

## Ferreira: Os advogados e os Tribunais de Contas — Parte 1

O presente artigo, dividido em três partes, é o derradeiro de uma série de textos publicados pela **ConJur** nas últimas semanas e que versaram sobre os limites constitucionais de atuação dos Tribunais de Contas no Brasil. Buscou-se demonstrar que essas cortes administrativas, apesar da importante missão que lhes foi confiada, vêm passando por um processo de hipertrofia de suas competências — por meio, via de regra, da autoconcessão de poderes pelos seus próprios integrantes — à margem dos ditames da Constituição Federal e da legislação que disciplina as suas atribuições, e de modo a caracterizar, com atividade de controle externo [\[1\]](#) [\[2\]](#) [\[3\]](#).



É o que ocorre também na hipótese de indevida

responsabilização solidária de advogados por atos de gestão de recursos públicos, ou seja, por decisões gerenciais ou políticas tomadas pelos administradores públicos e que refogem às suas responsabilidades profissionais e funcionais de assessoramento jurídico no âmbito da Administração Pública.

Isso se dá, infelizmente, pelo desrespeito que muitos dos integrantes desses órgãos de controle demonstram pelas decisões judiciais exaradas sobre o tema, ou mesmo pelo desconhecimento que revelam sobre primados básicos de Direito e Administração Pública. Embora não exista ainda uma necessária uniformização de entendimento, e apesar da recalcitrância de certos membros dos Tribunais de Contas, três acórdãos do STF têm sido tomados como paradigmas pela doutrina para a compreensão das balizas que cercam a (im)possibilidade de responsabilização de advogados, razão pela qual merecem análise mais detida nesta primeira parte do artigo.

Nos últimos anos, Tribunais de Contas, ao responsabilizar autoridades administrativas pela prática de atos lesivos, passaram a incluir nos processos de apuração, sobretudo nos oriundos de procedimentos licitatórios, os advogados públicos que proferiram pareceres jurídicos, usando como fundamento, principalmente, o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, que prevê que "*as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*".



A interpretação que as cortes de contas, em especial o TCU, deram a esse dispositivo fez com que advogados públicos fossem chamados a responder por irregularidades ocorridas nos processos de licitação e na execução dos contratos, sob a alegação de que decorreriam de vícios nos respectivos opinativos e instrumentos aprovados pelos órgãos jurídicos. Do mesmo modo, o Ministério Público, ao propor ações de improbidade e ressarcimento, passou a estender a responsabilidade aos advogados, inclusive privados.

A matéria acabou desaguando nos tribunais do país e, há quase duas décadas, o STF vem sendo instado a se manifestar sobre os seus aspectos jurídicos. Em 2002, por ocasião do julgamento, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, do Mandado de Segurança nº 24.073-DF, refutou-se a pretensão do TCU que consistia em responsabilizar solidariamente os procuradores que haviam exarado parecer — pela dispensa de licitação — em que se baseou a autoridade, sob os argumentos, em suma, de que a peça jurídica tinha caráter opinativo, não se caracterizando como ato administrativo, e que o advogado público só responde pelos danos causados mediante a demonstração de erro grave e inescusável ou de ato ou omissão praticados com culpa em sentido largo.

O STF afirmou a incompetência constitucional e legal do TCU para julgar advogados por atos praticados no exercício regular da profissão *"uma vez que não exercem função de diretoria ou execução administrativa, não ordenam despesas nem utilizam, gerenciam ou arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiro ou valores públicos, não tendo assim potencial para causar perdas ou extravios ao erário no desempenho de suas funções"*, e também porque, conforme estabelece o artigo 18 do Estatuto da Advocacia, a relação de emprego não lhes retira a isenção técnica, nem reduz a independência profissional.

Ou seja, desde então, ao passo de apontar que as cortes de contas sequer possuem competência para apurar a responsabilidade de advogados, restou assentado pelo STF que nos pareceres consultivos a regra é a ausência de responsabilidade do advogado parecerista, já que não pratica ato administrativo, não lhe cabe tomar a decisão e não possui poderes de gestão, só podendo ser civilmente responsabilizado por danos causados ao cliente ou a terceiro que decorrerem de erro grave ou culpa em sentido amplo.

