

André Vilanova da Silva

**A responsabilização administrativa dos
consultores jurídicos em razão dos atos
praticados pelos gestores públicos da União**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. André Gontijo.

Brasília – DF

2009

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	6
1.1 O conceito do Estado.....	7
1.2 Da atividade administrativa.....	7
1.2.1 Dos poderes e deveres da administração	8
1.2.2 Da teoria do desvio de poder	10
1.2.3 Dos princípios administrativos	11
1.2.4 Do controle judicial do ato administrativo.	17
2 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	19
2.1 Requisitos dos atos administrativos	20
2.1.1 Da competência	21
2.1.2 Da finalidade	22
2.1.3 Da forma.....	22
2.1.4 Do motivo	23
2.1.5 Do Objeto	26
2.2 Dos atributos dos atos administrativos:.....	26
2.2.1 Presunção de Legitimidade.....	27
2.2.2 Imperatividade	28
2.2.3 Auto-Executoriedade	28
3 DO PARECER JURÍDICO	30
3.1 Conceituação e Classificação dos pareceres	30
3.2 Utilização do parecer para excluir a responsabilidade do gestor público.....	33
3.3 Da responsabilização dos Consultores Jurídicos pelos pareceres emitidos.....	34
3.3.1 Argumentos contrários à responsabilização do consultor jurídico.	35
3.3.2 Argumentos favoráveis à responsabilização do consultor jurídico.....	38
4. EFEITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.	52
4.1 Efeitos de natureza pecuniária	52
4.2 Efeitos de natureza diversa	55
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

RESUMO

A identificação das hipóteses nas quais o Tribunal de Contas da União pode responsabilizar, em âmbito administrativo, os consultores jurídicos em razão dos pareceres jurídicos que emitem para subsidiar ações de gestores públicos é um tema de grande importância para o resguardo do erário e para o trato da *res pública*. Essa responsabilização, a qual deve estar amparada em critérios específicos, decorre da necessidade de serem coibidas práticas contrárias aos princípios da legalidade, de moralidade administrativa, mediante as quais os consultores jurídicos emitem pareceres ou atestam situações notadamente contrárias ao ordenamento legal e ao entendimento jurisprudencial dominante. Para a identificação destas hipóteses foi realizado um estudo preliminar de aspectos inerentes à administração pública e aos atos administrativos. Na seqüência foi realizada uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte de Contas que tratam desse tema. Por fim, foram apresentados os tipos de sanções que podem ser impostas aos consultores jurídicos na hipótese de serem responsabilizados por suas manifestações.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Ato Administrativo. Consultor Jurídico. Tribunal de Contas da União. Parecer Jurídico. Responsabilização. Sanções administrativas.

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União, ao exercer sua competência contida no artigo 71 da Constituição Federal, relativa à fiscalização da aplicação de recursos públicos de origem federal, enfrenta uma grande dificuldade para responsabilizar os consultores jurídicos que, por meio de pareceres mal fundamentados ou mesmo feitos sob encomenda, subsidiaram decisões equivocadas de gestores públicos.

Ocorre que há gestores que, em diversos momentos, buscam afastar a possibilidade de serem responsabilizados ao se intitularem leigos em assuntos jurídicos e aos asseverarem que seus atos, embora contrários à norma regulamentar, decorreram de aval contidos nos pareceres emitidos por consultores jurídicos. Afirmam que sua responsabilidade se encerra na execução de algo dito como legal pelos pareceristas.

Os consultores jurídicos, todavia, intentam elidir o controle administrativo de suas manifestações ao suscitar que seus pareceres são atos meramente opinativos, os quais não possuem o condão de vincular os atos administrativos praticados pelos gestores públicos federais.

Tal situação, mediante a qual o gestor afirma ser leigo e o consultor jurídico assenta que apenas emite uma opinião jurídica, é bastante utilizada para que atos ilegais, antieconômicos ou contrários aos princípios da moralidade e da impessoalidade sejam praticados sem que a Corte de Contas possa alcançar aqueles que deram causa a danos ao erário, pois, em tese, se correto esse raciocínio, as falhas na gestão de recursos públicos não poderão ser atribuídas a ninguém.

Daí exsurge a seguinte pergunta: Pode o Tribunal de Contas da União responsabilizar administrativamente os consultores jurídicos em razão de suas manifestações que subsidiam os atos praticados pelos gestores públicos da União? Pensa-se, em uma análise de cognição primária, que sim.

Este trabalho foi motivado, portanto, pela busca de uma solução legal que

possibilite ao Tribunal de Contas da União responsabilizar, individualmente ou em caráter solidário, seguindo critérios bem delineados e com amparo na jurisprudência e doutrina pátrias, os mencionados consultores jurídicos quando da emissão de pareceres desarrazoados, os quais não contemplem fundamentação legal ou jurídica adequadas.

Para sua consecução, foi adotado o modelo instrumental, uma vez que visa à produção de um conhecimento teórico, mas também objetiva a resolução de um problema que perfaz o cotidiano dos órgãos de controle externo, sejam federais, sejam estaduais.

A pesquisa parte de um estudo, mesmo que sucinto, do Estado, da Administração Pública e dos princípios constitucionais e administrativos que a regem. No tocante aos administradores públicos, foram trazidos à colação conceitos inerentes ao Direito Administrativo, necessários para contextualizar os poderes e deveres dos administradores públicos e as características das manifestações exaradas pelos consultores jurídicos.

Na seqüência, tem seu momento uma análise sistemática da doutrina e da jurisprudência pátrias, mediante a qual são identificados diversos argumentos, ora contrários à responsabilização pretendida, ora favoráveis à co-responsabilização dos consultores jurídicos em razão de suas manifestações.

Destaca-se, aqui, que manifestações do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal servirão como fundamento para a análise da responsabilização dos consultores jurídicos em razão de seus pareceres.

1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Consoante dispõe Benjamin Zymler¹, a administração pública pode ser definida por meio de sentidos objetivos, também denominados orgânicos ou formais, e subjetivos, de igual modo referenciados como materiais ou funcionais.

Quanto à primeira classificação, define o administrativista que o sentido objetivo “designa a natureza da atividade exercida pelos entes administrativos”. No atinente à segunda categoria, leciona que o sentido subjetivo refere-se àqueles que exercem a atividade administrativa.

Coadunam com as referidas definições os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles², que suscita que a Administração pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo. Em sentido material, a define como o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral.

Além disso, Hely Lopes complementa que a administração pública possui também uma acepção operacional, definida como o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos.

De maneira análoga, Maria Sylvia Zanella Di Pietro promove o estudo desta administração ao interpretá-la segundo seus sentidos objetivos e subjetivos. Em relação aos primeiros, leciona:

Administração pública é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos.³

Quanto ao sentido subjetivo da Administração, Di Pietro o define como “conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício de

¹ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005, p. 20.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 55.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

função administrativa do Estado”⁴.

Muito embora os sentidos da Administração pública sejam indispensáveis para o seu correto entendimento, o seu estudo, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir, em geral, consoante alerta promovido por Hely Lopes Meireles⁵, do conceito de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.

1.1 O conceito do Estado

Embora seja de vital importância para o correto entendimento do que é a administração pública, o conceito de Estado não é uno e varia em decorrência do enfoque dado por quem o estude.

Consoante dispõe Hely Lopes, se interpretado “do ponto de vista sociológico, é comparação territorial dotada de um poder de mando originário (Jelli-nek); sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção (Maberg); sob o prisma constitucional é pessoa jurídica territorial soberana (Biscaretti di Ruffia); na conceituação do nosso Código Civil é pessoa jurídica de direito público interno (art. 14, I)”

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, de outro modo, conceitua o Estado como o ente que, por definição, encarna os interesses públicos.

1.2 Da atividade administrativa

Muito embora o conceito de administração pública não se mostre muito preciso, consoante se depreende das diversas definições apresentadas nos itens

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 50.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 25

anteriores, deve-se buscar a conceituação adequada da atividade administrativa do Estado.

Consoante salienta Hely Lopes⁷, a partir deste ponto é iniciado o estudo da administração como atividade jurídica, dando o seu conceito, natureza e fins; indicando os seus princípios básicos; assinalando os poderes e deveres do administrador público e, finalmente, comentando, mesmo que em breves linhas, o uso e o abuso de poder administrativo.

No que se refere à natureza, continua Hely Lopes⁸:

A natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação.

Em relação à finalidade da administração, o autor⁹ anota que:

Os fins da administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social.

1.2.1 Dos poderes e deveres da administração

Uma vez entendidos a natureza e os fins da administração pública, deve ser realizada uma explanação sobre os princípios que a regem, sem embargo de também serem destacados aqueles princípios inerentes ao administrador público.

Quanto a estes últimos, denominados pela doutrina como poderes e deveres do administrador público, devem ser suscitados, em caráter exordial, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, mediante os quais alerta que o

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 50. Tribunais, 1991, p. 74.

⁸ *Ibid*, p. 76.

⁹ *Ibid*, p. 77.

entendimento equivocado do direito administrativo pode dar ensejo a distorções, “pois, ao serem sublinhados os aspectos expressivos de autoridade, é possível supor que os atos administrativos são, acima de tudo, atos expressivos de poder”¹⁰.

