

Supremo Tribunal Federal

276

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJE nº 018 Divulgação 31/01/2008 Publicação 01/02/2008
Ementário nº 2305 - 2

09/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.631-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
IMPETRANTE(S) : SEBASTIÃO GILBERTO MOTA TAVARES
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA
SILVA
ADVOGADO(A/S) : JOYRE CUNHA SOBRINHO
IMPETRADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Mandado de segurança deferido.



STF 102.002

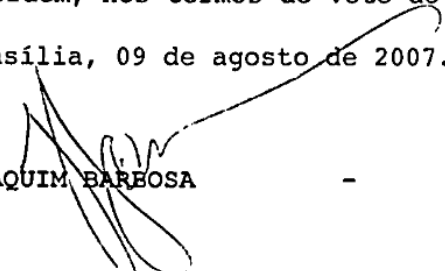
MS 24.631 / DF *Supremo Tribunal Federal*

277

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a ordem, nos termos do voto do relator.

Brasília, 09 de agosto de 2007.



JOAQUIM BARBOSA

-

Relator

*Supremo Tribunal Federal***278**

09/08/2007

TRIBUNAL PLENO

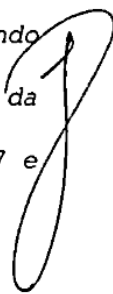
MANDADO DE SEGURANÇA 24.631-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
IMPETRANTE(S) : SEBASTIÃO GILBERTO MOTA TAVARES
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA
SILVA
ADVOGADO(A/S) : JOYRE CUNHA SOBRINHO
IMPETRADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SEBASTIÃO GILBERTO MOTA TAVARES, contra ato do Tribunal de Contas da União que, aprovando auditoria realizada pela 1ª SECEX "com o objetivo de verificar a atuação do DNER nos processos relativos a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento" (fls. 34), incluiu o impetrante, então procurador autárquico, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas (fls. 60), determinando à 1ª SECEX sua audiência, para que apresentasse "razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido nos processos administrativos nº 51100.002084/00-10 e nº 20109.003955/79, onde já havia precatório emitido, ... sem homologação pela justiça, ocorrendo a quebra da ordem cronológica, ferindo o art. 100 da Constituição Federal, o art. 2º c/c art. 6º da Lei nº 9.469/97 e



MS 24.631 / DF *Supremo Tribunal Federal*

279

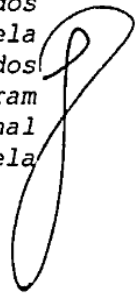
os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da indisponibilidade dos bens públicos, da moralidade administrativa e da isonomia" (trecho do acórdão do TCU nº 891/2003 a fls. 63).

O impetrante pede (fls. 32) a sua exclusão do rol de responsáveis no processo administrativo do TCU, sustentando, sobretudo, a violação de dispositivos da Lei nº 8.443, de 1992, por extrapolação das atribuições do TCU, bem como a violação de dispositivos constitucionais e legais pertinentes ao exercício das atividades de advocacia, especialmente no tocante à advocacia pública (art. 131 da CF e LC 73/93).

Em 28.08.2003, ao deferir a liminar, ressaltei (fls. 241/242):

"... 5. Registro que se trata de decisão do Tribunal de Contas sobre fatos que tiveram grande repercussão à época, em virtude da divulgação de irregularidades no extinto DNER, e com grande número de responsáveis apontados pelo acórdão atacado. A impetração, observe-se, diz respeito unicamente à inclusão do impetrante, então Procurador Autárquico, no rol dos responsáveis por um dos fatos relatados na auditoria.

6. Ao examinar questão análoga no MS 24.073, o Plenário desta Corte, em julgamento de 6 de novembro de 2002, concedeu, por unanimidade, a segurança para excluir o então impetrante do rol de acusados no processo em trâmite no Tribunal de Contas da União (acórdão pendente de publicação, sendo que o relatório e voto do Ministro relator, foram divulgados no informativo-STF nº 296). Tratava-se, naquela ocasião, de impugnação, pelo TCU, da decisão dos administradores da Petrobrás que realizaram contratação de empresa de consultoria internacional com base em parecer jurídico de advogado daquela



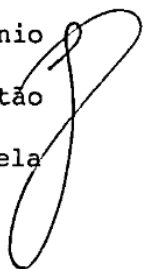
sociedade de economia mista favorável à dispensa e inexigibilidade de licitação.

7. Ao que tudo indica, face ao exame da decisão do TCU ora atacada, o impetrante foi indicado como um dos responsáveis por fatos apurados em auditoria apenas em razão da emissão de parecer jurídico em processo administrativo, aprovado por superior hierárquico. Nessa hipótese específica entendendo, nos limites de decisão sobre a matéria em sede de liminar, que os precedentes deste Tribunal e a plausibilidade das razões apresentadas pelo impetrante indicam o cabimento da concessão da liminar por ocorrência de periculum in mora.

8. Com base no exposto, defiro a liminar para suspender a parte da decisão do Tribunal de Contas da União no acórdão nº 891/2003 relativa ao impetrante, até o julgamento final da presente impetração."

