

A mudança encontra-se afinada com os fundamentos constantes deste trabalho, em que se defende a análise da *conduta* independente da *configuração da culpa*, e consoante a divisão da responsabilidade civil em dois planos de estudo. De todo modo, e tendo sempre como escopo a proteção dos valores mais importantes elegidos pelo ordenamento, ressalte-se que, muito provavelmente, a redução não logrará a preencher todos os requisitos normativos em tema de relações de consumo, dados os contornos valorativos ligados à hipossuficiência, que envolvem a tutela privilegiada em sede constitucional do consumidor. Ocorre que, no contrabalanço da desgraça do ofensor com culpa pequena, ingressam, conforme o caso, outros fatores robustos de consideração a favor da vítima. Além da hipossuficiência do consumidor, na responsabilidade contratual⁸¹, podem pesar a favor da vítima outros fundamentos tais como a boa-fé, as legítimas expectativas do contratante, a eventual existência de cláusula penal, a normativa do contrato em foco (se oneroso ou benéfico), dentre outros.

VI - Conclusões

Em tentativa de síntese do estudo tem-se que: (a) o princípio da reparação integral faz-se corolário de longa evolução no direito brasileiro, reflete valores fundamentais do ordenamento e apresenta *status* constitucional; (b) o mecanismo de redução equitativa da indenização para a hipótese de gritante desproporção entre conduta e resultado constitui *exceção* à reparação integral e, assim, recomenda extrema cautela em sua interpretação e aplicação, sob pena de *inconstitucionalidade*; (c) o dispositivo brasileiro, ao se ater unicamente ao grau de culpabilidade, distancia-se dos congêneres estrangeiros, que tomam em conta uma pluralidade de aspectos; (d) a aludida desproporção há de ser de grande monta (significativa), para além das discrepâncias ordinariamente presentes entre causa e consequência; (e) a redução impõe-se equitativa (o que se traduz pela análise de todo o conjunto de fatores presentes em cada caso *sub examen*, em especial a situação patrimonial tanto do causador do dano quanto da *vítima*) e, (f) inaplicável quando inexistir comprometimento patrimonial do agente para o pagamento da indenização, (g) deve partir da indicação prévia do valor base, correspondente à restituição integral, em homenagem à transparência e à fundamentação das decisões; (h) a solução engendrada no §, por fim, é de aplicação *cogente*, sem que se possa excluir qualquer espécie de dano (embora os extrapatrimoniais suscitem maior precaução) ou regime de responsabilidade (atentando-se às vicissitudes do regramento negocial), se assim a indicar o resultado da ponderação das circunstâncias do caso concreto, à luz dos valores constitucionais.

⁸⁰ Nesse sentido, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça de Portugal o entendimento segundo o qual a gradação da responsabilização em função da culpa não se aplica à sede contratual, nos seguintes termos: "A possibilidade de gradação equitativa da indemnização quando haja mera culpa do lesante encontra-se consagrada na lei apenas para a responsabilidade extracontratual, não sendo

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO

Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

Introdução

1. De início, um esclarecimento sobre nomenclatura. Este estudo optou pela expressão Advogado de Estado em lugar de advogado público para designar o advogado que desempenha suas funções a serviço institucional de entidades de direito público.

2. A razão mais evidente dessa opção é que a designação de advogado público é equívoca, confundindo-o com o defensor público, pois que este é também, etimologicamente, um advogado público (e até duplamente público, porque não só a sua função é pública, como também o é o seu atendimento, pois que dirigido ao público).

3. Por outro lado, a alternativa que se tem alvitrado para superar a ambigüidade — a de procurador público² — suscita outra confusão com o cargo de procurador de justiça, cujas funções, exercidas junto ao Poder Judiciário, se dirigem à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Parece, assim, de todo preferível manter-se a referência central ao Advogado de Estado para individuar o profissional do direito que exerce as especialíssimas funções previstas nos arts. 131 e 132, insertas na Seção II, do Capítulo IV, do Título IV da Constituição.

4. Com efeito, consoante já se vem expondo desde 1989³, todas as funções essenciais à justiça são essencialmente ministérios advocatícios *lato sensu*, constitucionalmente instituídos não apenas para a tradicional defesa de pessoas, de bens, de interesses e de direitos, que milenarmente tem caracterizado a advocacia, como também, em acréscimo, em sua evolução histórica, para a sustentação de valores fundantes da civilização e, por isso, a dos próprios ordenamentos jurídicos que os agasalham.

5. A especialização de funções advocatícias, que se vem processando desde há muito tempo no direito público brasileiro, alcança sua culminação positiva na Constituição de 1988, com a introdução do Capítulo dedicado às funções essenciais à justiça, não apenas alçando a advocacia *lato sensu* ao patamar constitucional, como definindo seus ramos — o privado e os públicos — em função dos interesses cuja cura lhes são cometidos.

6. Assim é que se distingue: a (1) advocacia privada, como sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) a advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdividida em três manifestações específicas.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Retirada, lamentavelmente com perda de rigor, da designação da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV, tal como alterada pela Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998, substituindo a denominação original - Advocacia Geral da União - que era correta não obstante parcial, da intenção do legislador constitucional de ampliar-lhe o sentido.

² Como empregado por Dárcio Augusto Chaves Faria, em A Ética Profissional dos Procuradores Públicos (Revista Forense, Vol 321, 1993 pp. 22 a 39), em primoroso trabalho pioneiro, no qual justifica seu uso pela preeminência do procuratório judicial: por ser o "encarregado de representar o ente estatal em juízo e promover sua defesa" (p. 22).

³ São dois trabalhos, nesse ano, sobre o tema: a tese - O Procurador do Estado na Constituição de 1988 - apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989, e o art. - As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988 - publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 43, 1991, pp. 30 a 40.

7. Essas três espécies funcionais de advocacia pública, criadas todas pela Carta Política, caracterizam diferentes ministérios públicos da advocacia, distinguidas, bem como as suas respectivas carreiras, consoante a especial tutela de interesses a que se dirigem: *primo*, a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o Ministério Público, expressão empregada agora em seu sentido estrito⁴; *secundo*, a advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado⁵, e, *tertio*, a advocacia dos hipossuficientes, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, constituindo a assim denominada Defensoria Pública⁶.

8. O autor deste estudo tem sustentado, desde a instituição constitucional dessas funções e de suas respectivas carreiras públicas, em mais de vinte sucessivos artigos e conferências, produzidos durante esses últimos dezoito anos, os seguintes princípios constitucionais informativos da Advocacia de Estado: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso, expostos como modesto adinículo ao desenvolvimento de uma doutrina consistente sobre as delicadas funções da Advocacia de Estado, na medida em que o Direito Público, e, em especial, o Direito Administrativo, vão ganhando importância nesta dinâmica era pós-moderna como o direito comum das cada vez mais intensas e complexas relações jurídicas entre cidadão e Estado.⁷

⁴ Art. 127 e ss., Constituição Federal. As funções do Ministério Público, embora necessariamente pressupondo a plena condição subjetiva de advogado devidamente inscrito no órgão colegiado corporativo próprio para concorrer ao ingresso em suas carreiras, são incompatíveis com o exercício da advocacia (art. 128, II, b, Constituição Federal), ficando, por isso, os seus membros, apartados do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁵ Art. 131 e 132 Constituição Federal. As funções de Advocacia de Estado estão explicitamente disciplinadas na Constituição Federal apenas as referidas ao serviço da União, dos Estados membros e do Distrito Federal, remanescendo para as Constituições Estaduais e para a Lei Orgânica do Distrito Federal disporem sobre suas respectivas carreiras. Quanto aos Municípios, as suas respectivas Leis Orgânicas Municipais são competentes para instituir regimes próprios de prestação da advocacia a serviço desses entes e de suas autarquias e fundações públicas, tanto se valendo de advogados ou procuradores municipais institucionais, investidos com ou sem exclusividade de funções, como de advogados privados, neste caso, sob contratação civil ou trabalhista.

⁶ Art. 134, Constituição Federal.

⁷ Estes princípios foram assim descritos e caracterizados no artigo mencionado na Nota 4, acima: A essencialidade está afirmada na própria designação constitucional das funções. Estas não podem deixar de existir com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A institucionalidade também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).

A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no art. 127, § 1º, ao tratar do Ministério Público, e no art. 127, § 1º, quando faz menção à Advocacia Geral da União; implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para

9. Não é de se estranhar, portanto, que amiúde seja necessário enfrentar problemas práticos referentes às próprias definições ônticas dessas funções (e respectivas carreiras), que surgem em razão mesmo dessas mencionadas novas características: a sua relativamente nova concepção constitucional, a progressiva extensão dos interesses

a Defensoria Pública, conforme revelação dos arts. 132 a 134.

A organicidade unipessoal decorre da fundamental e genérica condição de advogado, tal como estabelecida no art. 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, para empregar nomenclatura de Marcelo Caetano, com sua natureza institucional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (art. 132), mas fica implícito para os membros das demais procuraturas constitucionais.

A independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado (ou a outra função constitucionalmente autônoma) em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça.

