UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB

FACULDADE DE DIREITO

LEONARDO NESSO VOLPATTI

GOVERNANÇA PÚBLICA: OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO E DO GESTOR NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E NA APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Brasília

2017

LEONARDO NESSO VOLPATTI

GOVERNANÇA PÚBLICA: OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO E DO GESTOR NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E NA APLICAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Tese (ou Dissertação) apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de graduação, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Brasília

2017

LEONARDO NESSO VOLPATTI

GOVERNANÇA PÚBLICA: OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO E DO GESTOR NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E NA APLICAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Tese (ou Dissertação) apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Márcio Iório Aranha
Universidade de Brasília – UNB

_____

Prof. Dr. Lucas Rocha Furtado
Universidade de Brasília – UNB

_____

Prof. MSc. Carlos Eduardo Elias De Oliveira
Universidade de Brasília – UNB

_____

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
Universidade de Brasília – UNB
Professor Orientador – Presidente da Banca Examinadora

Brasília, ____ de Dezembro de 2017

Primeiramente dedico esse trabalho aos meus pais: Rosângela e José Carlos. São guerreiros que lutaram e lutam até o presente momento para tornar possível o sonho de seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria também de dedicar esse trabalho a minha noiva Mariana, tendo em vista todo o apoio e ajuda na formatação desse texto, bem como todo o carinho dedicação que possui em qualquer atividade que se dispõe a fazer.

Gostaria de agradecer todo a ajuda do Professor Carlos Elias para com a elaboração desse texto, bem como todas as conversas realizadas para o melhor aprimoramento de uma proposta de pesquisa na área.

Gostaria de agradecer o professor Jorge Galvão pelas aulas ministradas em Direito Constitucional e Direito Administrativo na Universidade de Brasília, bem como as oportunidades de ser seu monitor nas mesmas disciplinas. As aulas do eminente professor me direcionaram e despertaram meu interesse para a área de direito constitucional no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, razão pela qual obtive sucesso no certame antes mesmo de concluir a graduação.

Gostaria de agradecer a oportunidade do Professor Lucas Furtado em estar presente na banca examinadora da presente monografia. A presença do eminente professor me honra, tendo em vista a sua enorme contribuição na área de Direito Administrativo.

Gostaria de agradecer ao Professor Márcio Iório pelas aulas de direito regulatório, pois, definitivamente, foi uma grande oportunidade para entender os problemas de infraestrutura do país, bem como as soluções institucionais para atender melhor ao bem-estar público.

“O Direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo.”

Miguel Reale

RESUMO

O presente trabalho se dedica a examinar o plano de responsabilização administrativa dos advogados públicos e dos gestores públicos no âmbito da União. Para facilitar essa análise, vamos usar como parâmetro o Tribunal de Contas da União e a Advocacia Geral da União adequando seus respectivos papeis institucionais diante do ordenamento jurídico brasileiro. O propósito de analisar a responsabilização desses agentes tem como finalidade verificar os aspectos legais e jurisprudenciais da possibilidade de punição dos gestores e advogados públicos diante do TCU.

Palavras-chaves: Responsabilização administrativa. TCU. AGU. Gestores públicos. Licitação. parecerista jurídico, administração pública, responsabilização

ABSTRACT

The paper is devoted to examining the plan of administrative accountability of public lawyers and public managers within the government. In order to facilitate this analysis, we will use as parameter the Court of Auditors of the Union and the General Law of the Union adjusting their respective institutional roles before the Brazilian legal system.

The propose of these paper is to verify the legal and jurisprudential aspects of the possibility of punishment of the TCU before the public managers and lawyers.

Key-words: Administrative responsibility. TCU. AGU. Public managers. Bidding. legal advisor, public administration, accountability

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO..... 08
2 NATUREZA DA CIENCIA JURÍDICA: NATUREZA INEXATA DO DIREITO. 10
2.1 CULTURALISMO JURÍDICO..... 12
2.2 A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO DIREITO..... 13
3 A ADVOCACIA PÚBLICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA..... 17
3.1 RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PELA EMISSÃO DE PARECERES JURÍDICOS..... 18
4 A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO..... 25
5 CONCLUSÃO..... 30
REFERENCIAS..... 32

1. INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje é evidente que conjugar o princípio da eficiência com o princípio da finalidade parece um desafio constante na administração pública.

No intuito de conseguir transformar ações em direitos para os cidadãos é necessário transformar a estrutura administrativa estatal para tornar mais ágil a tomada de decisões cotidianas.

Os gestores públicos, responsáveis por executar as ações do Estado, devem seguir as normas e o interesse público de modo a guiar suas ações com segurança jurídica e na busca de obter a máxima vantagem ao poder público.

Apesar de se buscar a eficiência como finalidade, muitas vezes, não verificamos a concretude desse conceito diante dos desafios da vida prática da administração pública.

Entendemos que a segurança jurídica é difícil de ser alcançada quando não se fica claro e consolidado qual é a instituição que deva dar a palavra final sobre a matéria de interpretação de Direito e quem deva fazer a escolha pública no sentido de obter a maior vantagem a administração estatal.

O papel constitucional dos advogados públicos em interpretar a lei deve garantir condições estáveis para a tomada de decisão dos gestores públicos, cabendo aos gestores públicos aplicarem o entendimento da norma que mais atenda a maior vantagem ao interesse público, conforme seu entendimento e a manifestação dos interpretes do direito.

Para os gestores públicos atuarem em condições estáveis, eles devem ser chancelados por pareceres jurídicos que garantam o rol de escolhas públicas diante do alicerce da legalidade. A advocacia pública, portanto, é a instituto que a Constituição Federal de 1988 criou com a missão de cumprir essa tarefa. Mas para isso, não pode haver extensões de punições dos pareceristas por divergirem diante da sua atividade interpretativa do Direito, tendo em vista que a ciência do Direito é matéria inexata.

As evidências indicam que o plano da responsabilização dos gestores públicos, diante do caso concreto, deveria levar em conta apenas o dolo do agente quando houver orientação de parecer da advocacia pública apontando a interpretação das regras do direito aplicáveis ao caso. Assim sendo, sustentamos que o gestor público não pode ser punido posteriormente após seguir orientação

jurídicas do parecerista, salvo se provado o caráter ilícito, corrupção ou de fraude da conduta do parecerista ou do gestor público.

