

GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC-020.173/2003-4

Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração)

Embargantes: Pedro Eloi Soares (ex-Procurador do extinto Dner) e Romulo Fontenelle Morbach (ex-chefe da Procuradoria-Geral do extinto Dner)

Unidade: Grupo Executivo para Extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DNER. CONTRATO DE LOCAÇÃO. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL A EMPRESA PRIVADA EM CONDIÇÕES EXCESSIVAMENTE ONEROSAS À UNIÃO E EM DETRIMENTO DE SENTENÇA JUDICIAL MAIS FAVORÁVEL AOS COFRES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ACORDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CITAÇÕES. ALEGAÇÕES DE DEFESA REJEITADAS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. ACÓRDÃO 1.161/2010 - PLENÁRIO. CONHECIMENTO. ALEGAÇÕES DESPROVIDAS DE ELEMENTOS FÁTICOS E INCAPAZES DE SE CONTRAPOREM ÀS EVIDÊNCIAS COLACIONADAS AOS AUTOS QUE LASTREARAM A CONDENAÇÃO DO RECORRENTE. NEGATIVA DE PROVIMENTO. ACÓRDÃO 40/2013 - PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

1. Os embargos de declaração devem ser conhecidos, quando atendidos os requisitos gerais do art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992, observando-se a singularidade, a tempestividade, a adequação do documento, a legitimidade do recorrente e o interesse em recorrer.

2. Verificada a inexistência das omissões, obscuridades e contradições alegadas, devem ser rejeitados os embargos de declaração.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Pedro Eloi Soares (ex-Procurador do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - Dner) e Romulo Fontenelle Morbach (ex-chefe da Procuradoria-Geral do extinto Dner) ao Acórdão 40/2013 - Plenário, exarado nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial em que se aprecia, nesta fase processual, recurso de reconsideração interposto por Pedro Eloi Soares contra o Acórdão 1.161/2010 - Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com base nos arts. 32 e 33 da Lei 8.443/1992, e ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do recurso de reconsideração interposto por Pedro Eloi Soares contra o

Acórdão 1.161/2010 - Plenário para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. notificar o recorrente.”

2. Originalmente, o processo trata de tomada de contas especial constituída por meio de apartado da prestação de contas do Dner, relativa ao exercício de 1998.

3. A decisão que ora se intenta embargar foi proferida em sede de recurso de reconsideração interposto por Pedro Eloi Soares contra o Acórdão 1.161/2010 - TCU - Plenário, que, em razão de irregularidades verificadas no pagamento administrativo de acordo extrajudicial com condições excessivamente onerosas à União e destoante de sentença judicial mais favorável aos cofres públicos, julgou irregulares suas contas, as de Maurício Hasenclever Borges e de Rômulo Fontenelle Morbach, condenando-os, solidariamente com a empresa Comércio, Importação e Exportação Três Irmãos Ltda., ao recolhimento da quantia de R\$ 2.270.106,78, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir de 17/03/1998, bem como aplicando-lhes multa individual no valor de R\$ 20.000,00.

4. Nesta oportunidade, Pedro Eloi Soares e Romulo Fontenelle Morbach, em peça única (nº 60), opõem embargos de declaração ao Acórdão 40/2013 - Plenário, com “*pedido de efeito modificativo do julgado*”, alegando o seguinte:

“Com as devidas vênias, ambos os acórdãos (1.161/2010 e 40/2013, produzidos em Plenário), são omissos, obscuros e contraditórios, como adiante se demonstra de modo a que, ao reexame necessário, as questões em relação aos pontos fundamentais da controvérsia que sustentam os presentes embargos sejam decididas no sentido do acolhimento das razões de defesa já exposta a essa Corte de Contas. Vejamos.

O Relatório é omissos quanto ao acordo celebrado com a pessoa jurídica de direito privado Comércio, Importação e Exportação Ltda. Três Irmãos, sediada no Rio de Janeiro, objetivando cumprir o contrato de locação inadimplido pelo extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (Dner).