A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constringer, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro modo, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no art. 135 da Constituição Federal, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra e mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A autonomia administrativa consiste na outorga às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se vale. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível a expandir a auto-administração do Poder Judiciário (art. 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no art. 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A autonomia de impulso, por fim, é o princípio fundamental da atuação de todas as procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes fora, respectivamente confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização (de ofício), e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

Nos subseqüentes trabalhos do Autor, desenvolvidos desde então, se tem mantido e reforçado essas convicções nos seguintes escritos e pronunciamentos: tese: O Procurador do Estado na Constituição de 1988, apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989; art.: As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988, publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 43, 1991, pp. 30 a 40; conferência no Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública, sobre o tema Advocacia Pública e Advocacia do Estado - Perfil Constitucional, promovido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em 1º de setembro de 1992; conferência no Simpósio sobre Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça, em Corumbá, em 18 de setembro de 1992; conferência no IV Congresso Nacional de Defensoria Pública e IV Encontro de Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema: Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça, outubro de 1992; conferência no Encontro Regional de Procuradores do Estado de São Paulo, sobre o tema Funções Essenciais à Justiça, em Ubatuba, SP, outubro de 1992; conferência sobre o tema Funções Essenciais à Justiça e a Advocacia Pública, Manaus, AM, dezembro de 1992; conferência sobre o tema As Funções Essenciais à Justiça na Constituição, Porto Velho,

envolvidos e, inegavelmente, a crescente complexidade de que se revestem suas funções.

10. É o caso do problema aqui enfrentado, que diz respeito à definição da responsabilidade do Advogado de Estado no exercício dessas funções constitucionais: especificamente, como surge e como se apresenta a sua responsabilização pela prolação de Pareceres jurídicos, como seus atos próprios que devem ser necessariamente apreciados sob a óptica dos princípios constitucionais enunciados, notadamente de dois dos acima destacados: a independência funcional e a inviolabilidade.

11. Não se trata, porém, de um tema absolutamente novo, pois que mesmo antes da Carta Política de 1988 examinava-se a responsabilidade dos advogados desde o prisma civilista, como o fizeram os já clássicos Aguiar Dias⁸, em 1950, e Garcez Neto⁹, em 1975, trabalhando sobre instituições de então.

12. Promulgada a Constituição de 1988, as suas grandes mudanças institucionais provocaram estudos já enfocados na nova concepção de advocacia do setor público, de seus limites éticos e, destacadamente, de sua responsabilidade funcional, como, entre outros, os empreendidos por Darcio Augusto Chaves Faria¹⁰, Gustavo Henrique

RO, dezembro de 1992; art.: Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais, publicado em separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a. 29, número 116, outubro/dezembro de 1992; conferência sobre o tema Aspectos Constitucionais da Defensoria Pública, na Procuradoria de Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, março de 1993; conferência no VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, sobre o tema Defensoria Pública e Revisão Constitucional, 13 de maio de 1993; tese: As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo - Guardiãs da Ética e da Cidadania, apresentada ao XIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Manaus, AM, maio de 1993; tese: Defensoria Pública e a Revisão Constitucional. Publicada nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de 1993; art.: Defensoria Pública e a Revisão Constitucional, publicado nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *suelto*, maio de 1993; art.: Ética e Funções Essenciais à Justiça no Presidencialismo Moderno, in *Advocacia de Estado*, órgão da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, a. II, n.º 5, julho de 1993, e na Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, DF, a. 30, n.º 120, out./dez. 1993, p. 67; tese: A Cidadania e a Advocacia no Estado Democrático de Direito, aprovada no XXII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Belo Horizonte, MG, novembro de 1996; art.: Advocacia de Estado e as novas competências federativas, publicado na Revista de Informação, Senado Federal, ano 33, n.º 129, 1996, p.275. Art.: Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. 50, 1997, pp. 11 e ss.; conferência: A Advocacia de Estado e seu Aperfeiçoamento, apresentada no X Encontro Estadual dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, em Canela, no dia 29 de setembro de 2001; conferência de abertura do V Congresso Nacional de Procuradores Federais, sob o título A Advocacia Pública como Função Constitucional Essencial à Existência do Estado Democrático de Direito, realizada em Fortaleza, Ceará, em 18 de outubro de 2004. Art. A Advocacia de Estado Revisitada – essencialidade ao Estado Democrático de Direito, texto consolidado a partir de duas conferências pronunciadas em Seminários realizados no País versando sobre Advocacia de Estado, provocadas pelos debates suscitados pela Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário: A Independência Técnico-funcional da Advocacia de Estado - proferida no Seminário A Procuradoria do Estado na Reforma do Judiciário, promovido pela Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – APERJ, em 19 de novembro de 2004, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, e conferência A Advocacia Pública e a Reforma do Judiciário, proferida no Seminário Advocacia Pública em Debate, promovido pela Procuradoria Regional da União na 4ª Região, em Porto Alegre, em 10 de dezembro de 2004.

⁸ AGUIAR DIAS, José de, Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro, Forense, 1950, ver pp. 317 a 327.

⁹ MARTINHO, Garcez Neto, Prática das responsabilidades civil, São Paulo, Saraiva, 1975, ver pp. 3 a 15 e 126 a 132.

¹⁰ FARIA, Darcio Augusto Chaves, A ética profissional dos procuradores públicos. Revista Forense, Ed. Forense, Vol. 321, 1993, pp. 23 a 39.

Justino de Oliveira¹¹, Marcio Cammarosano¹², Sérgio Cavalieri Filho¹³, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁴, Cláudio Renato do Canto Farág¹⁵, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶, Carlos Pinto Coelho da Motta¹⁷ e Marcos Juruena Villela Souto¹⁸.

13. Além desses monografistas, contribuíram para a bibliografia da advocacia de Estado, entre tantos, toda uma geração de jovens e cultos pensadores, como Marcos Ribeiro de Barros, Lia Raquel Prado e Silva Craveiro, Guilherme José Purvin Figueiredo, César do Vale Kirsch, Waldemar de Oliveira Leite, Pedro Lenza, Luziânia Carla Pinheiro, Carlos Augusto Alcântara Machado, Marcos Allan Carlos Moreira Magalhães, Costa Vianna Moog, Derley Barreto e Silva Filho, João Carlos Souto, Nestor Alcebíades Mendes Ximenes, e Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, que, entre outros nomes em ascensão, são os que, auspiciosamente, vieram a se somar aos que, pioneiramente, delinearão os fundamentos da Advocacia de Estado, como o fizeram Sérgio D'Andrea Ferreira, Hugo Nigro Mazzili, Gilmar Ferreira Mendes, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Mario Bernardes Sesta, José Afonso da Silva, Marcos Juruena Villela Souto e Leon Frejda Szklarowsky; nomes que serão sempre lembrados entre os que contribuíram para a necessária formação de uma doutrina brasileira das funções essenciais à justiça, e, mais particularmente, nas listas acima (infelizmente sempre incompletas), os que trataram especificamente da função de advocacia de Estado.

14. No presente trabalho, voltado especificamente ao tema epígrafado, a metodologia expositiva empregada será a dedutiva, partindo do geral para o particular, o que orienta o desenvolvimento do presente ensaio em três partes:

1ª Parte: os fundamentos teóricos;

2ª Parte: os fundamentos positivos e

3ª Parte: os Pareceres jurídicos, como atos próprios de consultoria de Estado e a competência para o controle sobre seus prolores.

1ª Parte: Os Fundamentos Teóricos

1. Não é necessário repisar que, como produto da vontade nacional, recolhida por via das instituições democráticas, o Poder do Estado é hoje pacificamente entendido

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, O Procurador do Estado e a plenitude do exercício da advocacia. Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, Ano XIII, n.º 11, 1997, pp. 760 a 764.

¹² CAMMAROSANO, Márcio, Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expõem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. ILC Informativo licitações e contratos, Ano IV, n.º 37, março de 1997, pp. 228 a 230.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de responsabilidade civil. São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 2002, pp. 333 a 336.

¹⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, Responsabilidade do órgão jurídico. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, Editora Fórum, Vol 2, n.º 13, 2002, pp. 468 e 469.

¹⁵ FARÁG, Cláudio Tenato do Canto, Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, Editora Fórum, Vol. 1, n.º 4, 2002, pp. 403 e 404.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. Revista dos Tribunais, Ano 92, Vol. 807, 2003, pp. 27 a 55. E também A advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional. In *Estudos de Direito Constitucional*, em homenagem a José Afonso da Silva, São Paulo, Editora RT, 2007, com o artigo datado de 2002.

¹⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho da, Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. Fórum administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 3, n.º 28, 2003, pp. 2369 a 2375.

¹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela, Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. In *Revista de direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral, 2006, n. 61, pp. 260-272.

como uno e indivisível, repartindo-se apenas o exercício das várias funções que lhe são cometidas pela sociedade e, por isso, atribuídas a diversos órgãos, para este efeito são criados.

2. Sob rigorosa exatidão científica, portanto, não há sentido nos dias de hoje na própria denominação clássica de “poderes” do Estado¹⁹, pois que, não importando como sejam eles designados, todos são nada mais que diferenciadas expressões funcionais autônomas de uma mesma fonte de vontade soberana. Tem-se, portanto, que a metonímica expressão “separação de poderes” há de ser entendida como figura de linguagem, e não como fórmula de estrito conteúdo técnico e, muito menos, como um dogma político, acaso sugestivo de uma visão na unidade do Poder Estatal em divisões estanques. Tal equívoco disseminado, tem levado a conseqüências radicais e defamadoras desse imprescindível conceito juspolítico que tem não apenas na independência do exercício de funções, mas, com igual ênfase, na interdependência colaboradora e fiscalizadora de todas funções públicas, toda sua utilíssima razão de ser.

