo PGF, cuja a nomeação e feita pelo Presidente da República como também a indicação do Advogado Geral da União.

A PGF é responsável pela representação jurídica da administração pública federal indireta, ao passo que a AGU representa juridicamente da administração pública federal direta e, também, dos poderes judiciários e legislativo federais.

1.3 Consultoria e Assessoramento Jurídico

Conforme os termos do artigo número 131 da Constituição Federal de 1988, a AGU exerce atividades de assessoramento e consultoria jurídica.

As funções relacionadas a atividade consultiva da AGU são extremamente variadas e complexas, sendo por ela desenvolvidas a viabilização de políticas públicas segundo os ditames do Estado, o controle da legalidade dos atos da Administração.

A área consultiva e assessoramento jurídico da AGU é composta pelo Advogado Geral da União, pela Consultoria Geral da União e pelas Consultorias jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário Geral e aos titulares de Secretarias da Presidente da República.

A Consultoria Geral da União (CGU), origem institucional da grande maioria dos pareceres vinculantes editados pela Advocacia Geral da União (AGU), diante da previsão contida no artigo 10, da Lei Complementar de número

73 de 1993. Enquanto o assessoramento jurídico é caracterizado pela Advocacia de Estado, tendo por objetivo instrumentalizar legalmente a decisão administrativa, sem efeito vinculante, mas responsabilizando o mesmo.

Cumprido a função de controle prévio da legalidade em primeira instância, e se dispõe como instrumento de preservação do patrimônio público a AGU atua de forma preventiva, nos procedimentos licitatórios, convênios, contratos, atos normativos, e políticas públicas são analisados pelo corpo jurídico da AGU, antes de serem assinados pela autoridade responsável.

1.4 Autonomia e Posição institucional

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 ao dar tratamento em seção específica a Advocacia de Estado, o constituinte fez tanto em nível Federal (art. 131), e fazendo aglutinou as competências de representação, que era do Ministério Público, e de consultoria e assessoramento jurídico, antes a cargo da Consultoria Geral da República.

Este novo órgão foi enquadrado em capítulo próprio, no capítulo das “Funções Essenciais à Justiça”. Sendo que a Constituição deliberou que o Advogado Geral da União é de livre nomeação do Presidente da República, dentre os cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, o que na prática significou a subordinação da AGU ao poder Executivo.

E a Lei Complementar de nº 73/93, Lei Orgânica da AGU, no seu artigo de nº 11, dispõe que as consultorias jurídicas são órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado Maior das Forças Armadas.

Do mesmo jeito que o Título IV da Constituição que trata da organização dos poderes após tratar do poder judiciário, enuncia as funções essenciais à justiça a Advocacia, a Defensoria Pública, e o Ministério Público.

Assim estão divididas as funções essenciais da justiça: o Ministério Público da União cuida dos interesses da sociedade, os individuais indisponíveis e dos interesses difusos e coletivos em geral, e a AGU que cuida dos interesses de Estado, dos interesses públicos, em síntese dos interesses da sociedade; e por fim, a Defensoria Pública da União, que cuida dos interesses dos hipossuficientes, dos interesses individuais daqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

A ideia de essencialidade da função significa dizer que sua inexistência colocaria em risco o Estado Democrático de Direito. A AGU é essencial ao Estado Democrático de Direito assim compete a ela como integrante do sistema funções essenciais à justiça, zelar pela preservação do interesse público.

Tendo suas prerrogativas garantidas conseguirá manter uma atuação independente junto ao Poder Executivo Federal, evitando as ingerências dos governantes.

As autonomias funcional, administrativa e financeira, a vitaliciedade, a inamovibilidade, e a irredutibilidade de subsídios, e suas prerrogativas asseguram que a AGU é uma instituição fortalecida para exercer a sua competência constitucional

CAPITULO II – Atuação do Advogado Público na atividade de consultoria e assessoramento

2.1 Atuação do Advogado Público Parecerista

Conforme a Constituição Federal, em seu artigo 133 “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Por ser limitada por Lei esta garantia não é absoluta, podendo ser responsabilizado, civilmente e penalmente.

E no Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, repete a o artigo da Constituição, e fixa direitos, deveres, infrações, sanções. No artigo 32 responsabiliza o advogado no exercício profissional por atos praticados, e no capítulo IX das Infrações e Sanções Disciplinares, os artigos 34 e 35 enumera os mesmos.