Com efeito, o acordo celebrado, extrajudicialmente, teve por escopo as disposições do Contrato de Locação (lei entre as partes) celebrado pelo ex-Dner com a mencionada empresa privada, sendo certo que a extinta autarquia ocupou uma edificação pertencente à indenizada localizado na Zona Norte da capital carioca e ali instalou a sua Diretoria de Pessoal e outras setoriais, o que revela as dimensões do imóvel locado e cujos alugueres o ex-Departamento deixou de honrar.

A demanda em juízo, por certo, se arrastaria por anos a fio e, ao fim e ao cabo, o custo da indenização judicial iria extrapolar o valor da indenização consumada, não por decisão derradeira dos embargantes, que apenas opinaram nos autos originários da antiga sede do ex-Dner, que se localizava à Av. Presidente Vargas, 522, Centro, Rio de Janeiro- RJ.

A exemplo do alegado acima, cite-se o caso do Empreendimento Hoteleiro Pedra Bonita, afetado por desmoronamento de encostas na Serra de Petrópolis, e cujos proprietários recorreram ao Judiciário para indenização pelos prejuízos sofridos (localizava-se o hotel à margem da rodovia federal BR- 040 e que, depois, em solução consensual foi o empreendimento indenizado, vindo a decisão da Direção Geral do ex-Dner a sofrer censuras desse Tribunal, porém placitada a questão na via Judicial mediante decisão do Eg. Tribunal Regional Federal, que considerou a economicidade do acordo entre a autarquia e o empreendimento hoteleiro, lembrando que o aludido feito, também apreciado e julgado por esta Corte de Contas, apenas o gestor da autarquia amargou condenação, na medida em que os ora embargante não foram chamados para integrarem a relação processual de tomada de contas especial.

E mais: O Eminentíssimo Desembargador Messod Azulay Neto, relator da Apelação Criminal nº 2000.51.01.500903-6 enfatizou as vantagens obtidas pelo ex-Dner na celebração do acordo indenizatório, sendo oportuno trazer ao lume o fato de que os procuradores ora embargantes sequer foram responsabilizados por sua celebração, o que, demonstra a contradição dessa Corte Administrativa. E foi enfático o d. Relator Messod Azulay em excluir os ora embargantes de responsabilidades por emissão de pareceres meramente opinativos quanto à possibilidade de celebração de acordos para por fim a demandas judiciais.

Com efeito, o v. Acórdão tem a seguinte ementa:

EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÕES CRIMINAIS - PECULATO-DESVIO (ART. 312, CAPUT, 2ª PARTE DO CP) SUPOSTAMENTE PRATICADO CONTRA O DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM-DNER-AUTORIA E MATERIALIDADE NÃO COMPROVADAS - CONDUTA ATÍPICA - REFORMA DOS DECRETOS CONDENATÓRIOS - APELOS PROVIDOS.

I- A autoria e materialidade delitivas não restaram sobejamente demonstradas nos autos, sendo certo que os ora apelantes agiram de maneira conforme o esperado, ou aceitável, em vista de suas posições profissionais, não se podendo afirmar que negligenciaram ou desprezaram o objeto jurídico reclamado.

II- Não há como afirmar a prática de ilícito penal, sendo plausível, no máximo, afirmar tratar-se de um mau acordo para a Autarquia, caso em que incidiriam punições administrativas que se mostrariam adequadas e suficientes para o evento, no caso de se terem apurado irregularidades pela Comissão de Sindicância do Dner, o que não ocorreu, ex que a conclusão desta foi pelo arquivamento do procedimento.

III- Ainda que os recursos tivessem aplicação diversa da que se lhe determinava, eis que a rubrica orçamentária utilizada para o pagamento foi a destinada ao cumprimento de obrigações decorrentes de sentenças transitadas em julgado ou de acordos de desapropriação, na verdade foi utilizado para pagar indenização decorrente do acordo extrajudicial, mesmo assim, não há elementos nos autos capazes de nos induzir à certeza de que o benefício se reverteu a terceiros e não, à própria autarquia.