Em resposta ao ofício que comunicou o deferimento da liminar, o Presidente do Tribunal de Contas da União remeteu a esta Corte as informações elaboradas pela Consultoria Jurídica daquele órgão e por ele aprovadas (fls. 249/265). Em essência, sustenta o TCU que o Procurador, ora impetrante, ao emitir o parecer, teria possibilitado o pagamento em acordo extrajudicial em violação do art. 100 da Constituição Federal, e esse fato seria "indício robusto" a justificar a necessidade de audiência do impetrante.

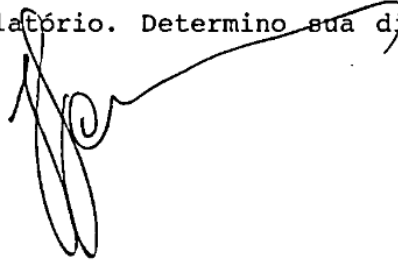
Abri vista à Procuradoria-Geral da República que, em parecer da lavra do então Vice Procurador-Geral, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, aprovado pelo então Procurador-Geral, Dr. Cláudio Fonteles, manifestou-se pela concessão da ordem.



MS 24.631 / DF

*Supremo Tribunal Federal***281**

É o relatório. Determino sua distribuição aos demais
Ministros.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

MS 24.631 / DF

Supremo Tribunal Federal

282

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Acredito que a questão ora sob exame da Corte não se resume à mera afirmação apodítica da impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, e nesse sentido não se pode interpretar a jurisprudência deste Tribunal, como se esta fosse efetivo salvo-conduto para a chancela, com base em pareceres técnico-jurídicos, de abusos em procedimentos administrativos.

Sob esse enfoque, examino o problema.

A doutrina nacional reconhece, genericamente, a natureza meramente opinativa dos pareceres lançados nos processos administrativos (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189).

Esse entendimento encontra respaldo em entendimento recente deste Tribunal no julgamento do MS 24.073, da relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso.

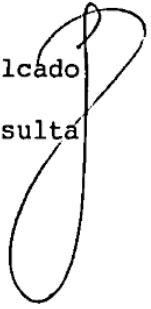
Assim, via de regra, se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, e

dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é, como bem define Hely Lopes MEIRELLES: "o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189).

O problema guarda estreita relação com a estruturação hierárquica da administração e o princípio da legalidade. Assim é que ao administrador, salvo disposição legal específica, cabe a aplicação da lei e demais normas administrativas, exercendo ele o juízo cabível, na esfera administrativa, sobre a legalidade de determinada medida.

Não obstante, acredito que esse entendimento não possui *status* de regra absoluta.

Como já sustentei no voto-vista no MS 24.584, calcado em respeitável doutrina, a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer.



Assim, poder-se-ia dizer que¹:

(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;

(ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à

¹ Droit Administratif Général, tome 1, 15ème ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 1113-1115:

"La portée des avis. - Elle varie selon qu'il y a ou non obligation de consulter; et elle est particulièrement contraignante dans le cas où la décision ne peut être prise que «sur avis conforme» de l'organisme consultatif.

1º) Quand la consultation est facultative, l'autorité qui l'a provoquée ne saurait s'estimer liée par l'avis émis, même dans le cas où elle a spécialement institué (v. N° 868) l'organisme consulté (v., par exemple, CE 30 juin 1997, Cornebois, p. 897).

Et sa liberté de décision n'est rien limitée par l'avis. Elle conserve la faculté d'apporter à son projet «toutes les modifications qui lui paraissent utiles, quelle qu'en soit l'importance, sans avoir l'obligation de s'adresser à nouveau» l'organisme consulté.

2º) Au contraire, en cas de consultation obligatoire, l'autorité consultante (si elle ne renonce pas à toute décision, et si l'avis s'est traduit par une proposition de décision différente) est enfermée dans une alternative: ou bien prendre la décision même dont le projet avait été soumis à la consultation; ou bien décider conformément au texte en faveur duquel l'organisme consultatif s'était prononcé.

Parallèlement, si l'organisme a été consulté sur des questions, l'autorité administrative, si elle ne s'en tient pas à son propre projet, doit se conformer aux positions adoptées relativement à ces questions et s'abstenir d'inclure dans sa décision des dispositions liées à des questions non soumises à l'organisme consultatif.

Enfin, si l'organisme a émis un avis défavorable sans proposer de texte de remplacement, l'autorité administrative ne peut que, soit s'abstenir de décider, soit s'en tenir au texte soumis à la consultation.

Tout cela est dans la logique du caractère obligatoire de la consultation: adopter des dispositions différant à la fois de celles soumises à l'organisme consultatif et de celles proposées par ce dernier serait adopter des dispositions dont il n'a pas eu à connaître (v., de même, n° 1220-1º). En conséquence, quand l'autorité administrative envisage l'adoption de dispositions nouvelles, elle doit saisir de nouveau l'organisme consultatif pour qu'il se prononce sur elles.