O advogado público por ter regime próprio os da União há a subordinação a Lei Complementar número 73/93 e a Lei 8112/91 na qualidades de servidores públicos, tendo duplo vínculo surge conflitos pois o Advogado Público e defensor do interesse primário, e do interesse da coletividade e não do interesse da autoridade.

Nesse contexto distingue-se o advogado público que está na função de consultoria e o advogado público que está em função contenciosa, sendo que o advogado parecerista participa do controle da legalidade da Administração pública, tem sua convicção e sua discricionariedade. Nos seus pareceres, que não estão subordinados a administração pública. E a opinião técnica de quem estuda os elementos que lhe chegarão, pronunciando-se dentro de suas prerrogativas funcionais.

Mantendo a independência técnica e profissional na função, a atividade de consultoria tem como elemento imprescindível a administração da justiça, assegurando o direito em relação a seus entendimentos, manifestações, pronunciamentos emitidos nos seus pareceres administrativos, mantendo a sua imparcialidade e da própria instituição.

É interessante notar que independentemente da espécie de parecer, vinculante ou não, obrigatório ou facultativo, poderá haver responsabilização do seu autor. É o que se verá a seguir.

Hely Lopes Meirelles traz a seguinte lição:

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

Esclarece ainda:

“O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p.ex., nos casos em que a lei exige prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração”. (2003, p. 189).

Assim, é importante assegurar ao advogado parecerista a prerrogativa de atuar livremente, tendo como base a Constituição Federal, as Leis, sem subordinação, subordinado- se a juridicidade e a sua consciência.

2.2 Natureza Jurídica dos Pareceres

Parecer jurídico é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, por sua fundamentação técnica, mas não deixa de ser uma opinião, que pode sugerir, apontar caminhos, indicar uma solução, induzir uma decisão, mas não decide.

Os pareceres são classificados em facultativo, obrigatório e vinculantes, todos com suas responsabilidades criminal, civil e administrativa.

O facultativo consiste em mera opinião sobre a matéria, de caráter opinativo, como nome diz, faculta algo a alguém. Ele oportuniza o direito de seguir ou não as conclusões nele contidas, não sendo obrigatório.

Sendo um ato opinativo não vincula a Administração Pública ou seus administrados, podendo os mesmos segui-los para melhor fundamentar uma decisão ou simplesmente ignorá-lo por não estar vinculado.

O obrigatório conforme lei alguns atos administrativos devem ser precedidos de parecer para que seja praticado, obrigando o administrador a sua solicitação, sendo que a obrigatoriedade a que o administrador está vinculado, não é do resultado final do parecerista, e sim a de solicitá-lo.

O vinculante da mesma forma que o obrigatório, também ocorre por deliberação normativa, sendo que de maneira diversa, no entanto, o seu conteúdo conclusivo deve ser seguido, “quando por força de determinação legal, a autoridade possuidora da competência decisória, fica subordinada, sob pena de nulidade, aos termos conclusivos disposto no parecer”. Salientando que o parecer vinculante previne a Administração Pública de praticar ato administrativo em desconformidade com a legislação.

E dado a concluir que não é a obrigatoriedade que atrai a responsabilidade, mas sim a culpa ou dolo, o nexos causal, o parecer obrigatório não torna seu prolator um administrador tanto que o administrador poderá decidir de modo contrário, sempre com base legal.

2.3 A responsabilidade do Advogado público

Conforme já salientado, o Advogado Público submete-se a uma disciplina jurídica constitucional, que mescla os regimes jurídicos do Advogado e dos servidores públicos, cabe ressaltar que os advogados são detentores de inviolabilidade em seus atos.

Contudo o advogado vai ser responsabilizado pela medida administrativa tomada em caso de parecer vinculante quando verificado dano ou irregularidade, ou quando agir com dolo ou culpa, ou ainda em caso de erro inescusável.

Algumas decisões do Tribunal de Contas da União têm responsabilizado o advogado público, em relação dos pareceres.

Como por exemplo no Acórdão número 1427/2003 – Primeira Câmara, em decisão, defende o TCU que a responsabilidade do advogado autor de parecer, apurasse o ato no exercício profissional da advocacia, nos termos do artigo 32 da Lei 8.906/94, a aplicação de sanções disciplinares.