3. Não obstante, a seqüência das revoluções liberais, com seus respectivos enfoques – a inglesa, nas funções legislativas do Parlamento; a americana, nas funções jurisdicionais da Suprema Corte; e a francesa, nas funções executivas da Administração Pública – enraizaram no pensamento ocidental a idéia de um trifido poder estatal, que, acentuando o viés autonômico, acabou induzindo um conceito exacerbado de independência orgânico-funcional que perdurou por todo o modernismo.

4. Nesse período, porém, desenvolveu-se uma prolongada saga evolutiva da doutrina de contenção do poder, que se foi manifestando em pequenas, mas sucessivas mudanças estruturais do constitucionalismo. Não obstante, indubitavelmente, a capital modificação doutrinária só viria a ocorrer no final do século passado, pressionada pela eclosão das sociedades pluralistas, que se refletiram nas estruturas poliárquicas do Estado pós-moderno, trazendo fortes demandas por uma democracia pós-censitária, passando, no percurso, o velho dogma da “tripartição de poderes”, a ser entendido como um princípio de organização do Poder Estatal, prestigiando, assim, a especialização de novas funções estatais dotadas de autonomia constitucional.

5. Assim sendo, em razão da observada dispersão policrática das funções estatais no contexto pós-moderno, os tradicionais complexos orgânicos – o legislativo, o judiciário e o executivo – não obstante mantendo, por tradição, a designação de “poderes” do Estado mesmo nas Constituições mais recentes, passaram progressivamente a coexistir e a se inter-relacionar com outros órgãos e complexos orgânicos, instituídos ou reinstituídos especialmente para desempenhar as novas funções constitucionalmente autônomas.²⁰

¹⁹ Montesquieu, refletindo sobre a constituição inglesa, descreveu o que via em seu sistema de governo como uma separação de poderes, conceito dos que mais influenciaram os constituintes norte-americanos, juntamente com as idéias de Bolingbroke, de Locke, de Rousseau e de outros próceres liberais da época. Sua preocupação, todavia, era a redução do poder da monarquia absoluta, vendo, por isso, nas assembléias, a possibilidade de controlar os abusos reais, daí a conhecida expressão “só o poder freia o poder”. Para tanto, era necessário que cada ramo do “poder” fosse independente. Interpreta-se hoje que seu objetivo não era o de defender uma absoluta estanqueidade entre esses três conjuntos orgânicos, propondo um esquema rígido de separação, mas, ao contrário, o que se extrai do seu célebre Livro Sexto do *Espírito das Leis* está mais para uma defesa pioneira do pluralismo, tal como poderia ser entendido em sua época, ou seja, como um sistema de equilíbrio em que a independência seria, sem dúvida importante, mas temperada com harmonia e interdependência entre os ramos que exercitam o poder.

²⁰ São exemplos desses órgãos constitucionalmente autônomos, no constitucionalismo comparado pós-moderno, entre outros: os Bancos Centrais, o Ministério Público ou entidades de fiscalização assemelhadas, os *Ombudsmen* ou ouvidores populares, as Advocacias de Estado, as Cortes de Contas e até Tribunais Constitucionais independentes.

6. Ora, dessa evolução está resultando que tanto os órgãos tradicionais, que continuaram inseridos na estrutura dos três clássicos “poderes do Estado”, como aqueles outros, que também passaram a gozar de autonomia constitucional para o desempenho de suas funções, todos praticam os respectivos *atos próprios* ao desempenho de cada função estatal a eles cometida.

7. Todavia, esses atos específicos das novas instituições autônomas, porque se lhes reconhece o exercício de correlatas e específicas manifestações do poder estatal, surgem carentes não apenas de uma nova nomenclatura que os identifique, como de uma análise doutrinária que os caracterize, uma vez que a antiga classificação tradicional tripartite – em atos legislativos, judiciais e administrativos – perdeu sua vigência dogmática, nada menos que ante essa diversificação de elementos funcionais e estruturais introduzida nas sociedades pós-modernas, desde logo, pela simples elevação ao *status* constitucional dessas funções.

8. Acresce que toda essa trama, assim adensada, de inter-relações, não mais se compatibiliza com o tradicional *debuxo* predominantemente hierárquico do aparelho de Estado, demandando, em razão da intensa complexidade das decorrentes interações interfuncionais, um dinâmico desenho reticular de relacionamentos entrecruzados, caracterizador das organizações pós-modernas.

9. Em conseqüência, a técnica de controle por freios e contrapesos, que havia sido inovada pela Constituição norte-americana para harmonizar um governo com três grandes centros funcionais, teve que necessariamente se expandir para abranger as novas configurações assumidas pelo Poder do Estado, pois que precisavam ser também devidamente controladas, dispondo-se, assim, novas funções de fiscalização e de correção, a compor uma ampla e complexa técnica de controles funcionais recíprocos, por certo, com sua necessária previsão e delimitação constitucionalmente definidas.

10. Nessas condições, harmonia e independência não de ser doravante entendidas como qualidades necessárias ao desempenho não apenas de três, como de todas as manifestações funcionais autônomas previstas nas Cartas Políticas; não apenas as antigas como as novas.

2ª Parte: Os Fundamentos Positivos

1. A Poliarquia, tão impressionantemente prenunciada nos escritos de Massimo Severo Giannini, está plenamente manifesta em alguns institutos da Constituição de 1988, notadamente, para o que aqui é relevante, com a instituição de funções e de órgãos constitucionalmente autônomos²¹ de que acima se tratou, sendo certo que a tendência que se evidencia nos debates atualmente em curso no País, é indicativa de sua progressiva expansão, o que faz sentido, tratando-se de atender a uma sociedade pluralista, tendência esta atualmente focada nos debates sobre a outorga de autonomia técnica ao Banco Central para a gestão da moeda, do crédito e do câmbio.

2. Nessas condições, deve ser também de natureza funcional a interpretação a ser dada ao art. 2º da Constituição, quanto à aplicabilidade dos princípios geminados da independência e da harmonia nele contidos. Vale dizer que essa independência outorgada pela Carta Política deve ser entendida como relativa, pois que necessariamente temperada pela interdependência, que se infere como tacitamente contida em tese no princípio da harmonia e expressamente manifestada nas hipóteses constitucionais de interferências funcionais expressamente previstas.

²¹ Destacam-se, no Brasil, como funções constitucionalmente autônomas, as exercidas pelos Tribunais e Conselhos de Contas (arts. 73 e 75), pelo Ministério Público (art. 127), e pela Advocacia Pública, nesta incluídos os Advogados de Estado e os Defensores Públicos, com suas respectivas expressões orgânicas (arts. 131, 132, 133 e 134)

Nunca é demais ressaltar que, dada a excepcionalidade dessas interferências entre órgãos constitucionalmente independentes, elas devem estar sempre expressamente previstas na Carta, não podendo ser ampliadas ou estendidas por via interpretativa.

3. Expostas essas generalidades, à guisa de fundamentos, cabe, a seguir, pela ordem, examinar os princípios e as regras constitucionalmente positivadas, especificamente as atinentes à função constitucional da Advocacia de Estado, que se contém sob a rubrica (acima já criticada) da “Advocacia Pública.”²²

4. Desde logo, tal como a todos os advogados, assegura-se ao Advogado de Estado, a *inviolabilidade dos atos e manifestações no exercício da profissão*²³, um princípio autônomo que faz de cada advogado um órgão unipessoal no exercício de uma parcela do poder estatal e, como tal, responsável único por seus atos e por suas manifestações jurídicas perante seu órgão coletivo corporativo, para esse fim, também elevado à previsão constitucional – a Ordem dos Advogados do Brasil²⁴.

5. Não obstante, os Advogados de Estado têm investidura especial em cargos para tanto constitucionalmente diferenciados, não se tratando, por isso, de cargos administrativos, mas de cargos jurídicos próprios, tal como instituídos na própria Carta Magna, especificamente dirigidos ao desempenho das funções advocatícias públicas de promoção e controle de legalidade (aqui entendida em sua acepção mais ampla, de juridicidade).

6. São inequivocamente funções de corte político, inconfundíveis portanto, por mais esse relevante diferencial constitucional *ratione materiae*, com as de servidores que exercem funções administrativas, pois essa especial investidura, além de induzir uma responsabilidade corporativa geral, perante os órgãos colegiados de classe, implica também em uma responsabilidade corporativa especial, perante os órgãos colegiados institucionais que lhes são próprios²⁵.

7. De resto, inexistente dispositivo constitucional do qual se possa inferir qualquer subordinação da atuação profissional do Advogado de Estado a qualquer outro órgão de previsão constitucional, salvo, evidentemente, a onímoda subordinação ao controle jurisdicional de qualquer ato que *importe em lesão ou ameaça a direito*.²⁶

8. Assim, em nível infraconstitucional, em legislação federal expressa e genericamente dirigida à Advocacia de Estado, ordenam cumulativamente o exercício desta função

²² Arts. 131 e 132, a que se acresce o enunciado genérico do art. 133, que abrange todas as manifestações da advocacia: a privada e as públicas.

²³ Eis a íntegra do dispositivo: Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da lei. Sérgio Cavalieri Filho, em comentário, aclara essa inviolabilidade nos seguintes termos: “Para proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição (art. 133) lhe assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações nos limites da lei. Mas em contrapartida, deve responder pelos seus atos quando violadores de deveres profissionais.”