Quando se tratar de matéria de Direito, portanto, seria afastada qualquer punição administrativa ao advogado público, em decorrência de divergência de tese jurídica em relação ao TCU ou com qualquer outro órgão de controle externo. E, quando se tratar de divergência quanto à matéria de escolha da maior vantagem ao poder público, caberá ao gestor público justificar a escolha, não podendo ser punido por divergência em relação ao juízo de vantagem ao poder público.

O presente estudo visa esclarecer e discutir o desenho normativo brasileiro sobre o plano da responsabilização administrativa do advogado público e do gestor público na tomada de decisão para aplicação das normas do direito público.

O gestor público, no caso, será entendido no sentido estrito do termo, ou seja, será todo aquele que prática ato de gestão, ou seja, ato administrativo vinculado a atividade de contratação pública. No entanto, para facilitar o estudo, vamos analisar especificamente o caso dos gestores públicos e advogados públicos no âmbito da União.

Com o intuito de esclarecer o tema, a estrutura do trabalho será tratada na seguinte ordem. Na seção 1, é feita uma abordagem teórica da natureza inexata que remete a ciência jurídica. Na seção 2, serão tratadas as normas que regulam a Advocacia Geral da União, cuidando do plano de responsabilização dos pareceristas, tendo em vista que os pareceres da AGU e a interpretação das regras são a base para a responsabilização dos gestores públicos. É necessário falar da legislação e das competências da AGU para concluir a lógica de responsabilização dos gestores públicos. Na seção 3, será abordado o plano de responsabilização dos gestores públicos perante o Tribunal de Contas da União. Na seção 4, serão apresentados os resultados e as conclusões em relação ao desenho normativo atual.

Por fim, demonstrar-se-á que há a necessidade de reformulação do modelo de responsabilização dos advogados públicos e gestores públicos quanto ao modo de interpretação e de aplicação do direito nas decisões que envolvam a coisa pública para tornar mais seguro e, consequentemente, mais eficiente a atuação do poder público.

2. NATUREZA DA CIÊNCIA JURÍDICA: NATUREZA INEXATA DO DIREITO

A natureza do direito é a matéria-prima pela qual deriva todo o entendimento sobre o que pretendemos apoiar. Não se trata, portanto, de ciência exata, mas sim, sujeita a interpretações e visões de diversos atores que se envolvem na atividade jurídica.

A propósito, cabe a nós elucidar a lição do jurista Recásens Siches, que ensina:

> No exemplo clássico da premissa "é proibida a entrada de animais", um cego acompanhado de seu cão guia estaria impedido de entrar no recinto, numa solução dogmática dada ao problema. Outro enfoque poderia levar a um questionamento do problema, concluindo que não seria razoável que tal proibição fosse estendida ao cego, permitindo-lhe, assim, entrar no recinto guiado pelo seu cão. Num enfoque dogmático o problema estaria resolvido pela máxima "a lei é a lei", portanto, o cego estaria proibido de entrar no recinto. Para Recaséns Siches não se pode conseguir nunca uma exatidão nem uma evidência inequívoca na solução dos problemas jurídicos. Isto seria impossível em virtude da multiplicidade de elementos heterogêneos que intervém na conduta humana, e especialmente nos problemas das relações inter-humanas. O operador do direito deve se valer da lógica do razoável ao aplicar a norma jurídica. Entende Recaséns Siches que o Direito, como toda obra humana, é circunstancial. (SICHES, Recaséns. Tratado General de Filosofía del Derecho. p 40 e segs)

A lição do Prof. Recaséns nos mostra que até uma norma simples como a de permitir ou não a entrada de animais em determinado lugar tem seu grau de falibilidade, cabendo aos princípios e a lógica do razoável direcionar a interpretação e o entendimento da aplicabilidade da norma. Assim sendo a aplicação direta e fria da norma implicaria em uma injustiça tremenda no caso apresentado, de modo que não seria esse o benefício e bem-estar público que se busca ao se ter feito tal regra.

A lógica do razoável é, portanto, o norte ético e filosófico que visa preencher o vazio ou a lacuna interpretativa do direito. Ideia semelhante de onde decorre do princípio geral da razoabilidade do direito brasileiro.

A interpretação e aplicação do “logos do razoável”, desenvolvido por Recaséns Siches é o método sobre a qual se apoia a aplicação da norma jurídica. É a visão mais prudente a se fazer no caso concreto e, consequentemente, permite indicar a extensão da aplicabilidade da norma jurídica diante de várias alternativas razoáveis para o problema jurídico concreto[1].

A atividade interpretativa e de aplicação ao caso concreto, portanto, não deve obedecer friamente a orientação racional do comando, mas sim deve ser feita uma análise visando atingir o melhor resultado possível, conforme as circunstâncias apresentadas no caso concreto.

De maneira semelhante, o Prof. Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito, trata dos aspectos complementares e objetivos da atividade jurídica:

> a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
> b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
> c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram**.** (REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 2001)

No Direito, apesar de suas diversas acepções de significados, existe uma natureza de complementariedade com o contexto em que se aplica, não podendo ser ignorado essas três condições que elencam a atividade jurídica. Desse modo há a tripartição do fenômeno jurídico em três dimensões: fato, valor e norma.

O *fato* é todas as acepções que envolvem um fato extrajurídico, de ordem social, econômica ou do contexto que se insere a atividade jurídica. Assim sendo, não há como ignorar que o direito está deriva de todo um ambiente não jurídico que o valida e dá origem ao fazer da atividade jurídica. *Fato*, portanto, é a "a realização ordenada do bem comum".

Em relação ao conceito de *valor*, Miguel Reale trata da acepção filosófica que trata "concretização da ideia de justiça". Dessa maneira, o valor é a previsão humana no sentido de atingir algum ideal do que se entenda por justo ou razoável.

O conceito de *norma*, dessa maneira, é o resultado prático da interlocução entre *fato* e *valor*, ou seja, a conclusão entre o contexto prático dos problemas extrajurídicos e a busca por justiça através de positivação de uma norma que ordene o *dever ser* jurídico.

