

A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF

Ronny Charles Lopes de Torres*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA INVIOABILIDADE DO ADVOGADO. 3. DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. 4. ATIVIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIZAÇÃO PELO TCU. 5. POSIÇÃO DO STF. 6. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/93, notadamente no parágrafo único de seu artigo 38, estabelece que as minutas de editais de licitação, bem como as minutas dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Em relação ao Decreto-Lei nº 2.300/86, o dispositivo da Lei nº 8.666/93 inovou ao utilizar o vocábulo aprovação. Para alguns, houve então uma ampliação de conteúdo, que deve ter repercussão nos efeitos oriundos da atividade do parecerista.

Seria então possível a responsabilização, pelo Tribunal de Contas, do advogado parecerista, em razão de sua manifestação jurídica ao analisar a minuta do edital, contrato, acordo, convênios ou ajustes da Licitação?

Se por um lado parece correto que o parecerista (ou qualquer agente público) que permita ou silencie acerca de ilegalidades no procedimento e falte com o dever de apontar os vícios de legalidade existentes seja responsabilizado por tal atitude, por outro lado devem ser

ponderados a competência e os limites para tal responsabilização, além do fato de que, em alguns casos, tal providência pode cometer exageros, visto que embora possua função fiscalizatória, a assessoria jurídica não participa integralmente da construção do procedimento formal, e de forma alguma da execução contratual, momentos em que a maioria das irregularidades são gestadas.

É preciso então que tenhamos o cuidado de não exigir a infalibilidade ao advogado parecerista, de forma a estipular sua responsabilização por erros na análise da minuta editalícia ou pela omissão e deslize na verificação de irregularidades formais ocorridas.

Há vários elementos que precisam ser ponderados sobre esse tema de responsabilização pelos Tribunais de Contas.

2. DA INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO

Um deles relaciona-se à inviolabilidade do advogado.

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

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

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

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

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

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

Cometendo ilícito ou causando dano a outrem, o advogado poderá ser responsabilizado, como qualquer cidadão, pelo órgão constitucionalmente competente, que é o Poder Judiciário. Mas no exercício de sua atividade, dentro de sua autonomia para compreender o direito, mesmo que de forma diferente da pretendida pelos órgãos de controle, encontra-se inviolável.

Em relação a sua atividade e enquanto profissional, cabe apenas a responsabilização perante o órgão competente, seja o Conselho de ética da Ordem dos Advogados do Brasil, no caso do advogado "privado", seja o órgão competente de corregedoria, no caso do advogado público que possua carreira regulamentada e com órgão próprio de correição.

3. DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Outra questão que se aponta é a competência dos Tribunais de Contas para tal imputação de responsabilidades.

A Constituição Federal, notadamente em seu artigo 71, indica as competências do Tribunal de Contas da União. Naquele dispositivo, verifica-se a competência para julgar contas (inciso II) e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII).

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

Seja em relação aos administradores, demais responsáveis, ou aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, vincula-se a competência do TCU ao julgamento da prestação de contas.

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

Permitir a imputação de débitos a outras pessoas, que não aquelas estipuladas pela Constituição, significa criar competência para os Tribunais de Contas que exorbitam de suas prerrogativas constitucionais, deturpando a ordem estabelecida, no sentido de que reivindicar a ordem significa exigir que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento.^[01]

4. ATIVIDADE JURÍDICA A RESPONSABILIZAÇÃO PELO TCU

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

Pensar o contrário significa dar vazão a uma interpretação elástica que coloca como responsável pelas contas, perante o TCU, qualquer um que, por ação ou omissão, der causa a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público.

Basta uma reflexão mais aprofundada para verificarmos que tal raciocínio implicaria em absurdos. Vejamos: Um juiz singular que proferisse sentença, posteriormente reformada por Tribunal Superior, mas que houvesse causado prejuízo ao erário público, pela liberação de uma verba posteriormente tida como indevida e ilegal, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que falhou ao não verificar tal ilegalidade, permitindo ou até ordenando um pagamento posteriormente tido como ilegal, numa apreciação de contas. Um Procurador da República que, por conta de uma improcedência de ação civil pública ajuizada, levasse a União ao pagamento de altas custas sucumbenciais, poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que pela sua incorreta compreensão jurídica sobre o êxito da demanda, deu azo a prejuízos ao erário. Os próprios membros do TCU, ao aprovar contas de gestores, nas quais posteriormente fossem identificadas irregularidades por investigações de membros do *Parquet* ou da Polícia Federal, poderiam ser responsabilizados pelo próprio TCU, já que também falharam ao detectar ilegalidades, permitindo prejuízo aos cofres públicos.