Como se pode observar, o reputado doutrinador sublinha (no texto aqui posto em negrito) a responsabilização do advogado à lei que regula a sua profissão, pois apenas esta (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) define violações de deveres profissionais.

²⁴ Arts. 93, I, 103, VII, 129, § 3º e 132, *caput*.

²⁵ Os únicos órgãos institucionais colegiados mencionados na Constituição, além do da Ordem dos Advogados do Brasil, são os da advocacia da União: a Advocacia Geral da União; os demais órgãos institucionais das carreiras de advocacia de Estado são de criação e definição infraconstitucionais nas Constituições Estaduais, nas Leis Orgânicas distrital-federal e municipais e nas Leis Orgânicas dessas mesmas entidades.

²⁶ Art. 5º, XXXV, C.F. (*verbis*).

essencial do Estado os dispositivos específicos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil²⁷ e do Código de Processo Civil²⁸.

9. No Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil destacam-se os seguintes dispositivos pertinentes à questão sob exame, abrangendo, em sua generalidade, todos os ramos profissionais da advocacia:

“Art. 2º.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.²⁹

Art. 3º. O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

(...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

(...)

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.”

10. Outrossim, no Código de Processo Civil há disposições especificamente referidas à atividade de representação judicial:

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

²⁷ Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (na citação do texto legal recolhida adiante, destacados em negrito os pontos relevantes).

²⁸ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (do mesmo modo, na citação do texto legal recolhida adiante, destacados em negrito os pontos relevantes).

²⁹ Sérgio Cavalieri Filho, em comentário, aclara essa inviolabilidade nos seguintes termos: “Para proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição (art. 133) lhe assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações nos limites da lei.” (in Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, revista, aumentada e atualizada. 2002, p. 334).

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001).”

11. Cumpre, portanto, identificar as espécies de atos próprios tipificados para o exercício das funções constitucionais do Advogado de Estado. Ora, essa tipificação também está constitucionalizada, embora apresentando uma pequena diferença entre as funções atribuídas aos Advogados de Estado da União (art. 131) e aos dos Estados membros e do Distrito Federal (art. 132).

12. Assim, para os Advogados de Estado incorporados à Advocacia Geral da União, ficaram definidas quatro funções próprias e, em consequência, quatro espécies de atos próprios, a saber:

1º - a representação judicial da União – exercida por atos processuais de representação das pessoas jurídicas de direito público federais;

2º - a representação extrajudicial da União – exercida por atos negociais de natureza pública e privada;

3º - a consultoria do Poder Executivo – exercida por atos opinativos e

4º - o assessoramento jurídico do Poder Executivo – exercido por atos de assistência técnica em matéria jurídica.

13. Todavia, para os Advogados de Estado incorporados às Procuradorias Gerais dos Estados membros e à do Distrito Federal, estão constitucionalmente definidas apenas duas funções próprias e, em consequência, delas deduzidas duas espécies de atos próprios referidas ambas às respectivas unidades da Federação:

1º - a representação judicial – exercida por atos processuais forenses, e

2º - a consultoria jurídica – exercida por atos opinativos.

14. Não se afasta, em ambas as hipóteses, a possibilidade de as fontes infraconstitucionais lhes cometerem outras funções, obviamente desde que compatíveis com as constitucionalmente características da advocacia de Estado, ou seja: que essas

funções não lhes retirem, a seus exercentes, a necessária independência de atuação. É, tipicamente, o caso do cometimento de certas funções de auto-administração interna referidas ao pessoal, bens e serviços afetos às mencionadas Procuradorias, enquanto órgãos corporativos, que lhes são implicitamente asseguradas em razão de sua autonomia constitucional. Tais funções infraconstitucionais ser-lhes-ão impróprias, pois que não correspondem à atividade-fim da procuratura em questão, sendo, ao contrário, atividades meramente ancilares, ditadas pela peculiar conveniência das estruturas orgânicas, de modo que os Advogados de Estado, enquanto agentes públicos, possam exercer essas atividades administrativas de escopo limitado, sem que lhe prejudique a atuação principal – vale dizer: exclusivamente para a prática de atos administrativos introversos, como manifestações de eficácia meramente interna sobre pessoal, bens e serviços dos órgãos corporativos que os congregam.

3ª Parte: Os Pareceres Jurídicos como Atos Próprios de Consultoria de Estado e a Competência para o Controle sobre seus Prolatores

1. Por caber constitucionalmente aos Advogados de Estado a função constitucional de consultoria jurídica pública, os atos de natureza opinativa por eles praticados – denominados Pareceres jurídicos – constituem, em consequência, um tipo constitucional de atos próprios e deles exclusivos.

2. O exercício dessa função opinativa – de dizer o direito nas hipóteses concretas que se lhe são apresentadas – é um múnus público que recai sobre qualquer advogado apenas em razão de estar submetido a estatuto funcional próprio, ao qual adere voluntariamente, não respondendo, no seu exercício, senão à sua consciência e perante os órgãos de tutela profissional para tanto instituídos.

3. No caso específico do Advogado de Estado, a sujeição torna-se mais complexa, pois se remete a um duplo sistema estatutário, ambos de adesão voluntária, em que são previstos controles sobre seus atos profissionais, incluídos os de consultoria jurídica: (1) por um sistema geral a cargo de seus pares, através dos órgãos corporativos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil, e (2) por um sistema especial, também a cargo de seus pares, através de órgãos corporativos competentes da Procuradoria ou Advocacia de Estado do respectivo ente estatal a que sirvam.

4. Assim é que, em benefício do exercício da função de consultoria jurídica por Advogado de Estado, exatamente em razão dessa referida dupla submissão a esses exclusivos sistemas de controle corporativo, únicos que podem legitimamente limitar o desempenho profissional da advocacia dos entes públicos, institui-se uma dupla presunção: a de juridicidade do comportamento profissional e a de juridicidade dos atos de ofício.

5. A presunção de juridicidade do comportamento profissional do advogado decorre, já como ensinava o clássico Aguiar Dias, do referido caráter de múnus público da advocacia, obedecendo a regulamentação especial “*compendiada no Código de Ética Profissional*” e, sobre isso, “a infração de seus dispositivos não estabelece, de si só, a responsabilidade civil do advogado, salvo quando as recomendações aí contidas coincidam com os deveres profissionais estritos.”³⁰

6. Quanto à presunção de juridicidade dos atos de ofício do advogado, inerente aos atos de consultoria de Estado, esta coexiste *si et in quantum*, com sua precariedade, uma vez que atos opinativos, mesmo revestidos da roupagem institucional, são sempre juridicamente reapreciáveis.

³⁰ AGUIAR DIAS, José de, Da responsabilidade civil, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1950, p. 318.

7. Ora, a natureza do juízo expresso pelo Advogado de Estado em atos próprios da função de consultoria de Estado – como é o caso da prolação de Pareceres para os órgãos da Administração Pública – é de cunho exclusivo e estritamente jurídico, ou seja: a opinião expendida atine apenas a juridicidade das questões examinadas, e nada mais do que esse aspecto, ainda porque, apenas as suas conclusões de direito ganham eficácia jurídica, vale dizer que, quaisquer opiniões de outra natureza ainda que neles venham a ser registradas, não são eficazes, pelo simples fato de que desbordariam da competência profissional do agente jurídico.

8. Assim é que os dados técnicos ou fáticos apresentados pela Administração Consulente, bem como todos os demais aspectos caracterizados nas questões examinadas em Parecer jurídico, são necessariamente submetidas a decisões administrativas, próprias de gestores administrativos, que têm competência, sob a linha hierárquica própria, para o exercício da função administrativa de Estado. Assim, uma vez definida a matéria jurídica, a esses agentes gestores caberá então considerar os aspectos exclusivamente técnico administrativos, cuja apreciação e decisão são atos próprios e exclusivos dos órgãos da Administração Pública.

9. Assoma daí, com nitidez, que a imputação de uma esdrúxula co-responsabilidade ao Advogado de Estado pelo mero fato de o agente administrativo vir a acatar a orientação contida em seu opinamento jurídico, prende-se nada mais que a um desarrazoado *post hoc ergo propter hoc*, que conduz a um equívoco quanto ao real conteúdo da vinculação – não importando se facultativa ou necessária – do ato próprio decisório e final do órgão gestor da Administração, ao ato próprio opinativo e ancilar do órgão jurídico da Advocacia de Estado.

10. Posto em outros termos: o conteúdo da vinculação será diferente nas duas distintas hipóteses de obrigatoriedade: (1) na hipótese em que o agente gestor administrativo esteja obrigado por lei à audiência obrigatória do órgão jurídico para a validade do ato decisório, embora ele possa discordar motivadamente de suas conclusões de direito, e (2) na hipótese em que o agente administrativo esteja obrigado por lei não apenas à audiência como à observância obrigatória das estritas conclusões de direito do seu ditame, caso em que delas não poderá discordar, nem mesmo motivadamente, restando-lhe apenas, como alternativa da decisão que lhe cabe prolatar, determinar novas providências aperfeiçoadoras.

11. Esta segunda hipótese, que é a de vinculação jurídica absoluta do agente administrativo – tanto à audiência do órgão jurídico, quanto ao conteúdo técnico do opinamento – é uma condição de validade de seu próprio ato decisório administrativo, mas nada mais do que isso. Portanto, mesmo que o agente administrativo, laconicamente, deixe de apreciar os aspectos administrativos a seu cargo, como o são, desde logo, os de conveniência e de oportunidade, que lhe são exclusivos, limitando-se a apor a fórmula sintética “*com o Parecer*”, persiste intocado o entendimento de que a vinculação se deu nada mais do que, estritamente, à conclusão jurídica nele contida.