Hely Lopes define que os “poderes e deveres do administrador público são expressos em lei, impostos pela moral administrativa e exigidos pelo interesse da coletividade”¹¹ e continua ao destacar que cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições o qual somente deve ser utilizado nestas situações sob pena de caracterizar o abuso de poder.

Além disso, quanto aos poderes do administrador público salienta:

O poder-dever de agir da autoridade pública hoje é reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo.¹²

Em reforço, Benjamin Zymler ministra que “o poder público deve ser exercido, na função pública, de modo a alcançar certa finalidade estampada na lei, ou seja, tem caráter meramente instrumental direcionado ao atingimento do interesse da coletividade”¹³.

Por fim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que os poderes administrativos devem ser entendidos do seguinte modo:

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 39.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 84.

¹² *ibid*, p. 85.

¹³ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005, p. 87.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se resulta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.¹⁴

1.2.2 Da teoria do desvio de poder

Uma vez definidos os poderes do administrador público, bem como seus deveres, deve ser objeto desta análise, também, a noção do abuso de poder.

Segundo Hely Lopes¹⁵, o abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar determinado ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

Todavia, não é qualquer não-observância aos limites de suas atribuições que pode ser caracterizada como abuso de poder, dado que este, consoante dispõe Benjamin Zymler¹⁶, não se confunde com a incompetência formal, isto é, nesta o agente não dispõe de poderes para dispor sobre a questão versada. Naquela, ao contrário, o agente age, pelo menos ao princípio, dentro de sua esfera de competência.

Ilustra o autor:

Quando o agente agride grosseiramente o padrão legal, por favoritismo ou defendendo o interesse alheio, a questão pode ser colocada no plano de mero controle da legalidade material (ilegalidade do objeto). No entanto, quando o agente age disfarçadamente, de modo soez, dissimulando sua conduta, estar-se-á no campo do vício do desvio de finalidade. Nessas hipóteses, deve o Judiciário agir com desassombro, de forma a perscrutar os indícios deixados.

É cediço, igualmente, que este abuso pode decorrer de uma conduta comissiva, a qual se entende como regra geral, ou omissiva, como bem observou

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 62.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 90.

¹⁶ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005, p. 88.

Caio Tácito:

A inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço a que está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva do abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposos.

Ademais, deve ser destacado que, em regra, o vício em comento deriva de dolo do autor, segundo dispõe Benjamin Zymler:

Em regra, o desvio de poder deriva de dolo, ou seja, de uma intenção defeituosa animada por propósitos subalternos e mesquinhos. Pode nascer, também, de uma falsa concepção de interesse público, que induz o agente, conscientemente, a insurgir-se contra o esquema de garantias do administrado ou a criar obstáculos à defesa do administrado. Em suma, quando pretende sobrepor seu juízo pessoal ao juízo legislativo.¹⁷

Quanto à distinção sobre a significação dos termos excesso de poder, abuso de poder e desvio de finalidade, comumente utilizados sem critérios adequados, devem ser trazidos a relevo os comentários de Benjamin Zymler que proclama que “normalmente os autores tendem a considerar o excesso de poder e o desvio de poder como espécies do gênero abuso de poder”¹⁸.

No que atine às classificações referentes ao tema, Hely Lopes¹⁹ inicia suas lições ao destacar que a espécie abuso de poder ou abuso de autoridade se divide em duas bem caracterizadas: o excesso de poder e o desvio de finalidade.

Diógenes Gasparini, de outro modo, propõe uma classificação na qual um ato ilegal, de modo parcial, é caracterizado excesso de poder, um ato totalmente ilegal é o desvio de finalidade e, por fim, a execução de um ato irregular é o abuso de poder.

1.2.3 Dos princípios administrativos

Ao serem iniciados os estudos relativos aos princípios administrativos,

¹⁷ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005, p. 89.

¹⁸ *Ibid*, p. 89.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 91.

verifica-se que a doutrina, quase em uníssono, fomenta a teoria de que os princípios básicos decorrentes do ordenamento positivo do Direito Administrativo são a supremacia do interesse público e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.

Não significa, todavia, que estes princípios possuam valores absolutos, pois, segundo preconiza Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, seus valores não são imutáveis, intrínsecos e perenes, mas decorrem de uma qualificação dada pelo ordenamento jurídico que vige.

No que atine especificamente à supremacia do interesse público, continua o autor ao destacar:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.²¹

E complementa ao suscitar:

Como expressão dessa supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los.²²

Quanto à indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos, assenta:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 87.

²¹ *Ibid.* p. 87.

²² *Ibid.* p. 87.

disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Benjamin Zymler²³ acresce que a Administração é meramente instrumental, tutela os interesses públicos conferidos à sua guarda e realização. Ressalta que, em decorrência deste princípio, deve a administração submeter-se a outros princípios, relativos à legalidade, à continuidade do serviço público, ao controle administrativo, à isonomia dos administrados, à publicidade, à inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, ao controle jurisdicional dos atos administrativos e, por fim, à hierarquia.

Não obstante a classificação destacada pelos mencionados autores, Hely Lopes Meireles²⁴, de modo mais restritivo, sintético, destaca que o administrador está vinculado a quatro regras de observância permanente e obrigatórias: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade.

É claro que o Administrador público não está vinculado apenas aos princípios decorrentes do direito administrativo, mas também a outros princípios que são erigidos de nossa carta magna.

Benjamin Zymler, em sua multicitada obra, destaca quais os princípios devem observadas pelo administrador público, *in verbis*:

A constituição federal, em seu artigo 37, *capuz*, elencou cinco princípios a que deve obedecer a Administração pública direta e indireta, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.²⁵

Em complemento, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶ traz à colação quatorze princípios os quais denomina Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro.

São eles o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse

²³ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005, p. 89.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 77.

²⁵ ZYMLER, Benjamin. *Op.cit.* p. 32.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 86.

privado, o princípio da legalidade, o princípio da finalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da motivação, o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, o princípio da moralidade administrativa, o princípio do controle judicial dos atos administrativos, o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos administrativos, o princípio da eficiência e, por fim, o princípio da segurança jurídica.

Destes princípios, em razão de sua maior vinculação ao tema que é objeto deste trabalho acadêmico, julga-se oportuno avultar o princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa, o princípio da motivação e o princípio do controle judicial dos atos administrativos.

1.2.3.1 O princípio da Legalidade:

Segundo Hely Lopes²⁷, a legalidade, como princípio da administração, esta em toda a sua atividade funcional, sujeita aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar, desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Continua ao assentar que na Administração pública não há liberdade nem vontade pessoal, eis que a ela só é permitido fazer aquilo que a lei a autoriza, nada obstante o particular possa fazer tudo aquilo que a lei não o proíba.

Complementam os aspectos acima os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que registra:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a racial subversão do anterior esquema de poder assentado na relação de sobrano-súdito (submisso).²⁸

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 78.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 90.

1.2.3.2 O princípio da moralidade administrativa:

Consoante dispõe Celso Antônio Bandeira de Melo²⁹, o princípio da moralidade administrativa está adstrito à conformidade da atuação da Administração pública e de seus agentes com os princípios éticos vigentes.

Continua o autor ao descrever que se compreendem no seu âmbito os chamados princípios da boa-fé e o da lealdade, que determinam que a administração deverá proceder em relação aos seus administrados com “sinceridade e lhanhesa, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”.

Ainda no que atine à moralidade, é de relevo a lição de Hely Lopes Meireles³⁰ que, ao citar Hauriou, registra que não se trata da moral comum, mas de moral jurídica, que deve ser entendida como um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, de forma que o agente administrativo deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta.

1.2.3.3 O princípio da motivação

Segundo nos ensina Celso Antônio Bandeira de Melo³¹, o princípio da motivação implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para ferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 25.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 79.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op.cit.* p. 102.

Acresce o autor:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para a interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídica em causa, é imperiosa a motivação detalhada.

Quanto à finalidade prática deste princípio, continua ao suscitar que se a motivação não estivesse presente, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial e administrativo das condutas administrativas com os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam conhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios.

Ainda quanto à motivação, Hely Lopes Meireles assenta que é por ela que o “administrador justifica sua ação administrativa, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam a sua prática”³².

Na seqüência, citando Antônio Carlos de Araújo Cintra, assenta que “a motivação dos atos administrativos se vem impondo dia a dia, como uma exigência do direito público e da legalidade governamental”³³. Registra:

Pela motivação, o administrador público justifica a sua ação administrativa, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam a sua prática. Claro está que, nos atos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato como interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa.

Nos atos vinculados ou regrados, e especialmente nos que importem atividade de jurisdição (decisões administrativas), mais se acentua o dever de motivar, porque, em tais casos, a ação administrativa está bitolada estreitamente pela lei ou pelo regulamento, impondo ao administrador a obrigação de demonstrar a conformação de sua atividade com os pressupostos de direito e de fato que condicionam a eficácia e validade do

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 175.