A conclusão, portanto, é que a ciência do direito se concretiza quando o legislador toma um *fato* diante da vida em sociedade fazendo incidir um *valor* – do

que seria o bem comum - e cria a norma. Assim também age o interprete ao analisar a *norma* para dar-lhe aplicação, pois atenta não apenas para o texto da norma, mas também ao *fato* a ser preservado e aos *valores* vigentes. Dessa maneira, a matéria do Direito é o resultado da inter-relação contínua e da dialética entre esses elos.

Diante disso, concluímos que há a contínua atualização do Direito, não se desconsiderando os fatos e valores supervenientes e não ignorando ou se abstraindo os valores da época o surgimento da norma primária.

2.1 CULTURALISMO JURÍDICO

A relação harmônica entre as três dimensões que envolvem o direito nesse processo histórico-cultural nos leva ao que conceito de culturalismo jurídico. O Direito, portanto, além de ter uma matéria-prima inexata, é o resultado das aspirações e da história de um povo. É o produto e materialização do grau de importância dos valores e da aplicabilidade das soluções aos casos práticos que transcorrem do decorrer do processo civilizatório.

A noção de cultura, nesse aspecto, segundo o conceito antropológico de Edward Burnett Tylor[2], trata do seguinte:

> [...] cultura ou civilização, tomada em seu mais amplo sentido etnográfico, é aquele todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, ***lei***, ***costume*** e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem na condição de membro da sociedade. (TYLOR, Edward. 2016. p.69)

Mais do que a noção de culturalismo jurídico, há a necessidade de situar a natureza do direito no plano da *experiência* e da *história*.

A experiência é a medida ou a régua do operador do direito, ou seja, daquele que atua diante das normas jurídicas. Esse é o aspecto subjetivo que envolve a atividade jurídica. Ela decorre da interação humana que transforma e atualiza a aplicação do direito ao longo do tempo. Dessa forma, aquele que possui uma experiência pessoal diversa de outro operador do direito tenderá a analisar a norma conforme os seus próprios valores, interpretando-a sob outra ótica valorativa.

A melhor explicação do fenômeno se encontra nas palavras de Miguel Reale encartadas no livro Lições Preliminares de Direito:

> No mundo humano, ao contrário, como os fatos sociais fazem parte da vida, dos interesses e dos fins do observador, este, por mais que pretenda ser cientificamente neutro (íamos quase dizendo, “heroicamente” neutro...) não os vê apenas em seus possíveis enlaces causais. Há sempre uma tomada de posição *perante* os fatos, tomada de posição essa que se resolve num ato *valorativo ou axiológico*. A bem ver, pode e deve existir *objetividade* no estudo dos fatos jurídicos, mas não é possível uma atitude comparável à pretendida “neutralidade avalorativa” de um analista em seu laboratório, ante uma reação química. (REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 2001)

Por fim, reafirmamos, de maneira convicta que o estudo dos fenômenos da sociedade e a interação com fazer jurídico são relações que se enlaçam gerando como produto o culturalismo jurídico. Esse, por si só, é resultado das diversas interações entre os operadores do direito, com suas diversas óticas diante de uma tomada de posição perante os fatos. Assim sendo, o Direito é o fruto desse complexo de relações entre os operadores do direito e os valores da sociedade gerados ao longo da história para produzir soluções para problemas concretos.

Os problemas concretos, portanto, demandam soluções ou posicionamentos para se criar uma ordem ou entendimento. Para isso, em um regime democrático a resposta para esses problemas reflete em soluções que espelham os valores coletivos daquela sociedade.

Como conclusão, entendemos que a inexatidão do direito se dá, em resumo, pelas diversas óticas quanto a valores e noção de razoável de quem interpreta e aplica a norma na tomada de decisão diante do caso concreto.

2.2 A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO DIREITO

O Direito, em sua natureza, é objeto de interpretação e do exercício da dialética que visa à persuasão. A atividade do operador do direito está intrinsecamente envolvida com as características de argumentação e defesa de opiniões e valores no processo de comunicação, utilizando todos os mecanismos de convencimento dos interlocutores. Não se trata, portanto, de uma atividade que envolva o uso de fórmulas jurídicas cruas, mas, sim, uma atividade que trabalha

---

.

com o preenchimento do conteúdo normativo, com a argumentação e com a retórica em prol de conduzir o intérprete do direito à escolha mais propicia para o caso.

A dialética, portanto, é elemento fundamental que humaniza a atividade jurídica e é o que torna o direito como atividade tipicamente humana. Dessa maneira, dificilmente haverá o entendimento único ou pleno sobre a aplicação e interpretação do direito diante da realidade concreta que se apresenta.

No sistema jurídico Brasileiro, a atividade interpretativa do juiz e dos operadores do direito é algo desejável para aperfeiçoar o sistema jurídico. Apesar disso, evita-se ou critica-se, com frequência, a atividade interpretativa que busque normatizar algo que não tem embasamento legal.

O Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem não existir a possibilidade de punição de juiz que proferir decisão conforme sua interpretação das normas. Dessa maneira é possível a atividade interpretativa do juiz para que, diante do exercício da atividade jurisdicional, aplique as normas de maneira destoante de outros magistrados.

A liberdade de convicção e a discricionariedade para se decidir são os matizes que marcam a atividade jurisdicional. O tema fica mais explícito quando tratado, na pratica, pelo Código de Processo Penal brasileiro:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941)

A importância da interpretação dos operadores do direito é o que torna plausível e caracteriza um Estado Democrático de Direito. O princípio do livre convencimento motivado é a garantia de imparcialidade e do processo judicial legítimo.