12. Ora, decisão administrativa, mesmo laconicamente expressada nessa tão reproduzida fórmula, em princípio não haverá como dela automaticamente se inferir que o agente administrativo se haja eximido de examinar as questões administrativas sobre as quais deve decidir, e tenha preferido tomar o opinamento do agente jurídico, positivo ou negativo, como se fora, ele próprio, não apenas um opinamento, mas a própria manifestação decisória.

13. Desse modo a presunção é de que, afinal e apenas, esse agente parcimonioso de palavras não teria visto necessidade de explicitar suas próprias e necessárias conclusões sobre os resíduos técnicos e fáticos administrativamente apreciáveis apenas por ele. Mas com o *caveat*: essa preferência pela brevidade por parte do agente administrativo nem faz do órgão jurídico um órgão decisório, quer total quer parcialmente,

nem, muito menos, transforma a satisfação da condição de decidir na própria decisão condicionada.

14. Observe-se que, ainda assim, o ato opinativo próprio do agente jurídico – que está limitado a declarar a existência ou a inexistência de uma determinada condição de validade de direito – não se convolará automaticamente em ato administrativo decisório próprio do agente gestor pelo simples fato de ter sido acatado pelo agente que detém a competência da decisão administrativa.

15. Repita-se, portanto, que, embora o Parecer seja absolutamente vinculatório quanto aos aspectos de direito envolvidos, qualquer decisão administrativa que nele se respalde continua sendo da exclusiva competência do agente legalmente intitulado a praticá-lo, na linha hierárquica administrativa própria, à qual, esclareça-se, não se subordina funcionalmente o Advogado Público.

16. Em suma: (1) nenhuma lei poderia transformar a investidura de um agente jurídico com função advocatícia constitucional essencial à justiça, para atribuir-lhe funções administrativas extroversas incompatíveis com sua investidura e com seus inafastáveis requisitos de autonomia, como, tampouco, (2) nenhuma lei poderia desnaturar-lhe um ato próprio de controle de legalidade, característico de seu ministério, que é o Parecer jurídico – para transmudá-lo em mero ato de gestão administrativa.

17. Identifica-se, na origem do equívoco, além do inefável *post hoc ergo propter hoc* apontado, uma simplificação esquemática de certas distinções tipológicas doutrinárias, que merecem, por isso, ser relembradas, tais como: (1) entre ato principal e ato acessório, (2) entre as sub categorias de ato facultativo e de ato indispensável e, (3), nesta última categoria, entre o ato auxiliar e o ato vinculante.

18. Pois bem, aplicando essa classificação, tem-se que a decisão administrativa em relação ao Parecer jurídico que a instrui, é sempre o ato principal, ou seja, é a manifestação de vontade que contém a definição competente sobre uma questão administrativa, cabendo à peça opinativa, na qualidade de ato acessório, trazer um aporte específico sobre as relações de direito envolvidas e, como se expôs, tornando-se juridicamente eficaz apenas quanto a este adminículo.

19. Por outro lado, prosseguindo no emprego da classificação acima, o Parecer jurídico tanto pode ser facultativo, dependendo do órgão decisório solicitá-lo ou não, como poderá ser indispensável, caso em que se torna obrigatório que o órgão jurídico seja ouvido.

20. Finalmente, obrigatório ou não, o Parecer jurídico, pode constituir um mero apoio para que nele se fundamente a decisão administrativa – neste caso, um ato auxiliar – ou ser, uma vez emitido, de observância obrigatória por parte do órgão decisório, sendo este o Parecer denominado de vinculante. Ora, se a lei prescreve o acatamento da opinião do órgão jurídico, implicitamente está a indicar que o legislador entendeu que ela não mais poderá ser revista em sede administrativa; mas, ainda assim, o agente gestor estará eximido de apreciar e de decidir motivadamente, por seu turno, as premissas técnicas e factuais de sua competência. E isso, por uma única e definitiva razão: o Parecer apenas satisfaz a uma específica condição de validade do ato decisório.

21. Pois bem, se a natureza opinativa das manifestações jurídicas – mesmo se vinculante na matéria de direito para o agente administrativo – é a que resulta do legítimo exercício da interpretação do Direito por parte do Advogado de Estado, a presunção de juridicidade, tanto de seu comportamento funcional, quanto de sua manifestação nesta qualidade, só pode ser afastada pelos órgãos constitucionalmente competentes para estabelecerem a culpa ou o dolo em sua atuação profissional e de, em consequência, lhes aplicar sanções em razão de vicioso exercício profissional, ou seja: apenas os já referidos órgãos corporativos de controle interno por pares a que está sujeito o advogado de Estado e, por cláusula geral, o Judiciário.

22. Em outras palavras: o abuso na prática da atividade de advocacia não se presume, e há sempre necessidade da prova do dolo ou da culpa na prática de um ato interpretativo, sendo esta apreciação privativa dos órgãos constitucionalmente competentes para declarar o abuso e aplicar a competente sanção prevista na legislação que rege a advocacia de Estado.

23. O Parecer jurídico, mesmo o vinculante, apenas torna obrigatória para o órgão administrativo decisório a observância de seu conteúdo interpretativo do direito, e nada mais que isto, pois jamais obrigará a edição de ato decisório por parte do agente administrativo competente, não se incluindo, portanto, naquela obrigatoriedade legal de respeitar os limites jurídicos opinados, qualquer aceitação estendida quanto aos dados técnicos ou fáticos acaso considerados.

24. No entanto, há mais: uma eventual falha na apreciação da matéria de direito por parte do Advogado de Estado não se confunde com falha de qualquer outra natureza, que se refira à apreciação da matéria técnica e fática, que incumbe ao agente administrativo, salvo se for provado em foro próprio, haver procedido com culpa ou dolo, não se podendo, portanto, desumir solidariedade em razão de faltas que possam até ser coincidentes, mas são heterogêneas em seu conteúdo: a de direito, se existente, que seria a do ato opinativo, e a de fato, se existente, que seria do ato decisório.

25. Ainda que existisse, *ad argumentandum*, essa solidariedade – que, desde logo, não se presume, pois só há de resultar de lei expressa – ainda assim o controle constitucional dessa solidariedade assim inferida de ato de consultoria de Estado é, por reserva constitucional, uma atribuição administrativa exclusiva dos referidos órgãos corporativos competentes de controle por pares e, por óbvio, atribuição jurisdicional, exclusiva do juiz natural do advogado de Estado, uma vez que quaisquer interferências entre órgãos dos três Poderes e, por compreensão, entre todos os demais órgãos constitucionalmente autônomos entre si, tal como se expôs exordialmente, só podem ser instituídos por expressa previsão constitucional – competência esta que, no caso, não se deferiu nem aos órgãos da Administração Pública, nem, tampouco, aos órgãos de contas.

26. Com efeito, no caso das Cortes de Contas, operando no exercício de suas funções constitucionais, há uma nítida diferença na natureza dos distintos controles a seu cargo: (1) de um lado, o que se entende como controle de legalidade da atividade de órgãos da administração pública, que está estritamente dirigido à “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial...” (art. 70, *caput*) e (2) o controle referido a atos de gestão praticados por “... 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, assumam obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, parágrafo único, Constituição Federal). Vale dizer que este segundo tipo de controle se exerce estritamente sobre atos praticados por gestores públicos e sempre que estejam atuando nesta condição.

27. Distinto é, portanto, o que se entende como controle de juridicidade pleno da atividade dos órgãos de consultoria jurídica de Estado, na hipótese, o referido a atos próprios de consultoria, de previsão constitucional, praticados por Advogados de Estado, atuando nesta condição e no privativo desempenho de sua função opinativa de direito.

28. Equivocado, portanto, com todas as vênias, o Acórdão nº 675/2006 do Plenário do Tribunal de Contas da União, prolatado em 10 de maio de 2006, que se tem referenciado como o *leading case* daquela colenda Corte, que justificaria a imposição de sanções pecuniárias por má gestão administrativa a Advogados de Estado atuando no estrito cumprimento de suas funções constitucionais de opinamento jurídico, em adotando a linha de argumentação que abaixo se transcreve para ser a seguir comentada:

“Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário”. (n/grifo).

29. Ora, é certo que os Tribunais de Contas estão livres para reexaminar a matéria de direito veiculada nos Pareceres jurídicos emitidos pelos órgãos jurídicos competentes do Estado para a Administração Pública, para considerá-los, se entenderem, como insatisfatórios e para motivadamente repudiá-los – ainda porque existe sempre a possibilidade de reexame de ato opinativo tanto como de decisões judiciais, só cessando a possibilidade dessa reapreciação sucessiva depois de recobertas estas pelo trânsito em julgado. Portanto, até este ponto, ou seja, contrariando as motivações dos Pareceres, aqueles órgãos de contas estarão corretamente exercitando sua competência interpretativa. Todavia não o estarão, e dela extravasarão ao retirar, como consequência dessa reinterpretção sempre possível, uma conclusão apenativa nitidamente subjetiva com relação ao comportamento do agente jurídico, como a que a seguir se transcreve:

“Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do Tribunal de Contas da União, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.” (n/grifo)

30. Como se lê nessa conclusão sibilina, em que se introduz uma distinção que nem a Constituição nem a lei autorizam, sem atentar para a necessária distinção entre escopos da fiscalização, o Acórdão labora em nítida confusão entre o *ato próprio do exercício da Advocacia de Estado* - enquanto tal, fora do controle funcional e sancionatório do Tribunal de Contas da União - com o *ato próprio de administração pública*, este sim, sob seu controle.