³³ *Ibid.* p. 174.

ato.³⁴

Quanto ao tema, José Cretella Júnior dispõe que esse princípio constitui moderna tendência dos países democráticos. Complementa ao destacar que:

Motivar o ato é dar-lhe os motivos. Motivação é a justificativa do pronunciamento tomado. Em direito, ato motivado é aquele cuja parte dispositiva ou resolutive é precedida de exposição de razões ou fundamentos, que justificam a decisão, quanto aos efeitos jurídicos.³⁵

1.2.4 Do controle judicial do ato administrativo.

Quanto ao controle judicial dos atos administrativos, insta destacar, *a priori*, que este princípio está adstrito ao presente trabalho não em decorrência da tutela jurisdicional, mas precipuamente em decorrência do controle dos atos administrativos, ponto fulcral para que, se possível, seja promovida a responsabilização dos consultores jurídicos em decorrência dos pareceres por eles emitidos.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶, no que atine a este tópico, ampara-se no fato de que no Direito Brasileiro, ao contrário do que ocorre nos países europeus, há unidade de jurisdição, ou seja, só ao poder judiciário cabe resolver definitivamente sobre qualquer litígio de direito, pois detém a universalidade de jurisdição.

Cretella Júnior, ao que atine ao controle dos atos administrativos, consignou que este pode se dar de duas formas a depender do interesse da administração. No que atine à primeira, registrou:

Quando a atividade do agente da administração lesa interesse, cabe ao prejudicado a iniciativa de impugná-la, na via administrativa, fundamentando-se em motivos diversos, tais como equidade, a justiça, a razoabilidade, ou qualquer outra razão. Se a pretensão do interessado

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 175.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 218.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 110.

coincide com a da administração, poderá esta atendê-lo, quer imediatamente, deferindo-lhe a solicitação, quer, mais tarde, ao despachar pedido de reconsideração, quer ainda concordando com o interesse pleiteado em recursos administrativos hierárquicos, próprios ou impróprios.³⁷

Quanto à segunda fórmula de controle dos atos administrativos, a judicial, escreveu:

Entretanto, quando o ato administrativo se reveste de ilegalidade ou de abuso de poder, a lesão atinge direito – não interesse, apenas -, ocasionando dano ao destinatário atingido pela medida, o que lhe possibilita provocar o acionamento de todos os meios que o Estado de Direito lhe põe nas mãos, a saber, os recursos hierárquicos na “esfera administrativa”, os remédios processuais comuns e especiais (ou extraordinários), na “via judicial”. Nesta última, o controle jurisdicional do ato da Administração resolverá, em definitivo a pendência, dano razão ao interessado ou ao poder público.

Também sobre o essa espécie de controle, João Batista Gomes Moreira ressalta que deverá ser levado em conta que as sanções por improbidade administrativa são “irmãs-gêmeas das sanções penais, exigindo-se interpretação estrita dos tipos abertos que são previstos pela respectiva lei, por imposição tanto do princípio da segurança jurídica quanto do princípio da ampla defesa.”³⁸

Continua o magistrado ao retratar a existência de outros tipos de controle no âmbito da administração pública, a exemplo do controle externo, realizado, com sede constitucional, pelo Tribunal de Contas da União nas unidades que lhes são jurisdicionadas.

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 20.

³⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 414.

2 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Para a adequada consecução do objetivo deste trabalho, a verificação de quais situações os consultores jurídicos podem ser responsabilizados pelos pareceres jurídicos que subsidiaram decisões equivocadas dos gestores públicos da União, faz-se necessária, também, uma análise da teoria dos atos administrativos e, principalmente, da espécie relativa aos pareceres.

Todavia, antes serem apresentados conceitos relativos ao ato administrativo, insta destacar eles não devem ser confundidos com os atos de administração³⁹, posto que a Administração pratica diversos atos que não devem ser considerados como atos administrativos, a exemplo daqueles que estão no campo de direito privado.

Embora o termo ato administrativo tenha sido utilizado em muitas passagens deste trabalho, é tempo de defini-lo. Celso Antônio Bandeira de Mello o conceitua da seguinte maneira:

O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos.⁴⁰

De forma mais didática, e, a nosso ver, mais aceita frente à doutrina majoritária pátria, ato administrativo, conforme definição aposta por Hely Lopes Meireles⁴¹, é toda a manifestação unilateral de vontade da administração que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

José Cretella Júnior, ao apresentar um dos conceitos possíveis para atos administrativos, registra, também, sua diferença para os atos de administração, a seguir:

³⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, volume I, p. 412

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 339.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 175.

Assim, ato da administração é toda atividade, jurídica ou não jurídica, que tem nascimento a partir da administração pública. Ao ato jurídico da administração, que concretiza ou titulariza interesses públicos, damos o nome de ato administrativo ao ato não-jurídico, praticado pelo agente administrativo, damos o nome de ato de administração e fato administrativo.⁴²

Apresentados alguns conceitos de ato administrativo, passa-se, na seqüência, à apresentação de seus requisitos.

2.1 Requisitos dos atos administrativos

Hely Lopes Meireles⁴³ destaca que o exame do ato administrativo revela, com nitidez, a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, os quais constituem a sua infra-estrutura, seja ele simples ou complexo, vinculado ou discricionário, de império ou gestão. São eles a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

Corroborando a explanação anterior Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴, nada obstante destaque que, por algumas vezes, não há concordância total entre os autores brasileiros sobre o número de requisitos que integram os atos administrativos.

De fato, os referenciados requisitos encontram reconhecimento inclusive na legislação pátria, que, por intermédio do art. 2º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, denominada Lei de Ação Popular⁴⁵, aponta os casos de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio, *in verbis*:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;

⁴² CRETELLA JUNIOR, José. *Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 412.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 127.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004, p. 357.

⁴⁵ Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. DOU de 8.4.1974.

e) desvio de finalidade.

Uma vez enumerados os requisitos que integram os atos administrativos, inicia-se à análise pontual destes.

2.1.1 Da competência

No que atine à competência, o Hely Lopes destaca⁴⁶ que ela é entendida como o poder atribuído ao agente da Administração, resultante de lei e por ela delimitada, para o desempenho específico de suas funções.

Complementa ao destacar que a competência administrativa, em decorrência de ser um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável ela vontade dos interessados, sem prejuízo de poder ser delegada ou avocada, desde que o permitam as normas que regulam a Administração pública.

Toshio Mukai, ainda sobre este requisito, pondera:

É a medida de poder dada pela Constituição ou pela lei ao agente público para a prática de certos atos. É famosa, nesse sentido, a expressão clássica de Caio Tácito: “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma do direito”.⁴⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁸, em entendimento diverso daquele apresentado pelo referenciados doutrinadores, não considera como elemento do ato a competência, mas o sujeito, ressaltando ainda que este deve ser capaz e competente para praticar ato administrativo.

E continua ao elucidar que a capacidade diz respeito a qualquer ato jurídico, estando inclusive prevista como requisito de validade deste na esfera do direito civil. Salaria que na seara do direito administrativo, não basta que o sujeito seja capaz, mas é necessário que este possua competência legal para a prática do ato.

⁴⁶ MEILELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 127.

⁴⁷ MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 210.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 196.

Por fim, define a competência como o “como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo” e registra que, como consequência de sua necessidade de estar prevista na lei, sempre será elemento vinculado do ato administrativo.

2.1.2 Da finalidade

O segundo requisito necessário ao ato administrativo é a finalidade, o qual pode ser interpretado como o objetivo de interesse público a atingir.

Hely Lopes⁴⁹, no que se refere a este tópico, citando Caio Tácito, destaca que é o elemento vinculado de todo o ato administrativo – discricionário ou regrado - em decorrência de o direito positivo não admitir ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Acresce:

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a incada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculada integralmente à vontade legislativa.⁵⁰

Sobre o tema, registra Eduardo Garcia de Enterría que “os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade.”⁵¹

2.1.3 Da forma

Quanto à forma, Hely Lopes a considera como o revestimento exteriorizador do ato administrativo, sendo vinculado e imprescindível para a sua validade.

Na mesma linha, Odete Medauar considera que a forma “engloba tanto os

⁴⁹ MEILLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 128.

⁵⁰ *Ibid*, p. 129.

⁵¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 358.

modos de expressar a decisão em si, quanto à comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo”⁵².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que tanto pode ser tomada numa acepção mais restrita, designando o modo pelo qual se dá a exteriorização do ato, como também numa acepção ampla, abrangente, incluindo no conceito não só a maneira como o ato se exterioriza, mas também “todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade”⁵³.

Deve ser destacado que a forma do ato administrativo, não obstante deva observar o disposto nas normas, em razão de sua vinculação, não é fixa e, no silêncio das normas, pode variar. Cita-se, para ilustrar, excerto da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata do Processo Administrativo no âmbito da Administração pública Federal, *in verbis*:

Art. 22 Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

2.1.4 Do motivo

O motivo, ou causa, segundo Hely Lopes⁵⁴, é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

Odete Medauar o conceitua motivo como “circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem à edição do ato administrativo”⁵⁵.

Deve, consoante disposto na legislação, ser apresentação em algumas situações, nada obstante seja, em outras, despiciendo.

⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 167

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 200.