A mesma situação poderia ocorrer quando membros de uma Câmara do Tribunal de Contas apresentassem entendimento posteriormente tido como equivocado pelo Plenário, ou mesmo quando aquele Tribunal mudasse suas concepções sobre determinadas contratações, exigindo rigores antes não estabelecidos, situação que é comum em qualquer Tribunal.

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

E, sinceramente, não vemos qualquer razão no argumento de que o gestor encontra-se vinculado à opinião do parecerista. O próprio TCU admite que o gestor pode se contrapor ao parecer jurídico, nesse sentido, recentemente, aquele importante Tribunal determinou à Companhia Energética de Alagoas que fizesse constar manifestação formal e fundamentada, nos casos de eventual discordância da autoridade administrativa ao parecer da área jurídica (TCU - Acórdão nº 2.446/2007 - 1ª Câmara).

Ainda no passado, o Plenário do TCU já declarara que o administrador tem obrigação de examinar a correção dos pareceres jurídicos, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração (TCU – Acórdão nº 19/2002 - Plenário).

De forma inversa, por acato ao Poder Judiciário, o gestor não pode olvidar de cumprir uma ordem judicial liminar, mesmo que discorde de sua justiça. E nem por isso parece justa a responsabilização do magistrado quando essa decisão provisória é cassada posteriormente, por acórdão que reputa como ilegal um pagamento ordenado pelo juiz singular e prontamente cumprido pelo administrador público.

Não defendemos responsabilização, pelo TCU, dos membros da Magistratura ou do Ministério Público, ao contrário, o que tentamos identificar é que a expansão indiscriminada de responsabilidades e competências estipuladas pela Constituição Federal pode subverter o equilíbrio do ordenamento jurídico e colocar em risco a harmonia entre as instituições.

Tanto advogados públicos, procuradores, juízes e promotores podem e devem ser responsabilizados nas situações em que praticarem ilícitos administrativos. Contudo, isso apenas poderá ocorrer respeitando-se os limites de competência e responsabilização dispostos pela Constituição.

No caso da advocacia, como já visto, sua atividade jurídica é inviolável, e o órgão responsável pela apuração de eventuais irregularidades no exercício dessa função será a Corregedoria própria (Ex: Corregedoria da Advocacia Geral da União) ou a Ordem dos Advogados do Brasil, quando inexistir o respectivo órgão de correição.

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

Assim, apurando o TCU a existência de aparente ato de improbidade por advogado parecerista, deveria representar o fato aos órgãos competentes, para que fossem tomadas as medidas cabíveis para apuração e determinação das responsabilidades pertinentes, perante o Poder Judiciário e órgãos de correição.

5. POSIÇÃO DO STF

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

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

Entendeu-se que a "aprovação" ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente. Como fundamento de tal diferenciação, o relator suscitou o termo aprovação, e uma eventual repercussão que essa palavra teria na atividade do parecerista.

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

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

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

Ocorre que, como corretamente ponderou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, ao notificar os vários procuradores que apresentaram manifestação nos autos administrativos do convênio analisado, o TCU fundamentou tal convocação nos termos do

art. 43, II, da Lei nº 8.443/9292 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para que aqueles apresentassem justificativas, no prazo de 15 (quinze) dias, como responsáveis, em relação a atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. Ou seja, embora não conclusivamente, o TCU já indicava uma eventual possibilidade de responsabilização dos procuradores pareceristas.

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

"Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade."

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

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que

decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.

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

Ou seja, em resumo, pela análise das duas manifestações, caberia responsabilização quando fossem suscitadas incorreções na análise jurídica da minuta do edital licitatório, contrato ou convênio, contudo, não seria possível tal imputação quando o advogado parecerista opinasse peremptoriamente pela desnecessidade de licitação, permitindo ou sugerindo a contratação direta!

Em sua recente decisão, o relator Marco Aurélio justifica a mudança em virtude de, naquela nova ocasião, os pareceristas terem "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.

Não se encontra, no texto constitucional, qualquer paralelo que admita a interpretação de que a expressão "aprovar" encerra a substituição de responsabilidades. Quando a Constituição Federal usa tal termo, em vários dispositivos, jamais sobrepõe, compartilha ou transfere responsabilidades, utiliza o vocábulo para indicar uma necessária análise do ato, por órgão diferente do responsável pela medida, conforme se verifica nos incisos IV, XIV e XVII, do artigo 49, e III, IV, e XI, do artigo 52.