Outros dois mandados de segurança tiveram seus julgamentos ultimados pelo STF em 9 de agosto de 2007. No Mandado de Segurança nº 24.584-DF, em que o TCU pretendia responsabilizar procuradores federais do INSS pela aprovação de minutas de convênio, o Plenário do STF, alterando parcialmente o entendimento anterior, decidiu que, em determinadas situações, seria possível responsabilizar o advogado parecerista, fazendo expressa referência à hipótese do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, que teria conferido natureza de ato administrativo ao parecer, isto é, por ser imprescindível a aprovação pelo órgão jurídico para a validade dos atos, não caberia falar, para esses casos, em peça meramente opinativa.



Na oportunidade, o ministro Joaquim Barbosa, fazendo uso das lições de René Chapus, apontou a distinção entre três espécies de parecer: o vinculante, o obrigatório e o facultativo, estabelecendo que, no primeiro, o parecerista responde solidariamente com o administrador pela prática do ato, a despeito de culpa ou erro grosseiro, por haver espécie de compartilhamento do poder de decisão, enquanto que, nos outros dois, o parecerista só pode ser responsabilizado se ficar demonstrada a existência de erro grave e inescusável ou ato doloso [\[4\]](#).

Assim, o STF admitiu a possibilidade de responsabilização solidária do advogado nos casos de incidência do referido dispositivo da Lei de Licitações, decidindo, ainda, por maioria e após intenso debate entre os seus ministros, que os procuradores federais poderiam ser chamados pelo órgão de controle externo para apresentar explicações, descabendo recusa à convocação por se tratar de hipótese de manifestação jurídica obrigatória.

Alguns, não se sabe se por má-fé ou mera incapacidade intelectual, passaram a sustentar que esse precedente teria respaldado a competência dos Tribunais de Contas para julgar e sancionar, de modo geral, os atos e opiniões jurídicas de advogados públicos, mas a leitura acurada do acórdão não conduz a essa conclusão. O que o STF decidiu, ao final e ao cabo, foi que, embora o espaço de controle e responsabilização do advogado seja restrito, descabe se recusar a atender convocação do Tribunal de Contas para prestar esclarecimentos, mas não para promover a própria defesa, e sim para explicar as razões jurídicas para o ato haver sido praticado.

Por mais que o STF tenha se inclinado ao entendimento, para fins de responsabilização do advogado público, de que o parecer emitido nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, é vinculante, caracterizando-se como hipótese possível de responsabilidade, isso não equivale a dizer que passou a admitir sanção para qualquer espécie de parecer ou ato praticado, ou mesmo o estabelecimento de uma relação de causalidade genérica e subjetiva da parte de quem exerce o controle externo, até porque o que se decidiu foi que a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revela quando o órgão técnico reprova a prática do ato, isto é, aponta a existência de vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a sua prática [\[5\]](#).

E, finalmente, no Mandado de Segurança nº 24.631-DF, em caso que envolveu a aprovação de acordo extrajudicial, o ministro Joaquim Barbosa reiterou que, mesmo quando se cogita de atos com repercussões jurídico-administrativas evidentes, como a emissão de pareceres opinativos, é abusiva, em sede de controle externo, a responsabilização de advogado público à luz de uma alargada relação de causalidade entre o seu parecer e o ato administrativo considerado irregular, salvo demonstração de dolo (má-fé), culpa ou erro grave (grosseiro e inescusável) submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias.



Ainda de acordo com o julgado, o parecerista só pode ser responsabilizado se ficar demonstrada a existência desses referidos elementos subjetivos e, embora alguns também procurem fazer uso desse precedente para sustentar suposta possibilidade de os Tribunais de Contas responsabilizarem advogados, o que se afirmou foi que apenas em situações excepcionais é possível enquadrar o consultor jurídico ou parecerista como solidariamente responsável, sendo necessário, para tanto, que a peça opinativa ou o ato praticado, por erro grave, inescusável ou mesmo doloso, seja a razão clara e direta para a ocorrência da irregularidade.