A discricionariedade, dessa maneira, não pode ser confundida com arbitrariedade do operador do direito; e a liberdade de convicção não pode ser abstraída ou desvinculada da necessária fundamentação lógica e razoável dos princípios e normas do Direito. Como diz o jurista Celso Ribeiro de Bastos:

> O Código de Napoleão, o Direito Constitucional, o Direito Financeiro, o Direito Laboral não são senão soluções sociais nascidas do trabalho do jurista para sua adequação ao progresso da sociedade. E é, neste quadro

> da evolução equilibrada, que a tentativa Kelseniana de reduzir o especialista do Direito a um mero intérprete da norma posta, sem preocupação em conhecer os fenômenos regulados e fornecidos pelas outras ciências, provoca uma redução fundamental do campo de atuação do jurista, que passa a ser preenchido por profissionais sectários e de menor visão amplificada (economistas, sociólogo, psicólogos, administradores, etc.). (BASTOS, Celso Ribeiro. 2004)

Por fim, a finalidade de todo o trabalho desse capítulo é demonstrar o quão necessário é a atividade interpretativa dos operadores do Direito. O Direito, portanto, como ciência humana e inexata, é apreciado e enriquecido com a atividade da dialética, da persuasão fundamentada e da busca pelo razoável. O bem comum, conforme tratado, é decorrente da busca pelo entendimento mais ponderado diante dos embates das diversas visões e óticas do direito. Diante desse aspecto é importante ressaltar as palavras dos professores da Universidade de Maringá, Drs. Alessandro Severino Vallér Zenni e Elizabet Leal da Silva:

> "O procedimento interpretativo, no âmbito do direito, é um importante instrumento na concretização da justiça. É por meio da interpretação que o aplicador do direito, põe em sintonia fatos, valores e normas, possibilitando a subsunção da norma, ao caso concreto, a fim de lhe dar a decisão mais justa. Utilizando-se de definições de autores como Demolombe, Adicks e Erlich, Carlos Maximiliano, apresenta-se a seguinte definição de interpretação:
> A interpretação das leis é obra de raciocínio e de lógica, mas também de discernimento e bom senso, de sabedoria e experiência. Um Código, porventura teoricamente ótimo, sempre exige, para sua perfeita observância, aplicadores exornados de grandes dotes intelectuais. É notório que a mesma norma positiva adquire acepções e aplicações várias em diferentes países, ou em época diversas, e a causa da divergência acha-se no temperamento, na orientação do espírito e na posição social, ou política, dos que têm assento nos tribunais.
> Não basta conhecer os métodos de interpretação, é necessário que estes sejam utilizados de maneira adequada para que o exegeta atinja o objetivo do direito, que é fazer com que a justiça seja alcançada. (SILVA, Elizabet Leal da; ZENNI. 2008. p.119 e 120)

A finalidade da atividade interpretativa e a aplicação das normas devem ser guiadas pelo bem comum, ou seja, pela melhor aplicação do Direito, visando atingir os ideais de justiça. Assim sendo, a melhor aplicação do Direito pode ser diversa, conforme o caso concreto e conforme o resultado que se busca solucionar, razão pela qual seria um retrocesso punir quem diverge da interpretação.

Por fim, concluímos que a ciência do direito é fruto da história e das experiências jurídicas. A experimentação é realizada através da complexidade da realidade que nos é colocada, necessitando de respostas concretas para a

ordenação da sociedade. A atividade jurídica diante de atividade interpretativa, portanto, não pode se engessar em se vincular apenas na processualística do sistema jurídico, como se fosse algo fechado e perfeito, mas, sim, deve ser dinâmico e visar às finalidades da preferência dos valores sociais em constante mudança.

3. A ADVOCACIA PÚBLICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, diante do título IV, tratou da Organização dos Poderes, portanto, os capítulos I, II, III e IV competem, respectivamente, ao Poder Legislativo, Executivo, Judiciário e Funções Essenciais à Justiça. Assim sendo, a Advocacia Geral da União se insere nesse último capítulo sendo considerada como função essência à justiça.

A Advocacia Geral da União, portanto, é considerada a instituição que não pertence ao cerne dos três poderes, no entanto, possui a missão de assessorar, atender juridicamente e representar a União.

Conforme o art. 131 da Constituição Federal:

> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.[3]

O mandamento constitucional dá ensejo para a estruturação de uma importante instituição considerada intérprete da lei conjuntamente com o Ministério Público, a Advocacia e a Advocacia Pública. O jurista Celso de Ribeiro Bastos explica exatamente a função do jurista diante da vida em sociedade:

> A redução da função do médico do organismo social que sempre foi a do jurista para a de costureiro das outras ciências, trouxe o verdadeiro descompasso dos tempos atuais, com o desequilíbrio que tem gerado uma crise sem solução. (BASTOS, Celso Ribeiro)

O entendimento decorre de que é na advocacia pública que a administração estatal e os gestores públicos devem se socorrer para aferir o controle interno de legalidade de toda a atuação da atividade pública.

A advocacia pública, portanto, é a responsável por proferir os entendimentos e interpretações das normas que regem o poder público. No presente caso, cabe a análise do direito e a porta voz da interpretação jurídica para toda a administração.

---

[3] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

É no controle interno que temos, justamente, a função preventiva do advogado público, cabendo a função de emitir pareceres para chancelar ou direcionar a atuação dos gestores públicos. A emissão de pareceres e o assessoramento jurídico traduz o entendimento de que é fundamental ter uma instituição que garanta a legalidade dos atos do poder público tanto previamente quanto posteriormente. Assim sendo, da mesma maneira explica o professor Celso Ribeiro bastos:

> Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente (art. 131 da CF), sendo seu chefe o Advogado Geral da União, nomeado pelo Presidente da República. A disciplina da Advocacia Geral da União encontra-se na Lei Orgânica da entidade, qual seja, a Lei Complementar n.73, de 10 de fevereiro de 1993. (BASTOS, Celso Ribeiro)

Nas palavras da própria instituição[4] AGU há o entendimento das características e funções dessa atividade de controle interno na seguinte medida:

> A atuação consultiva da Advocacia-Geral da União (AGU) se dá por meio do assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, de suas autarquias e fundações públicas, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por elas praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas (Leis, Medidas Provisórias, Decretos e Resoluções, entre outros) necessárias ao desenvolvimento e aprimoramento do Estado Brasileiro. [5]

A emissão de pareceres pelos advogados públicos, portanto, é o guia da interpretação do direito e das possibilidades de atuação do gestor público. É o que dá a segurança jurídica aos atos administrativos que serão praticados. Na prática, é o esclarecimento das possibilidades legais que o gestor público possui para a sua tomada de decisão. O entendimento decorre de que é na advocacia pública que a administração pública e os gestores públicos devem se socorrer para aferir o controle interno de legalidade de toda a atuação da atividade pública.