⁵⁴ MEILELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 130.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Op.cit*, p. 167.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁶ defende a necessidade de motivação não só dos atos administrativos vinculados como também os discricionários, por entender que esta constitui garantia de legalidade à Administração pública e aos interessados.

De igual modo, Odete Medauar traz a relevo a crescente tendência de que venha a se exigir a motivação de todos os atos administrativos, veja-se:

Durante muito tempo, vigorou no direito administrativo a regra da não obrigatoriedade de enunciar os motivos do ato, salvo imposição explícita na norma. A partir de meados dos anos 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância da exigência de motivação dos atos administrativos, principalmente daqueles que: restringem o exercício de direitos e atividades; apliquem sanção; imponham sujeições; anulem ou revoguem uma decisão; recusem vantagem ou benefício qualificado como direito; expressem resultado de concursos públicos.⁵⁷

Celso Antonio Bandeira de Mello, em análise que coaduna com a preocupação apresentada por Di Pietro e Odete Medauar, assenta:

O ilustre professor e Desembargador Antônio Carlos de Araújo Cintra, em monografia excelente, de indispensável leitura, resenha as distintas orientações e registra a tendência universal, na doutrina e jurisprudência, em prol do “alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos”. O mesmo faz, em relação ao Direito Positivo e à jurisprudência, Florivaldo Dutra de Araújo, cuja monografia merece, igualmente, os melhores encômios.

De todo modo, é certo que alguns - perfilhando a tese mais retrógrada - consideram obrigatória a motivação apenas quando a lei a imponha, outros, inversamente, entendem que a motivação é sempre obrigatória, finalmente, outros fazem-na depender da natureza do ato, quer a lei haja exigido explicitamente sua enunciação, que haja silenciado a respeito.⁵⁸

Destaca-se, por derradeiro, jurisprudência no sentido de que os atos discricionários também devem ser motivados, *verbi gratia* o disposto no RMS 12856/PB, 5ª Turma do STJ, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, e no RMS 15459/MG, 6ª Turma do STJ, de relatoria do Min. Paulo Medina, no que interessa,

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 201.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 167.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 366.

abaixo transcrita:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES –RECURSO PROVIDO.

I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes.

II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual n. 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão “fundamentada em razão do interesse do serviço” nele contida.

III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.

IV - Recurso provido. (STJ, Relator MM. Gilson Dipp, RMS 12856/PB, 5a Turma, DJ 01 jul. 2004, p. 214)

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO –RECURSO PROVIDO.

1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.

Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.

O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência “ex officio”, para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria

submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Recurso provido. (STJ, Relator Min. Paulo Medina, RMS 15459/MG, 6a Turma, DJ 16 mai. 2005 p. 417)

2.1.5 Do Objeto

Por fim, o último requisito dos atos administrativos, segundo a classificação por nós adotada, é o objeto, que, nos dizeres de Hely Lopes Meireles, “identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta o seu poder, e a sua vontade, ou atesta simplesmente situações pré-existentes”⁵⁹.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o objeto, o qual prefere denominar conteúdo, seguindo lições de Zanobini, é “a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência”⁶⁰.

Continua ao registrar que o conteúdo deve, necessariamente, ser lícito, sob pena de torná-lo inválido, ensejando sua decretação de nulidade.

Enumerados e explanados os requisitos dos atos administrativos, em nível de detalhamento suficiente para contribuir para a classificação e análise dos pareceres jurídicos, tem-se como necessária, também, uma explanação sobre os atributos dos atos administrativos.

2.2 Dos atributos dos atos administrativos:

Os atributos dos atos administrativos podem ser interpretados, consoante lição de Toshio Mukai, como os caracteres que “os diferenciam dos atos jurídicos de direito privado, dada condição de serem veículos de manifestação da vontade da administração pública”⁶¹.

⁵⁹ MEILELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 131.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p 360.

⁶¹ MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 212.

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que os atos administrativos possuem atributos típicos, inexistentes nos atos administrativos. Destaca que enquanto alguns deles acompanham quaisquer atos administrativos, outros existem apenas nos casos em que o Poder Público expede atos que condicionam, restringem, a situação jurídica dos administrados ou, de todo o modo, visam a se propor como impositivos para eles. Complementa ao dizer que “certos atributos, evidentemente, não comparecem nos chamados atos 'ampliativos', em que o Poder Público simplesmente defere aos administrados a fruição de algo que lhes amplia a esfera jurídica e em geral atende ao que foi pretendido pelos administrados (concessões, licenças, autorizações, permissões, outorgas de prêmios etc.).⁶²

São de destaque, dentre os referenciados atributos dos atos administrativos, segundo classificação apresentada por Hely Lopes⁶³, a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade.

2.2.1 Presunção de Legitimidade

Quanto à presunção de legitimidade, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁴ explana que esta é a qualidade que reveste os atos administrativos, que se presumem verdadeiros e conformes ao Direito, até que porventura seja emitida prova em contrário. Destaca que milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade.

Hely Lopes complementa:

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos. Mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à inviabilidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de mandado de segurança, ou de ação popular, em que se conceda a suspensão liminar,

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 383.

⁶³ MEILELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 134.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op.cit*, p. 383.

até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado.⁶⁵

Diógenes Gasparini, na mesma linha, ressalta:

Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Com efeito, se a Administração pública só pode agir ou atuar se, como e quando a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade de seus atos, isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito.

Não se infira dessa afirmação que os atos administrativos são sempre legais. Na realidade, embora não devessem, é certo que muitos desses atos são ilegais, conforme a prática tem demonstrado.⁶⁶

2.2.2 Imperatividade

A imperatividade, conforme lição de Toshio Mukai, “significa que o ato administrativo deve ser coercitivo para que seja executado; mas nem todos os atos são coercitivos”⁶⁷.

É de relevo destacar que este atributo, consoante ensinamentos de Hely Lopes Meireles⁶⁸, não está presente em todos os atos administrativos, visto que alguns deles, a exemplo dos enunciativos ou negociais, o dispensam por ser desnecessário à sua inoperatividade.

2.2.3 Auto-Executoriedade

Por fim, quanto à auto-executoriedade, tem-se que esta, na lição de Toshio Mukai⁶⁹, consiste na possibilidade de a administração executar determinados atos sem que seja necessária autorização judicial.

Hely Lopes⁷⁰, citando Seabra Fagundes, destaca que tal processo

⁶⁵ MEILELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 135.

⁶⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

⁶⁷ MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 212.

⁶⁸ MEILELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 137.

⁶⁹ MUKAY, Toshio. *op. cit.*, p. 213.

⁷⁰ MEILELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 138.

executório tem cabimento apenas nas situações nas quais estão presentes a necessidade premente da obtenção do fato ou da coisa pela administração, que atua por utilizando-se dos chamados “meios diretos de coerção administrativa”, de modo a tornar possível obter, por coação absoluta, a própria prestação exigida do administrador, ou, na sua impossibilidade, outra equivalente.

3 DO PARECER JURÍDICO

3.1 Conceituação e Classificação dos pareceres

Segundo Carlos Pinto Coelho Motta⁷¹, parecer jurídico é a peça processual que corporifica e veicula a opinião técnica do advogado acerca da fenomenologia administrativa tal com é apresentada à sua percepção, acervo técnico e experiência.

Deve, ainda sob a ótica do referenciado autor⁷², ser uma visão intencional de uma determinada consciência informada, condicionada pela observação e pelos métodos de informação e de descoberta que foram empregados. Há, por conseguinte, que se alcançar o máximo de objetividade possível arrimando-se em razão jurídica.

Devido à escassez de definições relativas ao parecer, mostra-se adequada, como paradigma ao parecer emitido na esfera federal, a conceituação contida no Manual de Redação do Governo do Estado de Goiás⁷³, segundo a qual o parecer possui as seguintes características:

De efeito externo ou interno ou ambos, ato processual de caráter opinativo e fundamentado, exarado com base na constatação de fatos e na análise técnica, administrativa ou jurídica, com a indicação de solução, favorável ou contrária, segundo as argumentações apresentadas pelo parecerista, devendo conter, no mínimo:

- assunto ou ementa

- relatório das peças processuais e resumo do pedido

⁷¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 1, n. 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 2369-2370.

⁷² *ibid*, p. 2375.

⁷³ *Manual de Redação do Governo do Estado de Goiás / Governo do Estado de Goiás*, Gabinete Civil, Agência Goiana de Administração e Negócios Públicos. — Goiânia: AGANP, 2005. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_322_manual_redacao_oficial.doc> Acesso em 15/4/2009.

- legislação aplicável
- fundamentação e argumentação do autor do parecer
- proposta de solução

Quanto ao parecer que é objeto do presente trabalho, deve-se ser clara sua distinção das peças emitidas pelos procuradores ou advogados de uma parte, consoante lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

[...] é prudente fazer uma diferenciação entre a atividade consultiva do parecerista e o trabalho do procurador ou advogado de uma parte. Este é necessariamente parcial, pois tem o dever de defender seu cliente, expondo com o maior vigor possível os argumentos favoráveis ao seu constituinte, dentro dos limites da ética e do bom senso. O consultor terá um compromisso fundamental com a ordem jurídica, com a verdade científica e com a justiça; cumpridos esses compromissos, pode expor os elementos que o levaram a formar sua convicção.⁷⁴

Segundo artigo publicado no sítio Lições de Direito, fundamentado nas lições de José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, “Os pareceres administrativos são manifestações unilaterais emitidas por órgãos técnicos, denominados consultivos, quando solicitados, jamais *ex officio*, sobre assuntos submetidos à sua consideração”⁷⁵.