Neste sentido, aliás, vale destacar que o STF, ao dar sequência aos julgamentos dos temas de repercussão geral relacionados à extensão do disposto no artigo 37, §5º, da Constituição Federal, reconheceu recentemente a prescritibilidade das pretensões punitiva e ressarcitória fundadas em decisões dos Tribunais de Contas (RE 636.886-AL), destacando que essas cortes, sob pena de inconstitucionalidade, não são o espaço adequado para definir a culpabilidade do agente, não só porque não têm competência para perquirir a culpa ou o dolo — sobretudo se decorrentes de atos de improbidade — ao realizar o julgamento das contas públicas, mas também porque a apuração de ilícitos, e de seus consequentes elementos subjetivos do tipo, depende de provocação nas instâncias disciplinares ou jurisdicionais próprias, mediante a devida observância das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Até o momento, portanto, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que: 1) o advogado se responsabiliza civilmente pelos danos causados quando decorrentes de erro grave e inescusável, ou de ato ou omissão praticados com culpa em sentido amplo; 2) nas hipóteses do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, o advogado pode ser chamado a prestar informações ao órgão de controle externo; 3) nos casos de parecer vinculante, o advogado pode responder solidariamente com o administrador público pela prática do ato; e 4) é abusiva a responsabilização de advogado parecerista com fundamento em alargado nexo de causalidade entre o ato reputado irregular e o parecer.

Percebe-se, então, que apesar de ainda remanescerem algumas controvérsias jurídicas, a jurisprudência do STF, e mesmo de outros tribunais do país, é assertiva em apontar a incompetência das cortes de contas para julgar os atos praticados por advogados, reconhecendo a imunidade material de que gozam por seus atos e manifestações jurídicas, que só pode ser mitigada mediante devida apuração e condenação pelas instâncias próprias. Mais do que isso, ela também é clara ao consignar que a responsabilização solidária do advogado por atos de competência do gestor público, se porventura cabível, será exceção circunscrita às hipóteses de pareceres vinculantes e desde que preenchidos certos requisitos.

Com esse breve esboço sobre os precedentes do STF, no restante deste artigo tratar-se-á mais pormenorizadamente dos aspectos que cercam as atividades de consultoria jurídica, procedendo-se à análise crítica dos precedentes e à reflexão sobre as decisões judiciais mais recentes e a atual legislação sobre o tema, tudo com vista a fixar os limites constitucionais e legais para a eventual responsabilização do advogado por atos praticados no bojo da Administração Pública.

**Continua na parte 2**



[1] <https://www.conjur.com.br/2020-set-13/opinioao-limites-mps-tribunais-contas>.

[2] <https://www.conjur.com.br/2020-set-20/ferreira-limites-competencia-jurisdicao-tribunais-contas>.

[3] <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/rodrigo-ferreira-tribunais-contas-contratos-publicos>.

[4] Como se colhe da doutrina e da jurisprudência, parecer facultativo é aquele cuja solicitação fica a critério do gestor público, quando desejar balizar o seu convencimento, e que não vincula a decisão a ser tomada. Já o obrigatório se relaciona com as hipóteses em que a lei determinar que a prática do ato administrativo deve se dar mediante manifestação prévia do órgão consultivo, sob pena de nulidade, ainda que, neste caso também, o administrador público não esteja obrigado a adotar o seu conteúdo, podendo discordar motivadamente. Nessas duas hipóteses, portanto, o parecer não perde o seu caráter meramente opinativo. O parecer vinculante, por sua vez, e cuja requisição é obrigatória, não confere espaço decisório ao gestor público, que se vê obrigado a seguir o seu conteúdo e as suas conclusões, a exemplo do que ocorre com o parecer normativo, que se dá, em regra, por ato de aprovação do chefe do Poder Executivo e converte-se em verdadeira norma interna a ser seguida por toda a Administração e particulares. Ainda assim, o parecer vinculante é exceção, pois a regra é o parecer se revestir de caráter meramente opinativo.

[5] De mais a mais, discordamos do entendimento de que o parecer previsto no artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 tem caráter vinculante, pois, em verdade, embora tenha caráter obrigatório, ou seja, é necessário que conste do procedimento licitatório o opinativo do órgão jurídico, o administrador público não está diante de hipótese em que é obrigado a decidir nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Ademais, consiste em equívoco pensar que o advogado "aprova" os atos nesses casos, pois a redação do dispositivo não foi feliz ao dar impressão que essa aprovação teria a natureza jurídica de ato administrativo capaz de produzir, por si só, efeitos jurídicos e vinculantes para a Administração, e não mera opinião jurídica, como de fato o faz. A ausência de manifestação da assessoria jurídica não se constitui em defeito autônomo, apto a eliminar a validade do ato. Se o edital e as minutas de contratação forem perfeitos e não possuírem irregularidades, a ausência de prévia aprovação da assessoria jurídica não é suficiente para invalidar a licitação.

#### **Date Created**

01/11/2020