E em outro momento a responsabilidade do advogado relator do parecer está relacionada com a regularidade da gestão disciplinada pela Lei 8.443/92 para o TCU este parecer quando acatado, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão.

Sendo assim este parecer por ser danoso ou grave erro, tem relevância com ato praticado, estando o autor sob jurisdição do TCU, para fins de fiscalização da atividade da administração pública.

Em decisões mais recentes o TCU tem adotado o posicionamento quanto a possibilidade de responsabilização solidaria do advogado com gestor, o que influencia a posição do Supremo Tribunal sobre o tema.

CAPITULO III – Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre Responsabilidade do Advogado Publico

3.1 Responsabilidade Solidaria do Advogado Público: A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Mandato de Segurança 24.073, 24.584 e 24.631

Tradicionalmente a doutrina preconiza que os pareceres emitidos por Advogados públicos têm natureza opinativa, prevalece o entendimento de que só pode ser atribuído pelo teor de sua sugestão.

Por não ser pacifico há quem defenda por exemplo Marçal Justen Filho, a responsabilização dos Advogados públicos quando “exararem pareceres defeituosos”, os que não analisem as questões controvertidas, de forma a possibilitar que as autoridades administrativas tenham conhecimento do risco das decisões que irão adotar.

Estes pareceres quando acolhidos por autoridades competentes constituem a própria motivação ou fundamentação do ato, sendo a mera opinião de quem emitiu. Nunca foi considerado um ato administrativo em si propriamente dito pois não produz efeitos jurídicos, o parecer não afeta direitos de terceiros, não podendo ser impugnado por via judicial ou administrativo.

Por conter mera opinião, a autoridade não e obrigada a acolher, podendo decidir de forma diferente da sugerida no mesmo, desde que o faça de forma motivada, ou até solicitar manifestação de outro órgão jurídico.

Esta situação começou a mudar quando TCU começou a propor, que ao responsabilizar as autoridades administrativas pela pratica de atos lesivos, passou a incluir neste processo a apuração de responsabilidade dos advogados públicos que proferiram o parecer jurídico em que a autoridade se baseou, com objetivo de responder solidariamente com autoridade.

O que favoreceu esse tipo de entendimento e que diz o artigo n^o 38, parágrafo único, da lei 8.666/93, em cujos os termos “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessorias jurídicas da administração”.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A redação do dispositivo não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para aprovar as minutas de editais e contratos, dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para Administração.

O dispositivo deu ensejo a que os advogados públicos fossem chamados a responder perante ao tribunal de Contas por irregularidades ocorridas nos processos de licitações e contratos, em decorrência de vícios nos respectivos instrumentos aprovados pelo órgão jurídico. Também o Ministério Público, ao propor ações de improbidade administrativa, passou a estender a responsabilização aos advogados privados contratados como profissionais liberais para elaboração de pareceres jurídicos, necessário a tomada de decisões.”

Sendo que esta questão foi parar no Supremo Tribunal Federal, e que nos três acórdãos mais relevantes, expos o seu entendimento, pacificando a jurisprudência

No Mandado de Segurança nº 24.073, de 2002, publicado em 06 de novembro do mesmo ano, o Ministro relator Carlos Veloso, proferiu em seu voto que os pareceres não são atos administrativos, mas sim “opinião emitida pelo operador do direito”, e ainda ressaltou “o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto da lei, o que acontece, invariavelmente, nos tribunais. Por isso, para que se torne licita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou cometeu erro grave, inescusável”.

No Mandado de Segurança nº 24.584, julgado pelo pleno do Tribunal em 09 de agosto 2007 em que o TCU queria responsabilizar os procuradores federais do INSS por aprovar uma minuta de convenio celebrado entre o INSS e o Centro de Tecnologia em Administração, quando o STF, altera entendimento anterior, decidindo que em determinadas situações, é possível responsabilizar o advogado que proferiu o parecer, fundamentando no artigo nº 38, parágrafo único, da lei 8.666/93, e podendo responsabilizar quem deu aprovação.

O ministro Joaquim Barbosa faz a distinção entre três tipos de parecer, o facultativo, o obrigatório e o vinculante “Quando a consulta facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; quando a consulta é obrigatória, a autoridade não se vincula a emitir o ato tal como submetido a consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada a consultoria, devesse submetê-lo a novo parecer; quando a lei estabelece a obrigação de decidir a luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.