31. Ademais, por “relevância causal” não fica claro o que o Acórdão pretendia expressar, pois, afinal, qualquer ato condição, como, no caso, o é o Parecer juridicamente vinculatório da decisão administrativa, há de sempre apresentar esta legalmente definida relevância causal, já que não pode ser afastado do *iter* decisório. Assim, por consequência, todos os Pareceres jurídicos não têm esta “relevância causal”, mesmo porque desse modo o quer a lei (na hipótese, a definiu o art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993). Resta, em consequência, completamente destorcida a conclusão que dessa fundamentação se retira:

“A mera inscrição do servidor ou empregado público, na Ordem dos Advogados do Brasil, não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público.” (n/grifo)

32. Mais uma vez, e com a devida vênia, a surrada retórica da *reductio ad absurdum* empregada esconde o erro lógico sutilmente perpetrado: pois claro que é absolutamente certo que a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não induz qualquer sorte de impunidade no exercício da advocacia... só que, a formação de juízo técnico sobre a conduta e o ato do advogado, enquanto labora em sua atuação profissional, é exclusiva dos órgãos constitucionalmente competentes para que estes nela avaliem a existência de culpa ou dolo puníveis.

33. Não há, portanto, que se falar em impunidade, pois, no âmbito da fiscalização que lhe é própria, o Tribunal de Contas, sempre que for o caso, poderá e deverá oficiar aos órgãos competentes para impor as sanções próprias aos advogados que atuem com infração de seus deveres profissionais,³¹ que até depassam da aflição pecuniária, podendo chegar à exclusão da profissão ou do cargo do agente julgado culpado em devido processo legal.

34. O que não lhes cabem, aos Órgãos de Contas, é a usurpação dessas funções sancionatórias exclusivas dos órgãos constitucionalmente competentes, para processar o exame técnico dos atos próprios da advocacia – que são os Conselhos de pares – da Ordem dos Advogados do Brasil e das Procuradorias – e, sempre, o Judiciário – para aplicar a seu talante – e, como agravante, atropelando o devido processo legal adequado a que têm direito os advogados, para a formação de culpa e dolo no exercício profissional – sanções pecuniárias, por conta do que hajam tido como “atos praticados com grave violação à ordem jurídica”, ignorando a distinção entre agentes administrativos, sob sua jurisdição enquanto gestores públicos, e agentes jurídicos, enquanto advogados do Estado, no exercício de atividade de natureza totalmente distinta, qual essa de dizer o direito aplicável.

35. Segue, portanto, absolutamente pertinente e irretocável, em contrapartida, a jurisprudência a jurisprudência unânime do Supremo Tribunal Federal, como se expressa na ADI nº 2.652-6 DF, publicada no Diário da Justiça de 14 de novembro de 2003, cujo Extrato de Ata assim se lê:

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.652-6 DF
RELATOR: Min. Maurício Corrêa
REQUERENTE: Associação Nacional dos Procuradores de
Estado-ANAPE Advogados: Marcos Bernardes de Mello e outro;
REQUERIDO: Presidente da República
REQUERIDO: Congresso Nacional
DECISÃO: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente
o pedido formulado na inicial da ação para, sem redução de
texto, emprestar à expressão “ressalvados os advogados que se
sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados
do Brasil”, contida no parágrafo único do art. 14 do Código de
Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei federal nº*

³¹ Neste exato sentido, a seguinte Ementa (com nosso grifo):

“Mandado de Segurança. I- Considera-se evadido de ilegalidade o ato emanado do tribunal de contas, praticado em processo administrativo, que determinou à impetrante que pagasse valor certo a título de pena proporcional ao dano causado ao erário, ou se defendia. II- Compete exclusivamente ao conselho da seção da Ordem dos Advogados do Brasil o processo disciplinar dos advogados, relativo ao exercício da profissão. III- Ao Tribunal de Contas resguardar-se o poder de representar ao órgão competente as irregularidades e abusos no trabalho profissional da impetrante.”
(Classe do processo: mandado de segurança MSG362693 DF; registro do acórdão número: 71635; data de julgamento: 12/04/1994; órgão julgador: conselho especial; relator: Nívio Geraldo Gonçalves; publicação no DJU: 31/08/1994 p. 10; decisão: por maioria, em conceder a ordem.)

10.358, de 27 de dezembro de 2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público. Votou o Presidente, o Senhor Min. Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2003.

Presidência do Senhor Min. Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pentece, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.”

O âmago da questão decidida, que vem a ser a subsistência das prerrogativas de advogados, mesmo quando atuando investidos como servidores públicos, assim está exposto no voto da relatoria:

“2. Com efeito, seria mesmo um absurdo concluir que o legislador tenha pretendido excluir da ressalva os advogados sujeitos a outros regimes jurídicos, além daquele instituído pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, como ocorre, por exemplo, com os profissionais da advocacia que a exercem na condição de servidores públicos. Embora submetidos à legislação específica que regula tal exercício, também devem observância ao regime próprio do ente público contratante. Nem por isso, entretanto, deixam de gozar das prerrogativas, direitos e deveres dos advogados, estando sujeitos à disciplina própria da profissão (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 3º, § 1º, e 18).” (n/grifo).

E, adiante, em conclusão:

“5. Por outro lado, entendimento em sentido contrário implicaria, aí sim, inconstitucionalidade do preceito em exame, por manifesta violação à isonomia e à garantia da inviolabilidade que também detêm os advogados como um todo. No exercício das funções próprias da advocacia, inexistente diferenciação entre uns e outros, ao menos suficiente para justificar o discrimen. Neste contexto, para dissipar eventual dúvida a respeito, creio devam ser explicitados os limites do alcance da norma, para que se afaste qualquer interpretação equivocada no que tange ao seu real significado.” (n/grifo)

36. No mesmo sentido, colha-se do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 24.073 -3, DF, com a seguinte Ementa (nosso destaque) o seguinte escólio:

*“Mandado de Segurança n.º 24.073-3 Distrito Federal
RELATOR: Min. Carlos Velloso
IMPETRANTES: Rui Berford Dias e outros Advogados: Luís Roberto Barroso
IMPETRADO : Tribunal de Contas da União Ementa
Constitucional. Administrativo. Tribunal de Contas. Tomada de Contas: Advogado, Procurador: Parecer Constituição Federal, art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 2 8.906, de 4 de julho de 1994, art. 22, § 32, art. 72, art. 32, art. 34, IX.*

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed. 134 ed. p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido." (n/grifo)

No voto do Min. Relator Carlos Velloso, à fls. 387, encontra-se o fundamento adequado, posto com absoluta clareza, peculiar a seus arestos:

"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, na execução ex officio da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:

"Pareceres - Pareceres administrativo são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva. N (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro, 26a. ed., Malheiros, p. 185)". (n/grifo)

E prossegue o voto:

"É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas, nos atos de administração ativa.

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.

Esse é o primeiro fundamento que me leva a deferir a segurança. Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão do writ, é este: o advogado, segundo a Constituição Federal, "é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações; no exercício da profissão, nos limites da lei."

E, a esta altura, o ínclito julgador indica o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, como a lei competente.

No mesmo processado, com absoluta pertinência e até com um indisfarçado toque de ironia, ainda votou no mesmo diapasão o Min. Nelson Jobim à fls. 394:

"O Sr. Min. Nelson Jobim - Sr. Presidente, pelas informações contidas no voto do Relator, só faltava o Tribunal de Contas também envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados. E isso está perto. No momento em que se fala de ...doutrina pertinente", a impertinente pratica o ato de improbidade.

Tenho posição conhecida: empresas dessa natureza não estão sujeitas à verificação do Tribunal de Contas, mas essa não é a tese defendida, não é o caso sustentado. Só lembraria, na linha das observações do Min. Gilmar Mendes, que, no Rio de Janeiro, um determinado juiz de Direito está respondendo a uma investigação no Ministério Público em relação à improbidade administrativa. Por questões de Direito, em algum momento do tempo, havia sido membro de um dos conselhos do Botafogo e, em certas ações envolvendo o time, ele não se deu por impedido. Por isso, Membros do Ministério Público entenderam que ele havia praticado improbidade administrativa. O caso específico mostra claramente o exagero da visão, quase de pensamento único, pretendida pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas. Divergir dessa Corte é ter a responsabilidades em termos, inclusive, de análise de questões jurídicas, aplicadas em questões técnicas, podendo atingir até contadores, técnicos de contabilidade, economistas, etc." (n/grifo).

37. Não obstante todos esses arrazoados harmônicos e reiterados, duas recentes e surpreendentes decisões da Suprema Corte, em Mandados de Segurança, nº 24.631 e nº 24.584, ambos de agosto de 2007, têm preocupado os Advogados de Estado no exercício de suas funções, pois esses arestos inauguram discrepância quanto à tradicional e sadia orientação daquele excelso Pretório. Na verdade, neles se inova o tratamento do tema ao considerar que o art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ao tratar do procedimento licitatório, importava responsabilidade solidária aos advogados de Estado, ao dispor 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"³².