Quanto à classificação dos pareceres, tema de grande relevo para o objeto do presente trabalho, verifica-se que a jurisprudência pátria não é uníssona ao classificá-los, pois alguns os consideram como atos administrativos, e outros não.

Ocorre que para serem responsabilizados os pareceristas, consoante será demonstrado na seqüência, devem ser interpretadas suas manifestações como atos administrativos, os quais devem conter, ao menos em parte, os requisitos e atributos percorridos neste trabalho.

Toshio Mukai⁷⁶, ao enumerar as espécies de atos administrativos, classifica

⁷⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 142.

⁷⁵ Disponível em <http://www.licoesdedireito.kit.net/administrativo/adm-atos.html>.

⁷⁶ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

os pareceres como atos enunciativos, por meio dos quais a “administração apenas certifica ou atesta uma situação, um fato ou emite uma opinião”.

Há, todavia, quem defenda que este ato sequer possua os caracteres dos atos administrativos, pois, em síntese, entendem que este ato é tão-somente uma opinião, que não cria ou extingue direitos.

É nesse sentido a lição de José dos Santos, a seguir:

Sendo juízo de valor do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem poder decisório, que pode ou não adotar a mesma opinião. Sublinhe-se, por oportuno, que o agente a quem incumbe opinar não tem poder decisório sobre a matéria que lhe é submetida, visto que coisas diversas são opinar e decidir.⁷⁷

De igual modo se manifesta Carlos Pinto Coelho Motta⁷⁸, ao registrar que o parecer jurídico não constitui, em si, um ato administrativo. Segundo entende, representa uma peça meramente opinatória especializada, tecnicamente cautelar, que pode e deve ser agregada ao ato, como elemento de sua fundamentação.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, no âmbito do Processo 0768.09705/75, manifestou o seguinte entendimento, *in verbis*:

Ato administrativo - Parecer - Certidão.

O pedido de certidão de parecer para ser atendido deve indicar o ato administrativo que tenha acolhido, em sua motivação ou conclusão

Ensina Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 2. ed., p. 200)

“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já

⁷⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 132.

⁷⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Fórum Administrativo — Direito Público — FA*. Ano 1, n. 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 2372.

então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.”⁷⁹

O Tribunal Federal de Recursos, em manifestação de longa data, suscitou que o “Parecer, por não ter força vinculante, dado seu caráter meramente opinativo, não é ato administrativo”⁸⁰.

Coloca-se em posição de destaque a manifestação do Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa que, em voto-vista exarado no âmbito do MS 24.584/DF⁸¹, contemplou as lições do mestre administrativista René Chapus, e destacou nuances relevantes para o enquadramento jurídico dos pareceres, fixando sua análise na obrigação que a lei impõe ou não de proceder à consulta antes de praticar um ato administrativo.

Nesse sentido, foi consignado que a consulta promovida pelo gestor público pode ser facultativa, de modo que a autoridade administrativa não se vincula ao parecer; obrigatória, de forma que a autoridade fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, podendo, porém, desde que motivado, decidir de outra forma; e, por fim, vinculante ou conforme (*décider sur avis conforme*), de modo que a autoridade deverá observar apenas o disposto no parecer.

3.2 Utilização do parecer para excluir a responsabilidade do gestor público.

O parecer jurídico, conforme se antecipou ao tempo da introdução do presente trabalho, tem sido suscitado como excludente da responsabilidade de autoridades administrativas que tenham tomado suas decisões amparadas em pareceres jurídicos.

Há doutrinadores, inclusive, que hoje encampam a tese de que as

⁷⁹ Ministério da Fazenda, Processo n. 0768.09705/75, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 3. abr, 1975.

⁸⁰ Tribunal Federal de Recursos, Apelação em Mandado de Segurança n. 88749/RS, RIP 31397 86.

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. MS n. 24.584-1/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 20/6/2008.

autoridades administrativas nunca devem ser responsabilizadas se amparadas por pareceres jurídicos. Assim se manifesta Márcio Camarrossano:

Portanto, se determinada autoridade administrativa decide por expedir este ou aquele ato, celebrar este ou aquele contrato, baseando-se em parecer jurídico que solicita, emitido por profissional do próprio quadro de servidores ou a ele estranho, e desde que o parecer que se lhe apresenta esteja redigido em termos tais que lhe possa inspirar confiança, considerando-o com a prudência que é de se esperar do bom administrador, esse mesmo administrador não poderá ser responsabilizado se porventura sua decisão vier a ser anulada pelo Judiciário ou considerada ilegal pelo Tribunal de Contas. Não se pode esquecer de que responsabilidade pessoal do administrador público só há se tiver agido com dolo ou culpa. Decide-se com base em parecer do qual, de acordo com seu prudente critério, e em face do que consta do processo administrativo em que tenha sido juntado, não tem por que desconfiar, mesmo porque aparentemente bem fundamentado e com conclusões plausíveis, não pode ser punido⁸².

O TCU, no que atine à exclusão da responsabilidade dos gestores que acompanham pareceres prévios emitidos pelos seus órgãos consultivos, hoje entende que essa excludente de responsabilidade somente será aplicável se o parecer contiver adequada motivação ou fundamentação, apreciada ao tempo do exame dos casos concretos. Cite-se, nesse sentido, o Acórdão n. 994/2006 — Plenário.

3.3 Da responsabilização dos Consultores Jurídicos pelos pareceres emitidos.

Em relação à responsabilização dos Consultores Jurídicos pelos pareceres emitidos, identificou-se doutrina e jurisprudência que ora defendem a responsabilização dos Consultores Jurídicos pelas peças produzidas e, em sentido diametralmente oposto, que abraçam a tese de que os pareceristas são absolutamente intocáveis pelas peças que produzem.

A seguir será iniciado o exame dos argumentos apresentados por aqueles que defendem a não-responsabilização dos consultores jurídicos. Posteriormente

⁸² CAMARROSSANO, Márcio. *Da Responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, 1997, p. 229.

terão vez os argumentos apresentados com vistas à responsabilização.

3.3.1 Argumentos contrários à responsabilização do consultor jurídico.

Conforme será demonstrado, é de relevo o entendimento de que os pareceres, quando emitidos em sede meramente opinativa, não possuem o condão de vincular as ações dos gestores públicos, motivo pelo qual se torna, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, temerária a responsabilização dos consultores jurídicos.

Sobre esta tese, é mister trazer ao estudo parte do contido no Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF⁸³, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o profissional da advocacia, quando no exercício da função de assessor / consultor jurídico, não é responsável pelo ato administrativo praticado pelo gestor público, ainda que se leve em conta parecer por ele emitido.

À época, o Ministro Relator valeu-se do juízo de que as manifestações do consultor jurídico são atos meramente opinativos, que não vinculam a autoridade administrativa. Registrou:

A questão a ser dirimida, portanto, é esta: poderia o TCU responsabilizar, solidariamente com o administrador, o advogado que, chamado a opinar, emitiu parecer técnico-jurídico sobre a questão a ser decidida, no caso, pela contratação direta pela estatal, de determinada empresa de consultoria internacional. Examinemos a questão. **O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão**, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei.

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto. [sem grifos no original]

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. MS n. 24.073/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 6/11/2002. DJ de 31/10/2003.

Tal interpretação encontra guarida em parte da doutrina que entende ser despiciendo consignar no parecer todas as posições divergentes sobre determinado assunto. Nesse sentido leciona Carlos Pinto Coelho Motta:

Não cabe pois ao interprete julgar a motivação do parecer – tarefa essa extremamente subjetiva -, mas apenas verificar a ocorrência de intenção deliberada da prática delituosa de prejudicar, ou a ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência, atos estes que são expressão indicativa do dolo ou culpa a que se referem os dispositivos mencionados e que devem ser apuradas, certamente, mediante o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).⁸⁴

Na mesma linha do entendimento apresentado por Carlos Motta, tem-se a lição de Maria Sylvia Di Pietro:

Normalmente se afirma que os pareceres jurídicos são de natureza opinativa, não obrigando a autoridade administrativa a acatar as suas conclusões; se ela discordar, poderá adotar decisão diversa, desde que adequadamente fundamentada.

No entanto, normalmente, o que ocorre é que as autoridades, quando solicitam o parecer, decidem com base nele, já que é proferido por profissional da área jurídica, que se presume habilitado para o exercício desse mister. Nesses casos, o parecer, ainda que não mencionado expressamente no ato decisório, constitui sua própria motivação, constante do processo de licitação; ele integra o ato administrativo, como requisito formal hoje considerado essencial à validade do ato pela doutrina mais autorizada.

[...]