3º) Enfin, lorsque l'obligation est celle de décider sur avis conforme, l'autorité consultante ne peut décider que conformément à l'avis (v. de même, n° 1220-2º). S'il est défavorable à la décision projetée, elle ne pourra que renoncer à la décision.

consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;

(iii) mas quando a lei estabelece a obrigação de "decidir à luz de parecer vinculante" (*décider sur avis conforme*), o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório. É nessa linha de entendimento que o professor CHAPUS sustenta haver maculação, por vício de competência, do ato administrativo expedido sem a observância do "avis conforme" nos casos em que a lei o exige.

Isto porque nesses casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força da lei, pressuposto de perfeição do ato, há efetiva "partilha do poder de decisão"² entre a autoridade executiva e o órgão consultivo.

En d'autres termes, l'autorité administrative ne peut prendre la décision projetée qu'avec l'accord de l'organisme consultatif, qui se trouve ainsi étroitement associé à l'exercice du pouvoir de décision."

² *Droit Administratif Général*, tome 1, 15ème ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 1028.

Com essas considerações, no atual momento da jurisprudência do STF, eu acredito que seja possível formular as seguintes premissas para o exame de questões como a presente:

A) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista. A contrário senso, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair dessa conclusão que o administrador também se isenta da responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. Esse é o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando que se aplica a ressalva desse julgado quanto à possibilidade de verificação de "erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo" (trecho da ementa do MS 24.073).

B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.

Essas as premissas que adoto para examinar o caso.

Creio que elas atenderiam às ponderáveis preocupações externadas pelo TCU quanto a um possível círculo vicioso de

MS 24.631 / DF *Supremo Tribunal Federal*

287

irresponsabilidade e impunidade, sintetizado no seguinte trecho, que extraio de fls. 262 dos autos:

"Por conseguinte, a valer a tese da irresponsabilidade do advogado público pelo parecer que elabora, restaria configurada uma situação clara de impunidade, qualquer que fosse a irregularidade praticada. O administrador sustentaria a correção do ato, por julgar-se respaldado em exame técnico de parecerista habilitado e este, por sua vez, valer-se-ia, como ocorreu neste caso, da inviolabilidade de sua opinião em relação ao que escreve, com o intuito de esquivar-se de qualquer imputação. Ademais, cumpre mencionar que este Tribunal tem admitido a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos, consoante se verifica do Acórdão n. 190/2001 - Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues:

"O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração".

Eu subscrevo inteiramente essas preocupações
externadas pelo TCU, Sr. Presidente.



No caso sob exame, entretanto, o que se faz necessário analisar é, tão-somente, a natureza do ato do Procurador da autarquia apontado como irregular pelo Tribunal de Contas da União, para fixar-se o campo de sua responsabilização.

O ato do TCU, ora atacado pelo impetrante (acórdão nº 891/2003), o indica como responsável em auditoria na qual "foram identificadas inúmeras irregularidades nos acordos firmados entre o DNER e as partes em litígio, com destaque para aqueles estabelecidos mesmo com ação judicial em trâmite e pagos sem a homologação em juízo" (fls. 253).

O acórdão do TCU recomenda sua audiência com base no art. 43, II, da Lei 8.443/92³, com a possibilidade de aplicação de multa caso o impetrante não "elida" o fundamento da impugnação.

Conforme o alegado na inicial, e afirmado nas informações, o impetrante, quando ocupava cargo de Procurador na Procuradoria-Geral do DNER, proferiu parecer jurídico (cópia a fls. 178) fundamentando seu entendimento na Lei 9.469/97, para concluir assim ser favorável ao envio do processo ao Diretor-

³ "Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este Capítulo, o Relator ou o Tribunal:

...

II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa.

Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta Lei."

Geral da Autarquia para a autorização da transação em juízo. Encerra o parecer remetendo-o à consideração superior.

Em suas informações, o TCU caracteriza a aprovação do pagamento de precatórios como ato complexo (fls. 260) para enfim sustentar que se "o parecer, como elemento essencial à formação do ato, estiver inquinado de vício, terá a potencialidade de macular o ato como um todo".

Mas a par da discussão sobre a natureza do ato complexo, o entendimento demonstrado nas informações do TCU revela, no caso, uma concepção de causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que "potencialmente" tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria.

Relevante é a finalização do procedimento administrativo. Como bem observado no parecer do Ministério Público:

"10. ... o impetrante se limitou a proferir manifestação favorável à celebração de acordo pela entidade autárquica, nos termos autorizados pela Lei 9.469/97. Aliás, ao contrário do que afirma o TCU, não se manifestou o impetrante de forma favorável à celebração de acordos extrajudiciais, tanto que no parecer em comento, resta expressamente determinado, já no primeiro parágrafo, que o processo administrativo tem por escopo a 'efetuação de transação judicial'."

E a fiscalização do TCU aponta justamente irregularidade na celebração de acordo extrajudicial, questão esta não submetida à apreciação do Procurador, ora impetrante.