3.1 RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PELA EMISSÃO DE PARECERES JURÍDICOS

[4] Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200643.
[5] [5] Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200643.

A situação que se coloca é a possibilidade de responsabilização do advogado público por parte de Tribunais de Contas quanto ao que entendemos ser a atividade de intepretação da lei.

Toda a controvérsia começa a ganhar corpo quanto há a extensão da responsabilização dos gestores públicos diante dos pareceristas técnicos, cito o caso do TC-003.746/1994-1.

Diante do caso mencionado, há a responsabilização do parecerista técnico pela manifestação técnica que influenciou a tomada de decisão gerando dano eventualmente ocorrido, em razão da operação financeira de Banco público. O parecer do Ministério Público, da lavra do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, in verbis:

> Não há dúvida de que a manifestação técnica favorável à concessão das cartas de fiança, por parte da Superintendência Estadual e da Agência em Natal, certamente influenciou nas decisões das instâncias superiores do Banco, além das recomendações de ordem ministerial para execução de um programa de vitalização do setor sucroalcooleiro. Os ex-Presidentes do Banco, assim como o ex-Diretor da DIBAN, Sr. Cláudio Dantas, agiram, portanto, em conformidade com a indicação da Superintendência do BB no Rio Grande do Norte, da Agência Ribeira Natal e com as diretrizes da política governamental para o setor sucroalcooleiro.[6]

Apesar de se tratar de precedente ligado a parecer técnico de área não vinculada ao direito, o Tribunal de Contas da União tem entendido que pode haver extensão da responsabilização ao advogado público que proferir parecer jurídico que levou a atos lesivos ao erário. Assim sendo, na ânsia de responsabilizar os gestores públicos pelas práticas lesivas, passou-se também a incluir o advogado público que autorizou o ato lesivo às contas públicas.

Para esclarecer o descabimento dessa interpretação, há a necessidade de qualificar a atividade jurídica do advogado público, valendo-se, para tanto, do arcabouço legal que configura a atuação da AGU e discutir as decisões proferidas diante do STF.

O ordenamento jurídico conferiu como função essencial à justiça a instituição da advocacia pública. Diante disso, foi criada a Lei Complementar nº 73 de 1993 para regulamentar a atividade da Advocacia Geral da União.

---

[6] "Jurisprudência e Prática sobre a Responsabilização de Agentes perante o TCU", elaborada por Guilherme Barbosa Netto, Marcelo Mattos Sherrer, Paulo Vinhas L. Júnior e Rafael Lopes Torres

A Lei Complementar 73 de 1993, como já dito, estabeleceu que cabe ao Advogado-geral da União tratar da interpretação e unificar os entendimentos da jurisprudência administrativa, prevenindo e dirimindo controvérsias legais e entre os órgãos jurídicos da Administração Federal. Conforme art. 4º da presente lei:

> Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal; XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais; (Vide Lei 9.469, 10/07/97). XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;

O papel interpretativo advém da necessidade de dar segurança jurídica aos atos da administração pública. Da mesma maneira, cabe à AGU pronunciar-se por meio da atividade de assessoramento e consultoria diante dos órgãos da administração direta e indireta que atua. O exercício dessa função sobressai a importância dessa instituição para a formatação jurídico-constitucional das políticas públicas. Conforme art. 2º da presente lei:

> Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende: I - órgãos de direção superior: a) o Advogado-Geral da União; b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional; c) Consultoria-Geral da União; II II- b) a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas; III - órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União: o Gabinete do Advogado-Geral da União.[7]

São muitas as hipóteses de atos administrativos que dependem da prévia manifestação da advocacia pública para que serem praticados. A fundamentação da decisão, ou seja, de uma escolha pública desses gestores públicos depende de pareceres jurídicos elaborados pela AGU em âmbito federal, por exemplo.

Para ilustrar a importância disso para as políticas públicas, vamos usar o caso das licitações e contratos, nesse caso, a lei orgânica da AGU trata da seguinte maneira:

---

[7] BRASIL. Lei Complementar 73 de 1993. Sancionada em 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

> Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.[8]

A atividade da AGU no sentido de emitir parecer que embase um ato administrativo, no nosso entendimento, não tem natureza também de ato administrativo propriamente dito. Assim sendo, não é objeto de apreciação do TCU no que se refere a sua atividade de controle externo das contas públicas e muito menos pela atividade que refere ao interpretar o direito. Apesar de nossa visão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro demonstra a tese que proferiu esse entendimento:

> Uma norma que favoreceu esse tipo de entendimento foi a contida no artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em cujos termos “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. A redação do dispositivo não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para “aprovar” as minutas de editais e contratos, dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica.

A manifestação jurídica de parecer jurídico, nessa tese, comporia a motivação do ato administrativo, de maneira que o parecer jurídico seria a condição precípua para que o gestor público pudesse prosseguir com o ato administrativo. Assim sendo, para essa linha, se não houver o parecer jurídico favorável, não há como o gestor público prosseguir com o ato administrativo. Do mesmo modo, se houver parecer jurídico favorável havendo possíveis danos ao erário o advogado público se torna responsável solidariamente.

A controvérsia, conforme elucida a grande jurista, foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal através de três acórdãos que lideram o entendimento sobre o assunto. O Mandado de Segurança 24.073 de 2002, com relatoria do ministro Carlos Veloso trata da seguinte forma:

---

[8] BRASIL. Lei Complementar 73 de 1993. Sancionada em 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

> [...] opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica" (...) "o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. (Mandado de Segurança 24.073 de 2002)

Já diante do Mandado de Segurança 24.584-1/DF, o STF, modificando entendimento anterior, preferiu a decisão de que é possível responsabilizar o advogado que proferiu o parecer, conforme a margem legal que existe no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

O Ministro Joaquim Barbosa, no entanto, esboçou a necessidade de se distinguir a natureza dos pareceres jurídicos para embasar esse julgamento. Dessa forma, classificou os pareceres em: facultativo, obrigatório e vinculante.