No Mandado de Segurança nº 24.631, foi apreciada a manifestação do procurador consistiria na aprovação de acordo extrajudicial, portanto, tratar-se de acordo vinculante. Entendeu o relator Ministro Joaquim Barbosa, que em situação como esta, de parecer vinculante, haveria compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também nesse caso. No entanto, o mandado foi denegado, por entender o relator que no caso, o parecer era facultativo, hipótese em que a responsabilização do advogado somente pode ocorrer se atuou com dolo ou erro inescusável.

Temos um entendimento sobre a responsabilização do advogado público somente será responsabilizado em três ocasiões distintas culpa grave (erro inescusável), dolo e quando o parecer for vinculante.

Sobre este a fundamentação do relator ministro Joaquim Barbosa afirma que “diante de um ato administrativo complexo, o parecerista poderia responder conjuntamente com administrador, pois ele também seria administrador neste caso. No caso de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo a manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente”.

Já o Ministro Carlos Brito, ressalta que, “o advogado público atua não como administrador e sim, como profissional jurídico, lidador jurídico, o que se conclui que a sua responsabilidade estaria restrita a seara do direito”.

E o Ministro Marco Aurélio Complementa “o parecer, enquanto parecer, é parecer. Não transforma o autor em administrador obrigado a prestar contas ao Tribunal respectivo. Não e dado chegar a esse ponto”.

3.2 Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre responsabilidade solidaria

Para podermos entender os motivos de tais decisões teríamos que analisar o contexto fático.

Esta situação fática, leva a construção do raciocínio que aponta a responsabilização do parecerista, pelo TCU, quando da apreciação das contas dos gestores, nas situações em que a mesma conduz a pratica do ato ilícito, aí realmente o gestor não poderia ser responsabilizado.

Mas se os gestores da pratica para fugir as suas responsabilidades, cientes que as ressalvas feitas poderão ser usadas em eventuais problemas junto aos órgãos de controle, montam através do preenchimento de cargos em comissão uma assessoria jurídica, sendo a principal finalidade não o assessoramento, mas sim justificar as ilegalidades.

Uma dúvida que persiste relacionada a atividade do parecerista e as características da sua manifestação, quem pratica o ato, o advogado ou o órgão?

O artigo nº 131 da Constituição Federal “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”.

Assim sendo, parece evidente que atribuição de exame prévio indica a atuação de um órgão, que é representado por seus membros.

Cunha Junior vem lembrar “Decorre do princípio da impessoalidade também a conclusão de que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao agente que pratica, mas ao órgão ou entidade da Administração Pública, em nome dos quais o agente atua.

O Ex-ministro Eros Roberto Graus, ilustra bem a complexidade da atuação do parecerista;

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

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

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

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

Isto vem mostrar que o parecerista não pode ser comparado ao técnico, a ciência do direito permite a criação de novos parâmetros capaz de demonstrar uma concepção nova sobre a relação jurídica em questão.

Sendo assim, deve-se ressaltar que a responsabilização do advogado público está restrita as questões jurídicas. A avaliação do parecer não pode ser subjetiva, esta avaliação será feita sob o aspecto da existência de culpa grave ou dolo.

Mesmo o parecer sendo vinculante, deve ser questionado quem trará legitimidade para referida tese, o judiciário pode vir a entender ser insustentável a mesma. Existirá então uma exagerada cautela na emissão dos pareceres, um certo comprometimento na atividade interpretativa do advogado público, causando uma dificuldade nas atividades regulares da administração.

Na advocacia pública tem-se por dever manifestar-se, na função com independência técnica e profissional, não ficando atado a opinião dos estados totalitários.

De acordo com Estatuto da Advocacia (EA – Lei 8.906/94), as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas são atividades privativas de advocacia (art.1º, II). Prevê ainda o parágrafo 2º que advogado tem imunidade profissional, não constituído injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Aos advogados públicos a relação estabelecida com o órgão público não lhe retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes a advocacia, segundo o artigo nº 16 da lei 8.906/94. E mais, não pode o advogado ter receio ou medo de contrariar a decisão dos órgãos de controle, pois conforme consta no 31 §1º e 2º da referida lei o advogado, no exercício da profissão, deve manter a independência em qualquer circunstância, sem receio de desagradar qualquer autoridade.