Há de se atentar, no entanto, para o fato de que as leis, muitas vezes, admitem interpretações diversas; não se pode concluir, em grande parte dos casos, que um ato acarrete responsabilidade só porque a interpretação adotada pelo Tribunal de Contas é diferente daquela adotada pelo advogado que proferiu o parecer. Tudo depende do exame de cada caso. Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem, por consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.⁸⁵

⁸⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 332.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo:

Mauro Gomes de Mattos⁸⁶, defendendo a livre opinião do parecerista, leciona que o consultor jurídico não pode ser alçado à condição público quando emana um pensamento jurídico razoável, construído em fatos reais e como o devido e necessário embasamento legal. Complementa ao ressaltar que “não é qualquer ato que dá azo à responsabilidade do Consultor Jurídico (advogado), pois é preciso tratar-se de erro grave, onde seja caracterizada a falha grosseira, com culpa. No caso da improbidade, somente a caracterização do dolo”.

Outro argumento apresentado pelo Exmo. Ministro Carlos Velloso, à época do referenciado julgado, perpassa pela inviolabilidade do advogado no que tange ao seu exercício profissional, *in verbis*:

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita 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 que cometeu erro grave, inescusável.

De resto, caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenar as infrações cometidas por advogado, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo ao seu constituinte (Lei n. 8.906/1994, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto à prática de erro que evidencie inépcia profissional.

É de relevo ressaltar que o eminente ministro não inovou ao atribuir aos advogados imunidade material, posto que, consoante registro promovido pelo Ministro Maurício Corrêa, o STF já a havia atribuído aos advogados pareceristas em momento diverso, *in verbis*:

No inquérito 1674, julgando no Pleno em 06.09.01 – Relator originário o eminente Ministro Ilmar Galvão e, para o acórdão, o Ministro Pertence -, reconhecemos a imunidade material do advogado geral da União no exercício de sua função. Ora, o parecerista de uma empresa de economia mista como o Banco do Brasil, ao emitir um aconselhamento de como proceder-se diante da necessidade ou não de licitação, deve submeter-se ao controle

Malheiros Editores, 2000, p. 150.

⁸⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei n.º 8.429/1992*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América jurídica, 2005, p. 70/82.

fiscal do Tribunal de Contas? Claro que não.

Também é argumento, para os que defendem a não-responsabilização dos advogados, o caráter essencial do advogado para a justiça, pois o artigo 133 da Carta Magna o alça ao status de “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”.

Ainda quanto à tese, relativa à não-responsabilização do advogado, Carlos Pinto Coelho Motta, citando Marcos Jurema Villela Souto, discorre:

A elaboração de um parecer não pode ser considerada ilegal, até porque, em sede de licitações e contratos, sua existência é um imperativo da Lei. Não é o fato de se discordar das opiniões nele contidas que o torna ilegal, nem muito menos lesivo, por não ser instrumento que gera direitos ou obrigações.

Não cabe responsabilização por um opinamento dos integrantes dos órgãos jurídicos que funcionarem num processo, que, além de não representarem o ato impugnado, nem uma autorização, determinação ou ratificação para fazê-lo, envolvem uma liberdade de exercício profissional constitucionalmente assegurada – CF, art. 5º. LIII, e expressamente reconhecida como direito do advogado, no art. 7º, inciso I, da Lei n. 8.906/1994.⁸⁷

3.3.2 Argumentos favoráveis à responsabilização do consultor jurídico.

Quanto à possibilidade de serem responsabilizados os consultores jurídicos, amparam esta tese a Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, conhecida como a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União.

Além do amparo normativo, o qual será demonstrado amiúde no decorrer da presente análise, há doutrinadores que apresentam raciocínios mediante os quais se faz possível a responsabilização dos consultores jurídicos. Nessa linha leciona Marçal Justen Filho, *in verbis*:

Ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica assume

⁸⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 3, nº 28, p. 2374.

responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.⁸⁸

E, na seqüência, arremata:

[...] por isso, poderá (deverá) punir-se o servidor publico que adota interpretação contrária ao Direito, aberrante, ou se o prolator do parecer desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos ou outras provas. Se a decisão administrativa for estanha de defeito desconhecido do agente que forneceu o parecer, não há cabimento de sua responsabilização.. Tato mais por ser inadmissível impor uma espécie de “responsabilidade política” ao sujeito que desempenha função de assessoramento, sancionando-o apenas em virtude da consumação de um resultado reputado incompatível com valores protegidos pelo Direito. Aquele que desempenha atividade de assessoramento jurídico ou técnico se sujeita ao regime jurídico genérico: a responsabilização civil, penal ou administrativa depende da culpabilidade. Enfim, é essencial preservar a autonomia da função de assessoramento jurídico ou técnico.

Coaduna com a tese em exame a recente deliberação do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o mérito do MS 24.584/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, inovou e consolidou o entendimento de que não seriam aplicáveis os precedentes daquela Corte sobre a matéria, materializados no mencionado MS 24.073/DF, pois o artigo 38 da Lei 8.666, de 1993, impõe responsabilidade solidária aos advogados, quando dispõe que as minutas de editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da administração, assumindo o causídico responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado.

O Ministro-Relator sustentou que a lei “é explícita ao prever que o ato do procurador não é simplesmente opinativo, é um ato conclusivo quanto à aprovação ou não”.

⁸⁸ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 379.

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, em manifestação contida no mesmo julgado, “se o advogado privado tem que prestar contas ao seu cliente, mais forte e constrictiva deve ser a obrigação do advogado público de responder perante a Administração, perante os órgãos de controle e perante a sociedade pelos atos que pratica”.

É de relevo, igualmente, o fato de que se o parecer for emitido em atendimento ao disposto no art. 42 da Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública Federal, possui o condão de vincular a administração federal, *in verbis*:

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.

Ainda em esteio à responsabilização do consultor jurídico, merece destaque o artigo 11, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que, ao enumerar as competências das consultorias jurídicas, registra também que a elas compete, em harmonia ao contido no artigo 38 da Lei n. 8.666, de 1993, examinar prévia e conclusivamente os textos de editais. Seguem os dispositivos apontados:

Lei Complementar n. 73/1993

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, 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, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

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

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

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

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Lei n. 8.666/1993;

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;

II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;

IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;

V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;

VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 8/6/1994)

Há, conforme demonstrado alhures, quem defenda que a Corte de Contas sequer possui competência para responsabilizar os advogados pelas suas manifestações processuais.

Nesse sentido, manifestou-se o Exmo. Ministro Relator do multicitado MS 24.073/DF, ao consignar que é de competência da Ordem dos Advogados do Brasil apenar infrações cometidas por advogado, decorrentes de culpa grave ou inépcia profissional, que hajam causado prejuízo ao constituinte.

Não há dúvidas que compete à Ordem dos Advogados do Brasil sancionar

os causídicos que tenham causado prejuízos a terceiros, seja por má-fé, culpa ou erro inescusável, conforme se depreende da leitura do artigo 34 da Lei n. 8.906/1994, mas sua competência não exclui a de outros órgãos, nem a dos Tribunais de Contas e, sequer, a do judiciário.

Exclusivamente quanto à competência da Corte de Contas, o artigo 1º da Lei n. 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas - prescreve:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

§ 1º. No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Outro fator que corrobora com a tese de responsabilização ora propugnada decorre da articulação dos preceitos contidos nos artigos 70 e 71, inciso II, ambos da Constituição Federal, com o disposto no artigo 5º da Lei n. 8.443/1992, que, embora não coloque os procuradores diretamente sob o controle do Tribunal de Contas, os responsabiliza de modo solidário, *in verbis*:

Constituição Federal

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica,

pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Lei n. 8.443/1992

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

[...]

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

Desse modo, tem-se que os consultores jurídicos podem ser alcançados pelo Tribunal de Contas, não em sua condição de advogados, mas em razão de sua participação nos atos de gestão praticados pelos administradores públicos que, porventura, possuam vícios. São alcançados pelas Cortes de Contas em razão de sua qualidade de agentes administrativos responsáveis por atos administrativos que integram, complementam os atos praticados pelos gestores públicos.

Segundo Hely Lopes Meireles, os agentes administrativos “são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da Entidade estatal a que servem”⁸⁹.

Corroborando com a tese de que a competência da OAB não é exclusiva o Código Penal – CP que, por intermédio de seu artigo 327, equipara, para efeitos penais, todos aqueles que exerçam emprego ou função pública, ou seja, até os causídicos podem, segundo o estatuído no Código, ser penalizados como os demais servidores públicos. Assim dispõe o CP:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, **embora transitoriamente** ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração pública. (Incluído pela Lei n. 9.983, de 2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei n. 6.799, de 1980)

De igual modo, deve se ponderar que a imunidade material dos advogados, suscitada também ao tempo do MS 24.073/DF, não pode, consoante dizeres do Ministro Marco Aurélio⁹⁰, “ser confundida com indenidade”.

Acontece que o advogado se sujeita, como quaisquer outros profissionais, à responsabilização civil pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de atos comissivos ou omissivos, praticados com dolo ou culpa, nos termos do artigos 186, da Lei n. 10.406/2002, e 32, da Lei n. 8.906/1964, a seguir transcritos:

⁸⁹ MEIRELES, Hely Lopes, *ob. cit.* p. 69.