IV- As teses recursais são plausíveis, ante o contexto fático, que demonstra que era razoável a escolha do acordo extrajudicial, visando o benefício da própria entidade, protegendo-a tanto do desgaste do prosseguimento na ação judicial, como, da diminuição excessiva de seu patrimônio.

V- Não é possível apenar um advogado pelo simples fato de emitir opinião, ainda que equivocada, especialmente se a tese manifestada for juridicamente sustentável. A emissão de parecer jurídico é atribuição inerente ao exercício da profissão de advogado, que é inviolável por seus atos e manifestações, a teor do art. 133, da CP.

VI- As irregularidades apontadas são todas de índole administrativa, tanto as ausências de manifestações do Ministro dos Transportes e do MPF, quanto a questão da homologação do acordo. Ressalte-se que se tratou de acordo extrajudicial, logo, a ausência de homologação ou de ato de ofício requisitório podem, no máximo, significar irregularidade administrativa, mas não pode resvalar para o campo do direito penal. Pela mesma razão, o pagamento por precatório, disposto no art. 100 da CF, não servirá para incriminar os réus.

VII- Apelações providas.'

Aqui, é o Estado-Juiz aplicando a prestação jurisdicional e com a observância de que o fundamento da incompetência do juízo na atual Constituição é extraído da interpretação do inciso XXXVII, do art. 5º, que preceitua que 'não haverá juízo ou tribunal de exceção' e também da exegese do inciso LIII, que reza: 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'.

*O d. Relator em excerto constante de seu relato traz a informação de que um procurador manifestara-se contrário ao acordo, sem, todavia, demonstrar as razões pela qual o representante do ex-Dner no Rio de Janeiro ou mesmo o Procurador Chefe do órgão jurídico no mesmo Estado não tenham placitado tal divergência. Daí ser oportuna a indagação: onde estão mencionados nos autos os Srs. Luiz Antônio da Costa Nóbrega e o Chefe da Representação do Dner na capital carioca? Por acaso não são eles citados no v. acórdão **supra** referido do Eg. TRF-2?*

Dessume-se daí - e é matéria de Direito Constitucional - que o TCU tem competência para analisar e julgar contas, mas não o poder de coerção que obrigue simples ex-procuradores a recolher cifras desse porte quando apenas emitiram suas opiniões ao amparo do princípio da imunidade do advogado elevado ao status constitucional na Carta Política de 88 (art. 133)!

Por tais razões é que o d. Relator Des.Messod, ao final de seu voto vitorioso, asseverou que 'Não é possível apenas um advogado pelo simples fato de emitir opinião, ainda que equivocada, especialmente se a tese manifestada for juridicamente sustentável A emissão de parecer jurídico é atribuição inerente ao exercício da profissão de advogado, que é inviolável por seus atos e manifestações, a teor do art 133, da CP.'

Pois bem, as decisões do TCU devem ser acatadas em termos, pois as disposições do art. 71 e seguintes (§ 3º), exprimem eficácia de título executivo. Porém, esta força e eficácia estão estreitamente vinculadas aos incisos I e II do mesmo articulado porque é sua função primordial e de maior relevância nos termos de tais incisos desse dispositivo, ou seja, a apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Ora, Excelência, procuradores do ex-Dner nunca foram - e nem o são os da novel autarquia DNIT, guardiões desses bens e valores a que alude o art. 71, II, da CF/88, além do que nunca foram e jamais serão (no exercício apenas de serviços jurídicos), ordenadores de despesas, daí haver, concessa vênia, omissões quanto às normas de direito financeiro as quais todos os responsáveis por recursos públicos se submetem tal e qual assim o quer a fonte desse ramo do Direito Público nos exatos termos da Lei nº 4.320/64.