Ainda sobre questão de responsabilidade o artigo nº 32 da mesma lei e bastante claro, pois o advogado e responsável pelos atos que, no exercício profissional vem a praticar com dolo ou culpa, e em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, o que será apurado em ação própria.

Esta questão ética profissional é de competência da OAB da respectiva seccional a qual pertence o advogado.

Mesmo assim não impede a responsabilidade do advogado parecerista pelos órgãos de controle perante aos tribunais, conforme preconiza a jurisprudência.

Estes órgãos devem examinar a fundo as intenções do advogado parecerista, pois e isto que a lei exige, para que seja demonstrado a responsabilidade solidaria, o conluio para lesar ou causar dano a outrem esteja

aparente, na maioria das vezes, os processos de fiscalização não adentram na intenção de parecerista.

CONCLUSÃO

O tema do grau de responsabilidade dos Advogados Públicos por emissão de pareceres é inegavelmente polêmico.

Dentro da atividade consultiva da Advocacia de Estado o controle da legalidade está estipulado pelo constituinte como função essencial a justiça.

Essa atribuição deve ser protegida, privilegiada e tornada mais independente possível, deve haver um fortalecimento na autonomia de órgãos de consultoria, para que o parecer jurídico seja um instrumento de controle de legalidade e não mero justificador de atitudes.

E o parecer, mesmo aquele feito para aprovação que está previsto no parágrafo único do artigo nº 38 da lei 8666/93, e opinativo, não vincula a ação do gestor. O mesmo só pode ser vinculante em relação a um ato administrativo totalmente vinculado e obrigatório, pois apenas neste caso haverá uma relação entre ato praticado e análise de legalidade.

Sendo a Advocacia de Estado e não de governo, a AGU é responsável pela defesa dos interesses públicos estatais e pela preservação do regime democrático, a Constituição Federal no seu artigo de nº 133 prevê indispensabilidade do advogado para administração da justiça e sua imunidade nos atos e manifestações praticados no exercício da profissão, assegurando ao mesmo liberdade, autonomia e independência dentro dos limites da lei.

Neste caso sustentando uma imunidade do advogado, de modo que a sua responsabilização só deve ocorrer, em razão da atividade de assessoramento jurídico quando atuar com culpa grave ou dolo.

Importante ressaltar que esta responsabilidade deve ser apurada caso a caso, não basta a mera existência do parecer vinculativo e o ato administrativo que resultou o dano ao erário, será necessário provar que a manifestação jurídica continha elementos de dolo ou erro grave, ou seja que não conseguia se escusar.

Assim a possibilidade de responsabilização em razão da emissão de parecer jurídico deve estar amparada no caso concreto, na estrita verificação da fundamentação do mesmo.

As decisões do Supremo tribunal Federal, se forem bem aplicadas permitem uma opinião do TCU em que uma eventual responsabilização do parecerista, esta situação seria incompatível com garantia de inviolabilidade do advogado público, ainda que relativa, eis que seria intelectualmente engessadora.

A única maneira de evitar este procedimento em relação a atividade interpretativa do Advogado público, seria a AGU assegurando a independência

funcional de seus membros, e não permitindo o exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídico por pessoas que sejam de carreira, mais mecanismo de garantias, livre de pressões e influencias e outras prerrogativas que não foram contempladas na Lei 73/93.

Tais mecanismo evitarão retaliações indevidas pelo conteúdo de seus pareceres, permitindo o exercício do papel constitucional na defesa do interesse público,

Para o cumprimento de tão relevante papel o Advogado Público deve incorporar a abordagem oportunizada pelas políticas públicas que ao contrário da visão tradicional do direito focada na norma posta, busca uma intervenção prospectiva para o futuro. Para tanto, deve o mesmo participar ativamente nas etapas de elaboração, formulação e implementação destas políticas, visando a concretização dos direitos fundamentais, que sempre deve nortear a sua atuação consultiva.

A boa fé presume que o parecerista atua no exercício de sua profissão, onde certamente não ordena despesa e nem administra ou gerencia, portanto não deve em regra ser responsabilizado solidariamente pela emissão do parecer, destacando sempre conforme o Código Civil, que dispõe a respeito da responsabilidade subjetiva, o Advogado será responsabilizado nos casos de existência de dolo ou culpa, de erro grave, ou de outros elementos que evidencie a má fé, a negligencia, a imprudência ou a imperícia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo. Saraiva 2007.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo; Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo Contratual**. 5 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.