> (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade não se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar o ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (Mandado de Segurança 24.584-1/DF)

O Mandado de Segurança foi denegado, mas ficou decidido que os procuradores federais "poderiam ser chamados ao Tribunal de Contas para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas. "

Por fim, o julgamento do Mandado de Segurança 24.631-6/DF que, segundo a tipologia do Ministro Joaquim Barbosa, relator, tratava de parecer vinculante, estabeleceu que haveria o compartilhamento do poder administrativo de decisão; logo, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador público. Apesar disso, diante da decisão final do relator, decidiu-se por não responsabilizar o advogado, mas sim, tornar o caso como um parecer facultativo, hipótese que só se poderia responsabilizar o advogado por dolo ou erro inescusável.

A conclusão, portanto, é que o entendimento do STF, até o presente momento, é no sentido de existir a possibilidade de responsabilização do parecerista, na hipótese que trata o art. 38 da Lei nº 8.666/93, pois a manifestação

jurídica em editais não se limita a simples opinião, mas sim alcançando a aprovação do conteúdo das peças.

O Tribunal de Contas da União, em sentido semelhante, compreende que também que é possível responsabilizar o advogado público.

O acórdão n.º 462/2003-Plenário trata de que o parecer de advogado público, diante dos casos do art. 38 da Lei nº 8.666/93 não são meramente opinativos, “O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada”

Da mesma forma o acórdão nº 47/2006 –Plenário trata a matéria da seguinte forma:

> (...) o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos.
> (...) a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo.

Assim sendo, quando do momento da análise jurídica dos atos presentes em uma contratação pública, o parecerista assume pessoal e solidariamente a responsabilidade dos atos da licitação “o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”. (Acórdão nº 47/2006-Plenário)

Por fim, como já nos propomos usar de exemplo o caso da AGU, acreditamos ser descabida a interpretação no sentido de a possibilidade de advogado público ser punido por divergência interpretativa de direito com decisão do TCU.

O TCU, apesar de sua grande importância institucional, deve-se ater à análise e à fiscalização das contas públicas.

A lei orgânica da AGU já criou a corregedoria, órgão de controle interno, responsável por analisar as irregularidades ocorridas entre os membros dessa instituição. Além disso, não há mandamento no ordenamento brasileiro que garanta a atividade de interpretação do direito como função do TCU ou qualquer tribunal de contas.

Além do mais, recentemente sobreveio lei que estabelece que o membro da AGU só pode ser responsabilizado perante o seu órgão correcional próprio. Essa nova lei parece impor a necessidade de tanto o STF quanto o TCU mudar o seu entendimento no sentido de responsabilizar o advogado público. Trata-se do art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016:

> CAPÍTULO XV
> DAS CARREIRAS JURÍDICAS
> Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:
> I - de Advogado da União;
> II - de Procurador da Fazenda Nacional;
> III - de Procurador Federal;
> IV - de Procurador do Banco Central do Brasil;
> V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.
> (...)
> Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:
> (...)
> § 2o No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correcionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.[9]

Por fim, concluímos dizendo que é necessário reafirmar o que está no ordenamento jurídico brasileiro e dizer que cabe ao advogado público ser responsabilizado administrativamente apenas por dolo ou fraude. Essa restrição aos casos de dolo e fraude guarda coerência com a responsabilização de todos os integrantes de carreiras jurídicas públicas, como juízes, promotores, defensores públicos e advogados públicos, conforme o Código de Processo Civil (arts. 143, I, 181, 184 e 187). Cabe também afirmar que, especialmente após o advento do art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327/2016, ele só pode ser responsabilizado administrativamente perante o órgão de correição próprio, de modo que falecerá competência disciplinar para o TCU nesse ponto. Nesse contexto, se o TCU se deparar com algum possível ato ilícito do advogado público, ele deverá comunicar o órgão correcional próprio.

[9] Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/200643.

4. RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO

O entendimento de gestor público, para fins desse estudo, será caracterizado como todo aquele que pratica ato administrativo em exercício diante das funções de contratações públicas, conforme o art. 84 da lei nº 8.666/93 "Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público."

A lei 8.666/93 é a principal norma que regulamenta as contratações públicas no ordenamento brasileiro. Dessa forma, o presente mandamento estipula as modalidades de compras públicas. Conforme elucida o texto da lei:

> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A vinculação ocorre para diferenciar o modelo de contratação privada do modelo de contratação pública. Dessa forma, o modelo de contratação pública deve ser precedido de toda uma análise racional e isonômica para se escolher o produto mais vantajoso para beneficiar a administração pública.

O método desenvolvido para se buscar haver um controle isonômico, imparcial e racional sobre as contratações públicas foi o método da licitação. Consagrado na lei nº 8.666/93:

> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Para guiar a escolha racional, por parte do poder público, a doutrina desenvolveu princípios do poder público que norteiam o processo que leva a essa

escolha. Os princípios que conduzem a boa gestão das contratações públicas, segundo Hely Lopes Meirelles:

> Toda licitação está sujeita a determinados princípios irrelegáveis no seu procedimento, sob pena de se descaracterizar o instituto e invalidar seu resultado seletivo. Esses princípios resumem-se, para nós, nas seguintes prescrições: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor.

Assim sendo, o esforço do legislador e dos estudiosos do direito se traduzem em buscar a escolha mais vantajosa, mais racional e mais objetiva para se gastar o dinheiro público.

Os gestores públicos, nesse cenário, são fundamentais para concretizar esses ideais e fazer cumprir as determinações legais. São eles os executores das políticas públicas, bem como os administradores dos recursos públicos no intuito de buscar tornar real os direitos e ações governamentais.

A busca por execução de políticas públicas e das ações do Estado exigem uma posição proativa do gestor público. Entendemos necessário dividir o processo de tomada de decisão, diante do contexto de uma licitação, em basicamente dois momentos: primeiramente na fase de elaboração do edital, analisando-se o valor da proposta e as vantagens da contratação conforme o interesse público; e o momento da classificação e aceitação das propostas, realizada por pregoeiro ou seu equivalente.

É no momento da elaboração do edital que se verifica a escolha pública, o objeto da contratação, a concretude da ação administrativa. Diante disso, o gestor público deve ter liberdade para dizer como e de que maneira as orientações ali colocadas atenderão ao critério de vantagem ao interesse público. Diante disso, é fundamental que os pareceres jurídicos sejam objeto de garantir a segurança do gestor público nesse processo.