Não se pode deslembrar, a propósito das intervenções de caráter opinativo ou obrigatório-vinculante o fato de que por ocasião dos repasses pelo ex-Dner de recursos aos Estados e Municípios, previstos no Decreto-Lei 512/69 (art.21), nenhuma consulta era feita ao seu órgão jurídico. A autarquia, por sua autoridade máxima, e de ofício operava os repasses apenas sob orientação de sua assessoria contábil-orçamentária no que pertine às alíquotas e valores devidos aos entes municipais e estaduais. E na mesma linha, a tomada de empréstimos internacionais, notadamente junto ao Banco Mundial, fato este do pleno conhecimento desta Corte de Contas.

Mais não é só: Omite-se o d. Relator quanto ao parecer da AGU que considera haver o acordo sido celebrado nos termos do contrato de locação, embora em desacordo com a sentença judicial, razão pela qual acolher a tese consagrada de que o contrato é lei entre as partes e é anterior o ajuste locatício à análise do Juízo de Primeiro grau. Demais disso, não será extravagante dizer que em caso de recurso e do prolongamento no tempo do trânsito em julgado da demanda, esta ao final apontaria por certo valores superiores ao que o Diretor-Geral pagou no fustigado acordo. Esta manifestação em questão de parte da Advocacia-Geral da União está contida nos presentes autos, mas sobre ele não há manifestação, o que demonstra mais uma omissão, contradição e obscuridade.

Demais disso, é pacífica a celebração de acordo extrajudicial e tanto isso é verdadeiro que as partes litigantes podem, após a suas chancelas, levarem ao juízo apenas para a homologação, pondo-se, fim, nestas circunstâncias, às demandas. E é essa a orientação do Colendo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125, de 29.11.2010, estando assim prestigiada a via conciliatória pelos poderes competentes.

Veja-se a jurisprudência mais atual sobre o tema:

Diz o relatório, que os embargantes, assim agiram: o primeiro, Dr. Pedro Eloi Soares, 'À época Chefe do Departamento de Contencioso e Desapropriações, emitiu parecer desprovido de qualquer fundamentação fática e jurídica que amparasse a transação efetuada entre aquela autarquia federal e a empresa Três Irmãos Ltda., sem o qual a aprovação pelas instâncias superiores que nele se baseou não seria possível.'... Deixou o procurador de apreciar detidamente os valores pleiteados pela empresa interessada, todos os aspectos incidentes, o posicionamento anterior do Dner bem como a perspectiva da sentença judicial vindoura ser menos gravosa à União. Além disso - agora referindo-se ao segundo agravante - Rômulo Fontenelle Morbach - no que concerne à responsabilização dos senhores Pedro Eloi Soares e Rômulo Fontenelle Morbach, é aplicável o raciocínio apresentado pelo Ministro Benjamin Zymler, no voto do Acórdão 55/2010-TCU-Plenário, no sentido de que suas participações são, nesta situação concreta, atos de gestão, afastando a possibilidade de ser invocado entendimento do Supremo

Tribunal Federal, no sentido de que os consultores jurídicos não podem ser responsabilizados por parecer jurídico elaborado em resposta à consulta obrigatória.

Em que pese a opinião do culto Min. Benjamin Zymler, data vênia, não pode o Eg. TCU, no acórdão ora enfrentado nestes embargos, acolher a sua opinião no sentido de que os pareceres dos procuradores apenados seriam atos de gestão, pois a prosperar tal exegese todos os pareceres emitidos pela AGU e Consultorias dos Ministérios deveriam ser também considerados atos de gestão. Recorde-se a veemente defesa pública do eminente Ministro Advogado Geral da União, Dr. Luis Inácio Adams quanto aos seus pareceres, levados pela imprensa a público, tentando vinculá-lo a possíveis ou supostos ilícitos que teriam sido praticados no âmbito daquele Ministério.