Entender que a "aprovação" impõe transmissão ou compartilhamento de responsabilidades significa que, havendo, por exemplo, cometimento de crime de responsabilidade, por um prefeito, pelo atraso no repasse ao Poder Legislativo (Inc. II, § 2º,

art. 29, da CF), tal imputação seria transmitida a todos os Conselheiros do Tribunal de Contas que eventualmente "aprovassem" suas contas?

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

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

Sendo possível ao Gestor contrariar o parecer jurídico, como exigir ao parecerista não apenas a infalibilidade exigida pelo TCU, mas a responsabilidade por desvios de execução decorrentes de eventuais lacunas ou imperfeições na análise de uma minuta editalícia ou contratual?

Ademais, voltando às duas manifestações do Supremo, usadas aqui como paradigmas controversos e incompatíveis, devemos reiterar e ressaltar que a situação anterior, discutida nos autos do MS 24.073/DF, em que o STF decidiu pela impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, relacionou-se a uma autorização de contratação direta, sem licitação. Imaginar que num eventual prejuízo à legalidade, erros cometidos na apreciação do edital sejam mais relevantes que a permissiva para que a contratação se dê sem licitação, parece algo, no mínimo, esdrúxulo ou desproporcional.

Com a devida *venia*, parece pouco razoável que o advogado que, equivocadamente, opinar pela autorização de uma contratação sem licitação, não seja responsabilizado, mas possa sê-lo se cometer erro na análise e aprovação de uma minuta de edital, contrato ou convênio.

Seja opinando sobre uma consulta jurídica, ou emitindo parecer acerca de minuta de contrato ou convênio apresentada para sua análise, em ambos os casos, o advogado

parecerista apresenta um parecer opinativo, no qual avalia contornos jurídicos da situação ou do instrumento posto à sua análise.

Com correção que o Ministro Gilmar Mendes ponderou em seu voto-vista:

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

Some-se que a possibilidade de erro na análise da minuta editalícia é muito maior, pois cada instrumento contém dezenas de cláusulas que devem ter sua compatibilidade com a legislação aferida. A atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a cláusula. Nessa atuação, foge ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, como a escolha discricionária do administrador, e os elementos técnicos não jurídicos, como aspectos de engenharia de uma obra ou compatibilidade e eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração.

Sendo sua análise estritamente jurídica, permitir a imputação de multa, pelo TCU, em razão da atividade advocatícia de assessoramento jurídico, além de extrapolar a competência daquele órgão de controle externo, permite-lhe uma opinião superior e vinculante sobre qual o direito aplicável, já que, em última análise, uma eventual responsabilização do advogado ocorreria porque o Tribunal de Contas definiu que a compreensão jurídica do parecerista sobre a minuta do edital, contrato ou convênio, está errada.

Tal situação é intelectualmente escravizadora, tolhe qualquer inviolabilidade da atividade advocatícia, tolhendo a garantia constitucional prestada ao advogado de ter como

inviolável sua compreensão sobre o direito e a capacidade de defender seu entendimento, além de conspurcar, no caso da advocacia pública, suas atribuições constitucionais.

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

6. CONCLUSÃO

Parece-nos que numa eventual análise do mérito, em relação à responsabilização do advogado parecerista, uma inclinação do Supremo que permita a responsabilização pelo próprio TCU, pode criar um desequilíbrio nas atribuições corretamente estabelecidas pela Constituição Federal.

Uma vez que a decisão do STF restringiu-se à possibilidade de, pela via do *mandamus*, evitar-se a audiência junto ao Tribunal de Contas, o tema da possibilidade de responsabilização do advogado parecerista pelo TCU não foi diretamente enfrentado desta vez, de forma que um maior aprofundamento da discussão pelo Excelso Tribunal, em que seja discutido o mérito relacionado à responsabilização, permitirá uma melhor avaliação sobre o tema.

Acreditamos que essa ulterior análise permitirá uma melhor reflexão do Excelso Tribunal, com a verificação de impossibilidade de aplicação de multa ou indicação como responsáveis, pelo TCU, em detrimento dos advogados pareceristas, em função do exercício da atividade advocatícia de assessoramento jurídico da Administração.

Notas

⁰¹ Bobbio, Norberto. O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito (trad.). 2006. Ícone. Pág.230.

* Advogado da União, mestrando em Direito Econômico, pós-graduando em Direito Tributário, especialista em Ciências Jurídicas, ex-coordenador geral de Direito Administrativo da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social.

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10689>> Acesso em.: 26 nov. 2007.