⁹⁰ Conforme voto proferido em sede do MS 24.584/DF.

Lei n. 10.406/2002

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Lei n. 8.906/1964

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

O TCU, de opinião de que sua competência alcança aos consultores jurídicos em razão de suas peças emitidas para fundamentar outros atos administrativos, tem se manifestado no sentido de responsabilizá-los apenas quando os pareceres apresentados forem teratológicos, pouco fundamentados, sem amparo doutrinário.

Nesse sentido, tem-se vasta jurisprudência, da qual se pode extrair, a título exemplificativo, excerto do contido no processo TC 005.766/1995-89⁹¹.

Ocorre que o apelo a tal entendimento [não responsabilização em razão do parecer emitido] somente pode ser admitido a partir a análise de cada caso, isto é, deve-se verificar “se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência”. Presentes tais condições, “não há como responsabilizar o advogado nem, em conseqüência, a autoridade que se manifestou sem seu parecer”, conforme bem lecionada a sempre lúcida Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*in* Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros Editores, 2a Edição, 1995, pág. 118).

Ao revés, se o parecer não atende tais requisitos, e a lei considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes (cf. art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993) e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a

⁹¹ Tribunal de Contas da União. 1ª Câmara. Auditoria. Relator: ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo. Data da Sessão: 22/5/1996. DOU 17/06/1996.

dispensa de licitação no âmbito da administração direta (cf. art. 11, inciso VI, alínea b, da Lei Complementar n. 73/93), o advogado deverá responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular”.

Em reforço, tem-se ainda o Acórdão/TCU n. 342/2007 - Primeira Câmara⁹², emitido no âmbito do processo TC 013.054/2002-5, cuja ementa dispõe:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. LICITAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. CONTRATAÇÃO INDEVIDA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PRINCÍPIO. PROCESSUAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CONDENAÇÃO EM DIFERENTES INSTÂNCIAS. DESNECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO POR PARTE DO TOMADOR DE CONTAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PARECERISTA. RESPONSABILIDADE DE GESTOR QUE AUTORIZA, HOMOLOGA OU ASSINA ATOS IMPUGNADOS. CONTAS IRREGULARES. DETERMINAÇÕES.

1. Julgam-se irregulares as contas e em débito os responsáveis, com aplicação de multas individuais, quando se constata superfaturamento em contrato de execução de serviços.

[...]

7. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos. [sem grifos no original]

Outro ponto de destaque refere-se à postura adotada pelo TCU frente o contido no MS 24.073/DF, porquanto se tem aplicado o disposto nas leis que regem a matéria, isto é, têm-se atribuído àquela decisão, em decorrência de suas características, eficácia *inter partes*, restrita ao caso concreto.

É nessa direção o voto condutor do Acórdão/TCU n. 462/2003 – Plenário⁹³, da lavra do Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, *in verbis*:

⁹² Tribunal de Contas da União. Câmara. Tomada de Contas Especial. TC 013.054/2002-5. Relator: Marcos Bemquerer Costa. Data da Sessão: 27/2/2007. DOU 2/3/2007.

⁹³ Tribunal de Contas da União. Plenário. Prestação de Contas Anual. TC 008.902/1995-0. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 7/5/2003. DOU 26/5/2003.

[...], o Ministério Público menciona recente decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança 24.073, na qual a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobrás (impetrantes) de processo administrativo, no âmbito do TCU, em que foram responsabilizados, solidariamente, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência da emissão de parecer, respaldando a dispensa de licitação para a referida avença.

Como bem salientou o Ministério Público, a decisão mencionada foi prolatada nos autos de mandado de segurança individual, à luz das particulares circunstâncias do caso concreto, produzindo efeitos apenas em relação aos impetrantes, em hipótese de específica extração, e não *erga omnes*.

Na verdade, existe uma larga multiplicidade de situações de fato, já detidamente examinadas por esta Corte, em que fraudes gravíssimas contra o Erário ocorriam sistematicamente fundamentadas em pareceres jurídicos, cujo texto era, evidentemente “de encomenda” e cujas conclusões eram plenamente contrárias à jurisprudência e doutrina, chegando às raias da teratologia. Poderia mencionar longa fila de acórdãos tendo o DNER como principal protagonista.

Não entendo que esteja esta Corte obrigada a, automaticamente, excluir, *a priori*, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuances e circunstâncias existentes em cada caso concreto serem devidamente examinadas.

Na mesma linha é o voto prolatado pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer no âmbito do Acórdão/TCU n. 1412/2003 – Plenário⁹⁴, a seguir:

10. Ressalto, ainda, que não socorre o ex-Procurador-Geral da UFMG a recente decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança n. 24.073/DF, em que a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobrás (impetrantes) de processo administrativo, no âmbito deste Tribunal, em que foram responsabilizados, solidariamente, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência de emissão de parecer fundamentando a dispensa de licitação para a mencionada contratação. Primeiro, porque tal decisão judicial não tem efeito *erga omnes*;

Também deve ser ponderado ao tempo de serem promovidas análises sobre a possibilidade de serem responsabilizados advogados pareceristas se as opiniões contidas nas peças se harmonizam com o norte contido nos princípios que

⁹⁴ Tribunal de Contas da União. Plenário. Recurso de Reconsideração. TC 375.268/1998-7. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer da Costa. Data da Sessão: 24/9/2003. DOU 3/10/2003.

regem a administração pública.

Especificamente quanto à observância aos princípios pátrios Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁹⁵ ensina que sem moral, ou princípio da moralidade, as criações naturais do direito deixam de ser formas de convivência vital para se reduzirem a simples expressões figurativas convencionais e frias.

Destaca que um mínimo ético é indispensável ao hermeneuta e julgador, ao jurista e ao juiz, de forma que os esquemas que fogem a moral atentam contra a verdade da experiência jurídica.

Diante da importância da moralidade frente o Direito, Maria Sylvia Di Pietro⁹⁶ registra que, para se distinguir a moral do direito, pode ser utilizada a referência a dois círculos concêntricos, o maior correspondendo à Moral e o menor ao Direito, ou seja, deixa claro que, em regra, as ações empreendidas no âmbito do Direito devem estar circunscritas pela moral.

Quanto ao tema, verifica-se, inclusive, que foram sopesados os princípios da legalidade e moralidade na última deliberação da Suprema Corte. Assim registrou o Ministro Marco Aurélio:

Sim, descabe a adoção de postura que acabe por enfraquecer o Tribunal de Contas da União. O momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública. Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração pública. **A imunidade profissional do corpo jurídico - artigo 133 da Constituição Federal - não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na administração pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência.**

Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que praticam. Antecipadamente, não podem gozar da proteção mandamental da impetração, para eximirem-se dos riscos da investigação administrativa. Longe estão de deter, em generalização nefasta, em generalização a todos os títulos

⁹⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p.31

⁹⁶ DI METRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricioniedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 146.

inaceitável, imperdoável, o direito líquido e certo de serem excluídos de processo que busca apurar, simplesmente apurar, simplesmente esclarecer a ocorrência, ou não, de desvio de conduta.

Pesando dúvidas sobre os contratos por eles aprovados, quanto à legalidade estrita, à lisura comportamental, tão reclamada quando se atua no setor público, hão de, em prol da mudança dos tempos, e em prol da segurança jurídica, defender-se.

A assim não se concluir, grassará não o ato técnico e responsável, mas a conveniência de plantão, o endosso fácil à óptica do administrador maior, pouco importando, nessa subserviência, os prejuízos à coisa pública. Interessa-lhes, isto sim, defenderem-se, preservando os perfis que possuam e engrandecendo a carreira jurídica com a demonstração do apego ao que é certo. [sem grifos no original]

Ressalte-se, ainda, quanto à aplicação dos princípios da Administração pública para o deslinde da questão, que a moralidade administrativa, imperiosa para todos que integram a referida administração, é considerada como regra deontológica fundamental para os advogados. É a eles direcionada por intermédio do Código de Ética e Disciplina da OAB, a seguir transcrito:

Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da **moral** individual, social e profissional

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da **moralidade pública**, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce⁹⁷. [sem grifos no original]

Bruno Espineira Lemos⁹⁸, em tese na qual examina a necessidade de serem observados no âmbito da advocacia pública os princípios esculpidos na Constituição Federal, concluiu que os membros da advocacia pública, quando apreciados sob o enfoque específico direcionado aos Procuradores dos Estados,

⁹⁷ Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 1/3/1995, p. 4000/4004.

⁹⁸ Bruno Espineira. *Ética, Moralidade e Advocacia Pública*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/vtese.htm>>. Acesso em 25/4/2009.

deverão, no uso de suas atribuições, obedecer aos ditames insculpidos na Constituição Federal. Deverão, também, atentar para os princípios da legalidade, da moralidade em seu sentido amplo e como consequência de uma postura ética e da razoabilidade, preservando em qualquer circunstância a indisponibilidade do interesse público.

No mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari⁹⁹, citando Marienhoff, destaca que a moralidade não está entre os motivos determinantes da licitação, e sim entre seus efeitos, referindo-se a uma “ação moralizadora” que ele identifica na licitação.

⁹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 34.

4. EFEITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Identificada a hipótese em que os consultores jurídicos podem ser responsabilizados administrativamente em razão de suas manifestações que subsidiaram atos dos gestores públicos federais, é hora de serem pontuados os efeitos que decorrem da responsabilização perante a Corte de Contas.

Conforme será demonstrado, a responsabilização em apreço pode dar ensejo a efeitos de natureza pecuniária, tais como a imposição de multas e a condenação em débito, bem como pode ensejar efeitos diversos, mediante os quais o Tribunal pode adotar medidas capazes de afetar a esfera pessoal dos responsáveis.

4.1 Efeitos de natureza pecuniária

A Constituição Federal, conforme disposto no artigo 71, inciso VI, atribui ao Tribunal de Contas da União a competência de fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Além disso, deixa assente, por intermédio do inciso VIII do referenciado artigo, que compete ao TCU “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade das contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano ao erário”.

Com a edição da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - LOTCU, foram enumeradas as sanções de natureza pecuniária que podem ser impostas pela Corte de Contas.

O artigo 57 dessa lei dispõe que na existência de débito, decorrente de perda, dano, ou outras irregularidades que derem ensejo a dano ao erário, poderá o Tribunal, além de condenar os responsáveis ao ressarcimento dos valores identificados como dano, aplicar-lhes multa de até 100% do valor atualizado do

dano ao erário.

Além disso, mesmo que as ações dos gestores não dêem ensejo a débito, mas comprovadas as práticas de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, aos responsáveis podem ser impostas sanções pela Corte de Contas, tais como a aplicação das multas previstas no artigo 58 da LOTCU. Nesse sentido, cita-se excerto do voto condutor do Acórdão 343/2008 – TCU – Plenário, cuja relatoria competiu ao Ministro Valmir Campelo:

11. A questão referente à responsabilidade dos membros da Procuradoria Geral do Estado do Tocantins na consumação dos atos irregulares aqui destacados, mediante a emissão de parecer favorável aos procedimentos adotados pela SESAU/TO, foi judiciosamente examinada na SECEX/TO. O Analista invocou, dentre outros argumentos de convicção da tese sob enfoque, o relatório e voto que fundamentaram o Acórdão n. 147/2006-TCU-Plenário, da lavra do eminente Relator, Ministro Benjamin Zymler, em que o assunto foi debatido, de onde destaco o seguinte trecho:

“11. Verifica-se que o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art.º 38 da Lei de Licitações e Contratos. Aduzo que o parecer jurídico emitido nessas circunstâncias não possui um caráter meramente opinativo, como se depreende da leitura do seguinte trecho do Voto do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Farias de Mello, proferido quando do julgamento do MS n.º 24.584/DF: ‘a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art.º 38 da Lei n.º 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo”.

12. Portanto, diante da verificação de que os Senhores Procuradores, em seus arrazoados, nada acrescentaram às justificativas dos outros dois responsáveis, ratificando os argumentos fundados em motivações de caráter emergencial, posiciono-me também de conformidade com as conclusões da instrução no sentido de serem rejeitadas suas alegações, aplicando aos Senhores membros da Procuradoria Geral do Estado do Tocantins a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992.

Quanto à gradação da sanção pecuniária imposta pelo Tribunal de Contas da União aos gestores públicos e, se necessário, aos consultores jurídicos, verifica-se que esta dependerá da análise dos casos concretos, haja vista que no seu exame deverão ser sopesadas situações específicas, tais como a existência de dano ao erário, ou mesmo a ocorrência e o tipo de infrações à norma legal.

Não obstante exista uma vertente subjetiva na análise anteriormente descrita, a graduação das multas impostas será conduzida com base no grau de reprovabilidade das irregularidades identificadas e nos parâmetros contidos no artigo 268 do Regimento Interno daquele Tribunal, a seguir transcrito:

Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do **caput** do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

I – contas julgadas irregulares, não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nos incisos I, II e III do **caput** do art. 209, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante definido no **caput** deste artigo;

II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o **caput**;

III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante referido no **caput**;

IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo

relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o **caput**;

V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o **caput**;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o **caput**;

VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o **caput**;

VIII – reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o **caput**.

§ 1º A multa de que trata o **caput** será atualizada, periodicamente, mediante portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 2º Nos casos em que ficar demonstrada a inadequação da multa aplicada com fundamento nos incisos IV, V, VI ou VII, o Tribunal poderá revê-la, de ofício, diminuindo seu valor ou tornando-a sem efeito.

§ 3º A multa aplicada com fundamento nos incisos IV, V, VI, VII ou VIII prescinde de prévia audiência dos responsáveis, desde que a possibilidade de sua aplicação conste da comunicação do despacho ou da decisão descumprida ou do ofício de apresentação da equipe de fiscalização.

4.2 Efeitos de natureza diversa

Além dos efeitos de natureza pecuniária, acima enumerados, pode a responsabilização ocorrida no âmbito do Tribunal de Contas da União dar ensejo a conseqüências que atingem a esfera profissional dos responsáveis, bem como podem haver conseqüências de cunho civil ou penal. .

Segundo dispõe o artigo 60 da Lei 8.443, de 1992, pode o TCU, sem prejuízo das sanções discorridas no tópico anterior e das penalidades administrativas aplicáveis aos responsáveis, inabilitá-los, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

Com efeito, tal sanção, aqui classificada por possuir efeitos que afetam diretamente a esfera profissional dos responsáveis, processualmente difere das demais por exigir que a decretação de inabilitação seja aprovada pela maioria absoluta dos membros da Corte de Contas, enquanto as demais sanções apenas dependem da aprovação da maioria simples do colegiado.

Pode o Tribunal, também, caso identifique que as ações praticadas pelos

responsáveis possuem conseqüências que refogem às suas competências, expedir comunicações processuais para que os órgãos competentes adotem as medidas que lhe julgarem oportunas, seja na esfera civil, seja na esfera penal.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, verificou-se que existem entendimentos diversos acerca da responsabilização dos consultores jurídicos em razão dos pareceres que, por eles emitidos, subsidiaram os atos dos gestores públicos.

Há, como demonstrado, quem defenda a não-responsabilização dos pareceristas com base na tese de que os pareceres por eles emitidos são atos meramente opinativos, os quais não condicionam a deliberação adotada pelo gestor público que dos pareceres se valeu. Existem também aqueles que defendem a indenidade do consultor jurídico em razão de seu caráter essencial à justiça.

Demonstrou-se, no entanto, precipuamente com base na análise empreendida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do MS 24.584-1 – DF, que a responsabilização dos consultores jurídicos se faz possível quando a manifestação decorrer de exigência legal, de forma que as conclusões do parecer vinculam o ato administrativo exarado pelo gestor público federal.

Além disso, identificou-se que a responsabilização do parecerista também se faz desejável quando este não laborar com o necessário desvelo, independência, de modo que a previsão do artigo 133 da Constituição Federal, relativa à essencialidade do advogado à justiça, não poderá ser utilizada como subsídio para se defender uma suposta indenidade dos advogados pareceristas.

Como visto, não se trata de um tema pacífico, o qual pode ser solucionado apenas pelo exame dos diplomas legais aplicáveis à matéria. Ao contrário, sua análise decorre da ponderação de fatores distintos: a um, devem ser considerados os ditames da lei. A dois, merecem atenção as interpretações oferecidas pelos doutrinadores que militam no campo do direito administrativo e pela jurisprudência pátria. Por fim, devem ser considerados os princípios que regem a administração pública federal.

Quanto às interpretações hoje oferecidas pelo Tribunal de Contas da União, verificou-se que parte de suas manifestações está em harmonia com o entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal ao tempo do MS

24.584/DF, uma vez que a responsabilização dos consultores jurídicos tem se dado nas hipóteses em que os consultores se manifestam em razão de obrigação legal e de modo conclusivo.

E, nessa hipótese, a postura da Corte de Contas não poderia ser diferente, pois, se não os responsabilizasse solidariamente, estaria a preterir suas competências constitucionais e, dessa forma, deixaria o patrimônio público ao alvedrio de gestores públicos pouco comprometidos com os princípios que regem a Administração Pública Federal.

Assim, observados os critérios delineados neste trabalho, a responsabilização administrativa promovida no âmbito do Tribunal de Contas se coaduna com os princípios da razoabilidade, de legalidade e moralidade administrativa.

Conclui-se, portanto, que a responsabilização dos consultores jurídicos em razão de suas manifestações que subsidiaram ações de gestores públicos na esfera federal é, em determinadas situações, na quais não está caracterizado o parecer como um ato administrativo opinativo, possível.

REFERÊNCIAS

CAMARROSANO, Márcio. *Da Responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricioniedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEMOS, Bruno Espineira. *Ética, Moralidade e Advocacia Pública*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/vtese.htm>>. Acesso em 25/4/2009.

Manual de Redação do Governo do Estado de Goiás / Governo do Estado de Goiás, Gabinete Civil, Agência Goiana de Administração e Negócios Públicos. — Goiânia: AGANP, 2005. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_322_manual_redacao_oficial.doc> Acesso em 15/4/2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei n° 8.429/1992*. 2a ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 1, n. 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. ed. Brasília: Fortium, 2005.