Em relação ao momento da classificação e aceitação das propostas, verificamos ser nesse instante que há a possibilidade de tomada de decisão do gestor público para aferir a melhor proposta para a maior adequação e vantagem ao poder público. Assim sendo, o parecer jurídico orientando a atuação dos gestores e dizendo que houve concordância entre o que foi previsto no edital até o que foi feito também deveria garantir a segurança jurídica no processo.

A situação atual do gestor público é que ele pode ser punido pelas mais diversas frentes diante sua tomada de decisão. Conforme decisão recente do TCU:

> **Acórdão 1984/2014 Plenário** (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro José Múcio Monteiro) Responsabilidade. Ato irregular. Parecer técnico ou jurídico. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos ou jurídicos não exime o gestor de ser responsabilizado pela prática de ato irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, tanto decidir sobre a conveniência e oportunidade de efetivar o procedimento administrativo, principalmente aqueles concernentes a contratações que vão gerar pagamentos, quanto atuar como o fiscal dos atos dos seus subordinados.

O gestor público é responsável solidariamente aos demais agentes quando participa de comissão de licitação. É responsável se cometer fraude ou superfaturamento. Pode ser responsabilizado por negligência, imprudência ou imperícia, elementos caracterizadores da culpa; pode ser punido civil e criminalmente pelos atos praticados, enfim, possui toda a tipologia possível para ter sua conduta corrigida coercitivamente através de uma punição.

O que nos interessa, no entanto, é tratar da possibilidade de punição administrativa gestor público quando seguir as orientações do parecer jurídico e de quando não seguir essas mesmas orientações.

A lei de licitações diz:

> Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

O entendimento dessa norma nos diz que o agente público que atuar de maneira a não seguir os “preceitos desta lei” será punido “administrativamente, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar”.

A punição, nesse caso, advém de não se seguirem as orientações da legislação administrativa. Para seguir essas orientações, é necessária uma atividade de interpretação jurídica, de modo a haver a melhor atuação diante do interesse público.

Apesar de o TCU entender de outra maneira, nós entendemos que a interpretação jurídica e as orientações ao caso concreto devem ser guiadas pela segurança jurídica garantida pelo parecer jurídico do advogado público, é o advogado público o responsável pela interpretação jurídica adequada:

> Acórdão 3193/2014 Plenário (Prestação de Contas, Relator Ministro Benjamin Zymler) Responsabilidade. Ato irregular. Pareceres técnico e jurídico. Os pareceristas em geral só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou da jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, da legalidade, da publicidade, dentre outros.

O TCU considera, até mesmo no caso do art. 38 da lei nº 8.666/93, que o gestor público não é vinculado a agir conforme o parecer jurídico, mas deve justificar, no processo licitatório, a decisão por não seguir a orientação jurídica:

> 19.2 – cientificar o (...) de que caso venha discordar dos termos do parecer jurídico, cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico.

O limbo jurídico em que se encontra o gestor público faz com o que o mesmo faça tudo a maneira mais protocolar e processual possível, se desviando das finalidades de uma licitação, por exemplo, e buscando apenas concluir o processo para não ser punido. Cito como exemplo o texto de Gustavo Pacheco em que ele trata de demonstrar como o critério de menor preço é amplamente utilizado nas licitações, vinculando com a perda de qualidade das compras públicas.

A consequência prática de não haver segurança jurídica para se tomarem decisões eficientes ou se buscar a melhoria do serviço público é o cenário em que vivemos. Conforme dito por Gustavo:

> Uma das causas que levam estes compradores a selecionarem reiteradamente a proposta de menor valor é o receio constante de “comprar errado”, trazendo prejuízos aos cofres públicos e, consequentemente, sofrerem uma punição. De fato, as punições dos tribunais de contas têm sido severas em alguns casos. Em vista disto, há uma concepção errada de que selecionando a proposta mais barata o servidor estaria isento de responsabilidade. Não obstante, é preciso registrar que a utilização simplória do critério do menor preço – neste momento, visto por sua concepção de menor valor nominal – pode, com grandes chances, resultar na seleção de empresas descomprometidas com a prestação de um serviço eficiente e na aquisição de produtos que não atendam os padrões mínimos de qualidade, e, como é dito no popular, o “barato sairá caro”[10].

A conclusão, portanto, é que, se continuar essa lógica de punição dos gestores públicos, independente da análise da eficiência da vantajosidade, não há como haver qualquer melhora em termos de eficiência administrativa.

Por fim, o gestor público não pode ficar sob a espada de *Dâmocles*, ou seja, sem condições de haver segurança jurídica para atuar. Ele não pode ser obrigado a permanecer inerte, pois isso gera como consequência a ineficiência da máquina pública.

A insegurança jurídica se dá pelo fato de que, do modo como está sendo desenhado o sistema normativo brasileiro, o gestor público pode ser punido pelo TCU tanto por ter seguido o parecer jurídico do advogado público quando por não ter seguido o mesmo por não ser esse vinculativo.

Diante disso, entendemos que, se o gestor público se baseou em parecer jurídico de membro da AGU, ele jamais poderá ser responsabilidade administrativamente nesse aspecto, salvo se ele tiver agido em conluio com o advogado público mediante dolo. Afinal de contas, a competência constitucional para dizer o Direito no âmbito administrativo é da AGU, conforme art. 131 da Constituição Federal.

Se, porém, ele deixar de requerer parecer jurídico em situações facultativas, ele só responderá por dolo ou fraude, pois, nesse caso, ele está exercendo uma atividade jurídica de interpretar a norma. Aí se tem de adotar o mesmo regime de responsabilidade vigente para os membros da AGU e para os demais integrantes de carreiras jurídicas públicas.

Por fim, concluímos dizendo que, se o gestor público discordar do parecer jurídico ou se ele deixar de requerer esse parecer em situações de obrigatoriedade, ele deve responder administrativamente por culpa ou dolo.