³² Art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 (com a redação dada pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994). (n/grifo).

38. Examinavam-se, na hipótese, decisões do Tribunal de Contas da União a respeito de pareceres jurídicos emitidos por Procuradores Federais, em que esta Corte os responsabilizava pelo que considerava “manifestações jurídicas errôneas”, que redundaram na aprovação de aditivo, de convênios administrativos. O Supremo Tribunal Federal levou em consideração certo argumento doutrinário, levantado pelo Tribunal de Contas, em que se distinguiam três hipóteses de Pareceres, segundo a natureza da consulta. Seriam, portanto, essas consultas:

“1ª) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; 2ª) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3ª) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de ‘decidir à luz de parecer vinculante’, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.³³

39. Vale dizer que na hipótese da *consulta vinculante*, aquela em que a Lei obriga o agente administrativo a seguir a orientação jurídica do Parecer, entender-se-ia que o Advogado de Estado que o emitisse estaria agindo como co-administrador público, podendo ser, portanto, responsabilizado como tal, solidariamente com o agente gestor prolator da decisão.

40. Novamente com a devida vênia do Excelso Pretório, essas decisões repetem os mesmos equívocos em que incidiu o Tribunal de Contas da União ao ressuscitar a perigosa tese da co-responsabilidade dos Advogados Públicos – e, ainda, com a máxima vênia, é de se qualificar como extremamente perigosa para a sobrevivência de uma Advocacia de Estado independente e altaneira – que é esta que se vem progredindo e aperfeiçoando em suas funções desde o novo *status* que lhe foi conferido pela Carta Política de 1988. E isso porque decisões que não façam o necessário discrimen entre funções de gestão pública e de advocacia pública, concorrem para debilitar essa elevada conquista do Estado Democrático de Direito, ora em pleno desenvolvimento de suas potencialidades em defesa da cidadania, pois esta é, afinal, tônica e finalidade última de todas as espécies instituídas de funções essenciais à justiça.

41. São sempre, ainda com permissão dos seus respeitáveis prolores, sérios equívocos, a demandar nova reflexão e reconsideração que deles se espera, ainda porque, infelizmente, sua manutenção, ao revés de concorrer para o aperfeiçoamento da Administração, desestimulará uma geração de jovens advogados de Estado concursados, pois que, temerosos das conseqüências que possam decorrer do exercício independente e intemorato de sua profissão, ante a possibilidade de serem acimados de faltosos e de receberem sanções pecuniárias, ao serem tratados como se fossem agentes gestores solidários e, sobre tudo isso, privados da garantia do devido processo da lei perante seus órgãos próprios de tutela, tão somente porque seus opinamentos jurídicos não coincidiram com o das Cortes de Contas, que os consideram “errôneos”. Preferirão, estes jovens que ingressam nas Procuradorias, ou a comodidade da via de menor risco, ou seja, a falsa segurança de se inclinarem por uma negativa habitual que os desonere, ou, o que será igualmente catastrófico para todos os níveis da Federação,

se afastarão da advocacia de Estado agentes de personalidade e de coragem, que são os que mais podem contribuir para a boa administração.

42. Podem ser, em suma, alinhados os seguintes seis equívocos, que evidenciam o agravamento dessa generalizada angústia por parte dos agentes jurídicos da advocacia de Estado, de modo que, quanto mais breve curso tenha, mais rapidamente se dissipará o temor de punições pecuniárias à conta de atos de terceiros e sem o devido processo próprio de suas prerrogativas, e melhor, afinal, para a afirmação que em última análise se espera, da advocacia, como função constitucionalmente independente.

1º Equívoco – Leis não podem alterar a natureza de competências constitucionais.

Com efeito, como a lei ordinária não se pode sobrepor à Constituição, tampouco se pode inferir que o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, haja criado uma exceção à autonomia constitucional dos advogados, como operadores aos quais se incumbe meramente a dicção do direito, para desse modo confundi-los com a própria Administração, enquanto parte consulente.

2º Equívoco – A Lei de licitações, no art. 38, parágrafo único, não comete ao Advogado de Estado qualquer competência administrativa.

O Advogado de Estado nada decide quanto à conveniência ou à oportunidade dos atos que lhe são submetidos, mas, tão somente, sobre o que seja de sua competência, que vem a ser a sua intrínseca juridicidade, e tudo segundo sua ciência e sua consciência, pois que são esses os únicos referenciais de seu opinamento profissional, e sempre *sub censura*. Logo, à toda evidência, no desempenho desta função de dizer o direito aplicável, o Advogado de Estado não pratica ato de administração. E assim o é, porque nem tem investidura para prática de atos administrativos extrovertidos, nem, tampouco, dispõe da formação e da informação burocráticas necessárias para praticá-los.

3º Equívoco – O agente administrativo detém, em razão de sua competência própria, a plena decisão sobre a prática do ato sob questão, quer em sentido positivo como em sentido negativo, bem como para determinar os accertamentos que lhe pareçam oportunos e convenientes ou, de qualquer modo, necessários à higidez administrativa do ato. O que se lhe veda, com a vinculação ao Parecer, é apenas divergir da orientação jurídica nele contida.

Conforme já se deixou esclarecido, por serem decisões de natureza distinta – a jurídica e a administrativa – cabe ao agente gestor competente, quando da emissão de sua decisão, com plenitude, a exclusividade administrativa decisória: tanto para concluir pela prática do ato sob exame, como para não o praticar, bem como, ainda, para praticá-lo sob as condições fáticas e técnicas que julgar cabíveis, mas, em todos os casos, sempre com vistas ao atendimento do interesse público específico, que está funcionalmente a seu cargo (e não, por óbvio, a cargo do Advogado de Estado...).

4º Equívoco – A solidariedade, por decorrer *expressamente* da lei, não poderia ser *implicitamente* admitida pela prática de mero ato-condição, como o é o Parecer vinculatório, no qual a manifestação de vontade opinativa além de ancilar, está limitada a um juízo exclusivamente jurídico, que se torna vinculante apenas sob este exclusivo aspecto.

O Parecer vinculante integrará, por certo, a decisão adveniente do agente administrativo, mas apenas no que diz respeito à eficácia própria de sua natureza, ou

³³ MS 24.631, Relator o Min. Joaquim Barbosa (nossos grifos para caracterizar a tipologia inovada nessas decisões).

seja: uma opinião jurídica que apenas autoriza, e sob este exclusivo aspecto, a prática do ato de gestão em questão. O Parecer jurídico não vai a ponto de recomendar nem, muito menos, de obrigar a prática do ato administrativo decisório, porque a vinculação, tal como na letra da lei se encontra, refere-se (*ipsis litteris*) a uma aprovação. Aprovar é admitir ou não a juridicidade – mas, frise-se, sempre e exclusivamente em termos de direito – ou seja, uma aprovação limitada à matéria jurídica opinada. Tem-se, pois, como problemático engano ampliar essa vinculação a ponto de se considerar que esse caráter vinculatório o seja com tal elasticidade e com tal desbordamento a ponto de obrigar a quem quer que seja o órgão gestor que deva decidir administrativamente, a tomar determinada decisão pelo simples fato de aprovação ou desaprovação de direito. Portanto, por ter essa natureza, de ato condição, apenas a desaprovação jurídica é vinculante de uma decisão administrativa, seja negativa, seja sanatória da ilegalidade *lato sensu*, já que, nesta hipótese, lhe faltaria, ao agente gestor, ao decidir, um elemento legal essencial.

5º Equívoco – Apenas *ad argumentandum*: ainda que se considerasse que a emissão de um Parecer jurídico tido pelas Cortes de Contas como errôneo, omissivo, com defeito ou falso embasamento doutrinário ou jurisprudencial, tendencioso ou eivado de vícios técnicos ou de vontade, ainda assim, a responsabilização do Advogado de Estado, que legitimaria aqueles Órgãos a aplicar-lhe sanção *pelo presumido exercício faltoso de sua profissão*, dependeria sempre da prévia prova de culpa ou de dolo, processualmente formada perante seus órgãos próprios de controle – sejam os corporativos, seja o Judiciário – e por eles decidida no exercício de suas próprias e indelegáveis competências e, como tal, inafastáveis.

Realmente, a aplicação de sanção pecuniária ao Advogado do Estado em razão da constatação de vício em sua atuação profissional constitui-se em intervenção de uma função constitucionalmente autônoma (a dos Órgãos de Contas) sobre outra (a dos Órgãos Corporativos da Profissão de Advogado); intervenção essa que seria de tipo não previsto na Carta Política, na verdade, o único texto que poderia autorizar tal sorte de controle. Ao contrário do afirmado, o abuso advocatício, se perpetrado, não restaria em absoluto incontrolável em tais hipóteses, pois, obviamente, os controle próprios já existem, devidamente previstos, sendo eles: *primo*, o controle corporativo – exercido pelos órgãos colegiados a que está sujeito o presumido advogado infrator, e em duplicidade, no caso do Advogado de Estado (as Procuradorias próprias e a Ordem dos Advogados do Brasil), e, *secundo*, o controle jurisdicional, bastando apenas que o Órgão de Contas, nessa hipótese, os acione, por uma simples comunicação por ofício, para pôr em marcha os devidos processos legais aptos para impor sanções administrativas a advogados.