A propósito, torna-se relevante a transcrição taquigráfica por ocasião do julgamento do MS /24631-MANDADO DE SEGURANÇA no Supremo Tribunal Federal, intervenientes na sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres de Brito e Joaquim Barbosa, como se vê:

‘O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO- Senhor Presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer.

‘O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)- O pedido de aposentadoria por invalidez, por exemplo, só é viável mediante parecer.’

‘O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO- Não transforma o autor em administrador obrigado a prestar contas ao Tribunal respectivo. Não é dado chegar a esse ponto. Fui relator do precedente, que apresenta singularidade. A lei de licitações expressamente prevê que a manifestação da assessoria jurídica ganha contornos, se positiva, de aprovação. Com essa ressalva, acompanho o relator, concedendo a ordem.’

‘O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Parecer obrigatório não significa parecer vinculante Uma coisa é o parecer ser obrigatório; outra, quando a lei exige um parecer conforme, ou seja, o administrador não tem opção de praticar ato, senão nos termos do parecer. É vinculante.’(Grifamos).

‘O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Neste caso, é vinculante’. Recorre-se mais uma vez às vênias para contrariar o entendimento a que se reporta o d. Relator JOSÉ MÚCIO MONEIRO.

A uma porque a consulta, no caso em espécie não é e nem nunca foi obrigatória, não há obrigação (deverá) a autoridade máxima da autarquia (de) consultar o órgão jurídico sobre a conveniência ou oportunidade da convergência de interesses consensuais a apontar acordo como solução mais prática, rápida e satisfatória, ou seja, cuida-se aqui do chamado mérito administrativo, abrangido pela competência exclusiva, legal e regimental cometida a autoridade máxima no âmbito autárquico.

O procurador seria responsável por esta ou aquela opinião se, diante de orientação normativa da AGU com a aprovação da Presidência da República, ou do Ministério por sua Consultoria, dessas orientações divergisse apontado outro rumo a vincular a autoridade máxima da autarquia a que servia ou serve.

Nesse compasso, impende trazer à luz as seguintes decisões do Poder Judiciário Federal, a partir de sua Excelsa Corte à Primeira Instância:

MS/24631 - MANDADO DE SEGURANÇA (...)

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, deferiu a ordem, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 09.08.2007.

EMENTA: CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma

diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

*Na mesma senda o Superior Tribunal de Justiça é prestigiado pela Primeira Instância, como se demonstra com a r. sentença nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa - Processo 2004.34.00.023141-0, onde a MM Juíza da 17ª Vara Federal/DF, exclui os procuradores de quaisquer responsabilidades quanto ao objeto da demanda, trazendo na mesma oportunidade o **decisum** do STJ, Relatora a Min. Lauriza Vaz, da Eg. 5ª Turma, cuja ementa é a seguinte:*

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIATÓRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO.

*Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito - contratação direta pela empresa, em tese, indevida -, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal. 2. O regular exercício da ação penal - que já traz consigo uma agressão ao **status dignitatis** do acusado - exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar, elementos, mínimos que sejam capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Faltando o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal. Precedentes do STJ e do STF.*

3. O rem concedido para trancar a ação penal em tela somente em relação aos pacientes, tendo em vista a ausência de elementos probatórios mínimos, os quais, se e quando verificados, poderá subsidiar nova denúncia nos termos do art. 43, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

(HC 46906/DF, Rei. Ministra Lauriza Vaz, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJe 07/04/2008.)

*O Relator se apega ao entendimento do Excelso STF, no mesmo mandado de segurança cuja ementa vai **supra** e **retro** transcrita, onde consta a observação de que 'Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também gestor nesse caso'.*

Ora, não é o caso a envolver os embargantes sobre a ótica do d. Relator, e assim não é porque a Lei nº 9.469/1997 autorizava a celebração de acordos desde que autorizado pela autoridade máxima da autarquia, mas não exigia para a sua celebração prévia manifestação ou parecer do órgão jurídico. Não há no texto desse diploma legal nada nesse sentido de vincular a autorização da autoridade máxima da autarquia ao prévio exame jurídico, sendo de se acolher as manifestações dos embargantes como pareceres opinativos não vinculantes. Se não fosse assim, o texto da mencionada lei explicitaria essa exigência, tal como ocorre na Lei nº 8.666/93, que exige o prévio exame pelo órgão jurídico das minutas dos editais de licitações.