---

[10] Disponível em: https://advgustavopacheco.jusbrasil.com.br/artigos/371638336/selecao-da-proposta-mais-vantajosa-e-o-criterio-do-menor-preco-nas-licitacoes-publicas

5. CONCLUSÃO

A divergência interpretativa das normas legais é natural, tendo em vista que o direito é matéria inexata. As visões distintas sobre como deve ser a aplicação das leis deve ser ponderada pela lógica do razoável e pelo exercício da dialética e persuasão. Assim sendo, o culturalismo jurídico brasileiro luta para superar as ineficiências do gasto público e alcançar o controle da gestão pública. Lutamos por deixar a cultura formalista para buscar um modelo de gestão eficiente do Estado. No entanto, para isso, não se pode fazer avançar a competência de uma atividade sobre a outra, não se pode haver uma governança que leve a total insegurança jurídica dos agentes envolvidos nas atividades de administração.

A insegurança jurídica é gerada pela indefinição das competências institucionais diante do processo decisória da administração pública. Assim sendo, há a necessidade de reformulação do desenho institucional do processo de tomada de decisão na administração pública.

É preciso definir quem vai interpretar o direito, executar as disposições interpretadas e quem vai fiscalizar as ações executadas. Em outras palavras, é necessário a definição do papel institucional da AGU, do TCU e dos gestores públicos no processo de contratação pública.

Entendemos que à AGU cabe o papel constitucional de interpretar o direito, tendo em vista a instituição ser caracterizada como função essencial à justiça. Essa atividade se tornar concreta ao emitir pareceres e assessorar juridicamente os gestores públicos na tomada de decisão diante da vantajosidade da contratação pública.

O advogado público, portanto, não pode ser responsabilizado administrativamente por divergência interpretativa de matéria de direito perante o TCU, salvo quando houver dolo ou fraude. O ambiente correto para a punição é o ambiente de controle interno, as corregedorias, a exemplo da que trata na lei orgânica da AGU, de maneira que, diante da sua incompetência, o TCU deverá apenas comunicar esse órgão correcional ao tomar ciência de possível infração disciplinar do advogado pública.

Escolhemos analisar o plano de responsabilização do advogado público tendo em vista que o parecer jurídico é peça fundamental para a tomada de decisão

do gestor público, logo, buscamos entender as condicionantes que direcionam a escolha pública.

Entendemos também que ao gestor público cabe o papel de escolher e criar critérios para atingir a maior vantagem à administração pública, não podendo, para isso, estar sujeito a ser punido administrativamente pelo TCU por ter seguido a interpretação do parecer jurídico da AGU. Logo, o gestor público deveria ter a segurança jurídica para atuar sob a proteção da licitude garantida pela atividade interpretativa do advogado público. Entendemos também que, se o gestor público deixa de requerer o parecer jurídico em situações facultativas, ele só pode responder por dolo ou fraude, à semelhança do que sucede com todas as carreiras jurídicas. Reconhecemos, porém, que o gestor público poderá responder administrativamente por culpa na hipótese de discordar de parecer jurídico ou de deixar de demandar o parecer jurídico quando tal for obrigatório.

Em relação ao TCU entendemos que deva haver um maior entendimento sobre seu papel institucional. O fato de se buscar apurar os “malfeitos”, corrigir as ineficiências e tornar mais proveitoso o uso dos recursos públicos não dá ensejo a essa instituição de extrapolar sua função constitucional.

O TCU é instituição que foi criada para apurar as contas públicas e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos. Não é uma corte jurídica propriamente dita. Dessa forma, não cabe a essa entidade o papel de intérprete do direito em sobreposição à atividade da AGU. As sanções administrativas devem ocorrer diante das irregularidades e dos excessos da aplicação dos recursos públicos. Dessa forma, não podemos confundir a função de interpretação do direito com a função de aplicação do direito e, por fim, com a função da fiscalização dos recursos que foram autorizados para aplicação.

Concluímos, portanto, acreditando que um ambiente de maior estabilidade institucional garante uma maior eficiência na aplicação dos recursos públicos, dessa forma, para isso ocorrer é necessário garantir a segurança jurídica do advogado público diante da emissão de pareceres e a segurança jurídica do gestor público diante da escolha pública perante a atividade administrativa do Estado.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988 / Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins. São Paulo, Saraiva, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria Adjunta de Fiscalização. **Orientações para elaboração da matriz de responsabilização**. Brasília: Tribunal de Contas da União.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Sancionado em 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Sancionado em 03 de Outubro de 1941. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. Lei Complementar 73 de 1993. Sancionada em 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. LEI Nº 8.666 DE 1993. Sancionada em 16 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão nº 5804/2013 – TCU – 2ª Câmara. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/relac/20130930/rl_0026_34_13_2_mbc.doc>. Acesso em 20 out. 2017.

BRASIL. Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. Ed. Rev., atual. E ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. “Jurisprudência e Prática sobre a Responsabilização de Agentes perante o TCU”, elaborada por Guilherme Barbosa Netto, Marcelo Mattos Sherrer, Paulo Vinhas L. Júnior e Rafael Lopes Torres. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.

I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 05 nov. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 163.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 3 ed. São Paulo: Dialética.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros.

REALE, MIGUEL**. Filosofia do Direito**, 19. ed. São Paulo, 1990.

In: _____. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5. ed. São Paulo, 1994.

In: _____. **O Direito como Experiência**. 2 ed. São Paulo, 1968. 1992.

In: _____. **Ciência do Direito e Dialética**. Revista Brasileira de Filosofia, 1973, fasc. 91, p. 261. 3. ed. 2000, p. 322-343.

In: _____. **Dialética da Experiência Jurídica**. In: _____. fasc. 115, p. 239-246.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal:** TCU ou órgão correcional próprio? Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3561, 1 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24056>. Acesso em: 28 nov. 2017.

OLIVEIRA, A. P. M.. **Virtuosismo ao Alcance**. Filosofia. Especial (São Paulo), São Paulo, p. 06 - 09, 01 out. 2007.

SICHES, Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho.** México, 1959, págs. 158 a 164, e Introducción al Estudio del Derecho, México, 1970, págs. 40 e segs.

TYLOR, Edward. **A ciência da cultura**. In: CASTRO, Celso (org.). *Evolucionismo cultural*: *textos de Morgan, Tylor e Frazer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 69.

SILVA, Elizabet Leal da; ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **Aspectos Gerais da Lógica do Razoável como Arte da Interpretação Jurídica**. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, jan./jun. de 2008, p. 119/120.