6º Equívoco – O texto do art. 38, parágrafo único, não se refere exatamente a uma atividade de consultoria jurídica, mas a uma atividade de assessoria jurídica, atuação esta técnica e legalmente distinta daquela.

Reza a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – Ordem dos Advogados do Brasil:

“Art.1º. São atividades privativas de advocacia:
I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.
II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.”
(n/grifo).

Em razão dessa diferença introduzida na Lei, é possível deduzir-se que uma interpretação conforme a Constituição desse dispositivo, para que a legislação infraconstitucional não conflite com a Lei Magna, é excluyente da atividade parecerista. Com efeito, a atividade de consultoria jurídica reservada ao Advogado de Estado é atividade em que este emite uma opinião própria e sempre vinculante, porque, pelo menos, exigirá que a autoridade decisória motive cabal e explicitamente porque não segue o opinamento nele contido. Distintamente, porém, na atividade de assessoramento jurídico, embora também de reserva legal do Advogado de Estado, o assessor apenas coadjuva e supre o assessorado com justificativas e com motivações que podem, até mesmo, não serem de sua própria convicção, mas sugeridas com vistas a colaborar e a suprir, com argumentos jurídicos, o ponto de vista próprio do assessorado, como órgão decisório. Nestas condições, não se trata de função de assessoria, mas de consultoria, a desempenhada pelo Advogado de Estado, pois que só esta vincula, já que na função de assessoria, o agente gestor assessorado colhe apenas subsídios de seu assessor, para chegar à sua própria conclusão sobre o ato de gestão que dele se espera. Assim, em razão mesmo da independência funcional do Advogado de Estado, que age em atividade de consultoria – e não de assessoria – seria tecnicamente impossível, como sustentado, cogitar-se de solidariedade e, mesmo que se pudesse lididamente suspeitar que o agente jurídico, nesta qualidade, agiu com dolo ou culpa, a sua apuração deveria seguir o devido processo da lei, como garantia geral de todo e qualquer cidadão, e, portanto, perante os órgãos competentes para processar e impor sanções a advogados faltosos.

Conclusão

1. À guisa de resumo, é possível deixar alinhadas as seguintes conclusões:
Atividade advocatícia pública não se confunde com atividade de administração pública.

Ato próprio de Advogado de Estado não é ato de gestão administrativa de dinheiros, bens e valores públicos.

Advogado de Estado é agente público *sui generis*, de natureza política e status constitucional, pois exerce unipessoalmente uma parcela do poder do Estado que lhe é conferida em seu ministério, de impulso e de direção do direito, e não um agente administrativo que pratica atos de gestão sob ordens hierárquicas.

O Parecer jurídico é ato próprio da atividade advocatícia, privada ou pública, e não um ato próprio da Administração.³⁴

A solidariedade decorre expressamente da lei, não podendo ser inferida de uma autorização, máxime quando se trate de uma apreciação parcial – apenas de legalidade – de uma questão que deve ser decidida administrativamente, ou seja, à luz de outras premissas, tais como conveniência, oportunidade, legitimidade e economicidade – essas, portanto, postas sob a competência das Cortes de Contas.

2. Por óbvio, não se questiona a competência das diversas Cortes de Contas do País de adotarem suas próprias interpretações do Direito, pois o critério de juridicidade contido nos Pareceres jurídicos dos Advogados de Estado não se lhes obriga, uma vez que são apenas atos opinativos estão *sub censura*, como, de resto, todos os atos interpretativos do Direito, até mesmo os judiciais, até que transitem em julgado.

³⁴ A este respeito, até a promulgação da Carta Política de 1988 era perfeitamente plausível a inclusão do Parecer jurídico na categoria geral dos pareceres administrativos, porque não se havia destacado constitucionalmente as funções essenciais à justiça e, entre elas, a função de advocacia de Estado.

3. Assim é que as Cortes de Contas, por se tratarem de órgãos constitucionalmente autônomos em suas respectivas funções, tanto quanto o são os órgãos exercentes das funções essenciais à justiça em suas funções próprias, estão livres para adotar as interpretações que lhes pareçam mais adequadas, divergindo, criticando e repudiando as conclusões de direito contidas em Pareceres jurídicos, mas, mesmo que os tenham como ineptos ou viciados, não podem impor aos Advogados de Estado as sanções administrativas de sua competência, reservada aos gestores, apenas por entenderem que os profissionais de direito, nesta qualidade, cometeram faltas.

4. Com efeito, o poder sancionatório desses órgãos de fiscalização de contas do País, previsto no art. 71, VIII, da Constituição³⁵, é exclusivamente dirigido aos gestores administrativos referidos no supracitado art. 70, parágrafo único, pois são esses que exercem competência decisória (administrativa) na prática de atos eivados de ilegalidade de despesa ou com irregularidade contábil.

5. Por outro lado, é evidente que, pela aplicação de sanções aos Advogados de Estado, por considerá-los “co-autores” de ilegalidades ou de irregularidades de gestão administrativa pública em razão de sua atuação funcional, os órgãos de contas estariam se substituindo, sem o devido fundamento constitucional e sem o devido processo legal, aos órgãos colegiados de controle e, ainda com maior razão, aos próprios órgãos judiciais, em suas respectivas funções constitucionalmente privativas de controle e de imposição de sanções.

6. Todavia, essa usurpação de funções sancionatórias sobre Advogados de Estado, a que se arrogam as Cortes de Contas, por si só inconstitucional, por se dar em violação da autonomia funcional de que gozam os órgãos exercentes das funções essenciais à justiça, ainda mais se agrava quando vem aplicada sob o fundamento de pretendida “solidariedade”, porque: 1º - tanto no juízo corporativo interno do ato advocatício *tout court*, como atividade privativa dos órgãos colegiados, conformados por seus pares advogados; 2º - quanto no juízo corporativo interno do ato advocatício de Estado, privativa dos órgãos colegiados, conformados por seus pares advogados de Estado; 3º - quanto, por fim, no juízo jurisdicional externo do ato advocatício, não importando se for ato privado ou público, como competência dos órgãos do Judiciário – se tem que quaisquer sanções, como a de imposição pecuniária, que decorram de imputação de falta profissional de advogado, *depende inafastavelmente da prova de culpa ou de dolo*, sempre formada em processo próprio, perante órgãos competentes, em que seja franqueada ampla defesa.

7. A Advocacia de Estado – por derradeiro, como de resto qualquer dos ramos de seu antigo e respeitável ministério, necessita de segurança e de serenidade para uma atuação profícua, em benefício dos sagrados valores que deve sustentar e, no Estado Democrático de Direito, desde logo o são dignidade humana e cidadania – tem no medo o seu pior inimigo.

³⁵ “Art. 71. (...) - VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei...”

ANOTAÇÕES SOBRE O NOVO REGIME DA SÚMULA VINCULANTE

Elias Gazal Rocha*

Súmarío: I - Considerações iniciais; II - Breve retrospectiva histórica; III - A Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006; IV - Principais requisitos das proposições com efeito vinculante; V - As primeiras proposições editadas; VI - O método ora em uso no Supremo Tribunal Federal; VII - Um exercício de cálculo; VIII - Conclusões.

I – Considerações Iniciais

O crescimento exponencial do exercício da cidadania, sobretudo após a década de 90, levou milhões de brasileiros a procurarem seus direitos por meio do ajuizamento de ações as mais diversas. Contribuíram positiva e decisivamente para isso os avanços introduzidos pela Constituição Federal de 1988, pelo advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e pelos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995).

Todavia, esse crescimento levou também à superlotação das vias forenses, não sendo raro, no atual estado de coisas, que o Poder Judiciário se veja, em várias ocasiões, praticamente impossibilitado de operar em suas funções mais básicas, com evidente prejuízo para a entrega da jurisdição de forma tempestiva e eficaz.

Como agravante desse quadro verificou-se o chamado *excesso de litigiosidade*, isto é, a utilização excessiva (e, portanto, abusiva) dos mecanismos judiciais por parte de algumas poucas pessoas – majoritariamente, o Poder Público, concessionárias de serviços públicos e agentes financeiros –, de forma a praticamente inviabilizar o acesso à justiça à maior parte da população, em particular à sua camada mais empobrecida¹.

Infundáveis tentativas de reforma legislativa já foram feitas buscando a melhora da função jurisdicional, mas, hoje, já se percebe com clareza que só emendar a Constituição ou meramente alterar dispositivos do Código de Processo Civil é remédio duvidoso (ou, ao menos, de pouco resultado prático), pois a maioria das modificações dessa ordem jamais apresentou, até aqui, benefícios concretos nem para os que exercem nem, menos ainda, para aqueles que buscam a jurisdição.

Basta citar uns poucos exemplos.

No campo constitucional, já estamos na Emenda nº 56, de 20 de dezembro de 2007, o que corresponde à média de quase 3 (três) emendas por ano, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (sem contar as emendas de *revisão*). Pode-se lembrar, também, o exemplo da introdução da *ação declaratória de constitucionalidade* pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que gerou enormes debates quanto à validade desse meio de controle direto, mas que, no campo prático, de quase nada adiantou: até hoje, somente 20 (vinte) ações declaratórias dessa natureza foram distribuídas, o que corresponde a pouco mais de 1 (uma) ação ajuizada por ano².

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, “Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante”, in Revista dos Tribunais nº 865, pp. 20/35, em especial às pp. 28/29.

² Informação obtida no site do Supremo Tribunal Federal, em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>, acesso em 28/01/08.