Em sendo assim, retorne-se o tema à questão do mérito administrativo que compreende o exame pela autoridade competente da questão de conveniência e oportunidade de decidir. Para Celso Antônio Bandeira de Mello 'mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.' Fonte: Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pg.38.

Lado outro, a questão em foco foi levado pelo Ministério Público, tal como pretenderam os embargantes (e isso consta do Relatório) ao crivo do Poder Judiciário em sede de ação penal, tal como sugerido pelo primeiro embargante em seu pedido de reconsideração, transcrito no Relatório e assim posto: 'É muito importante que as peças deste processo sejam encaminhadas ao Ministério Público Federal, porque documentos reveladores, alguns no bojo deste feito e outros ainda não conhecidos serão exibidos.' O resultado desse encaminhamento, resultou na decisão do Eg. Tribunal Regional Federal/2ª Região, que se repete por sua ementa:

'(...) EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÕES CRIMINAIS – PECULATO - DESVIO (ART. 312, CAPUT, 2ª PARTE DO CP) SUPOSTAMENTE PRATICADO CONTRA O DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM – Dner. AUTORIA E MATERIALIDADE NÃO COMPROVADAS - CONDUTA ATÍPICA - REFORMA DOS DECRETOS CONDENATÓRIOS - APELOS PROVIDOS.

Não é possível apenar um advogado pelo simples fato de emitir opinião, ainda que equivocada, especialmente se a tese manifestada for juridicamente sustentável. A emissão de parecer jurídico é atribuição inerente ao exercício da profissão de advogado, que é inviolável por seus atos e manifestações, a teor do art. 133, da CP.

Por todo o exposto, e presentes as condições de admissibilidade dos presentes embargos, requerem os embargantes sejam eles admitidos e providos por serem tempestivos e atenderem às disposições do art. 34 da Orgânica dessa Corte de Contas, atribuindo-se-lhes o efeito modificativo do julgado para as suas exclusões do rol de responsáveis quanto ao acordo entre o ex-Dner e a empresa Três Irmãos Ltda.

*O segundo embargante não pode deixar de manifestar sua estranheza relacionada com o fato de que quando pediu a manifestação dessa Corte a respeito de um questionável acordo, realizado pela União com a empresa falida TRANSBRASIL LINHAS AÉREAS, no ano de 1999, processo este que tramitou perante o juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, com recurso de apelação pendente de julgamento e sem a emissão do competente precatório, este Tribunal não viu nenhuma irregularidade no bojo da avença firmada, sob os argumentos de que havia ocorrido a necessária homologação judicial. A sentença final ainda não havia transitado em julgado e estava sendo questionado, inclusive o **quantum** do valor devido, lembrando que tal acordo custou aos cofres da União a cifra de aproximadamente 1 bilhão de reais na época do acordo que foi firmado.*

Estas ponderações demonstram de forma clara que está corte profere julgamentos de casos idênticos, mas com decisões finais completamente contraditórias, além de omissão em seu modo de decidir.

Finalmente, se os embargantes não foram condenados pelo Poder Judiciário pela emissão de pareceres, conforme demonstram à saciedade, não podem se resignar com a decisão ora embargada, lembrando que ainda que tivessem cometido uma irregularidade no exercício de suas atribuições, em relação ao caso vertente, ainda assim, há que se ter em consideração que nem toda irregularidade é uma ilegalidade, e que os atos (pareceres) não configuraram, nem mesmo em tese, ação dolosa ou intencional de beneficiar a quem quer que fosse.”

É o relatório.