

Daiane Hysley da Silva

**OS LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO
EXERCÍCIO DA CONSULTORIA JURÍDICA À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DOS
PARECERES EM FACULTATIVOS, OBRIGATÓRIOS E VINCULANTES**

Belo Horizonte

2018

Daiane Hysley da Silva

**OS LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO
EXERCÍCIO DA CONSULTORIA JURÍDICA À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DOS
PARECERES EM FACULTATIVOS, OBRIGATÓRIOS E VINCULANTES**

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Orientadora: Isabella Virgínia Freire Biondini

Belo Horizonte

2018

Silva, Daiane Hysley da.
S5861 Os limites da responsabilização dos advogados públicos no exercício da consultoria jurídica à luz da classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes [manuscrito / Daiane Hysley da Silva. – Belo Horizonte, 2018.
[7], 63 f. : il.

Monografia de conclusão de Curso (Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental) - Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2018.

Orientadora: Isabella Virgínia Freire Biondini

Bibliografia: f. 66 -70

1. Defensorias jurídicas – Brasil. 2. Advogados – Brasil. 3. Assistência jurídica – Brasil. I. Biondini, Isabella Virgínia Freire. da. II. Título.

CDU 347.921.8(81)

Autora: Daiane Hysley da Silva

Título: Os limites da responsabilização dos advogados públicos no exercício da consultoria jurídica à luz da classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes.

Natureza: Monografia

Objetivo: Aprovação em disciplina do curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental.

Nome da Instituição: Fundação João Pinheiro.

Área de concentração: Direito Público

Aprovada na Banca Examinadora

Professora Mestre Isabella Virgínia Freire Biondini, orientadora, Fundação João Pinheiro

Professora Mestre Ana Luiza Gomes de Araújo, avaliadora, Fundação João Pinheiro

Belo Horizonte, 16 de agosto 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por renovar a cada momento a minha força e disposição, e pelo discernimento concedido ao longo dessa jornada. À professora Isabella Virgínia Freire Biondini pela orientação, disponibilidade e paciência. Aos meus familiares e amigos pelo apoio na busca desta conquista. À equipe da DITEG pela união, força e carinho. Ao meu amado Tiago pela dedicação e companheirismo.

RESUMO

O presente trabalho objetiva, por meio de pesquisa bibliográfica, realizar uma análise acerca dos limites da responsabilização do advogado público, pelo teor dos pareceres que emitem no exercício da consultoria jurídica, considerando a classificação dos pareceres, realizada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em facultativos, obrigatórios e vinculantes. O gestor público, ao praticar determinado ato administrativo, por vezes, necessita da atuação do advogado público na prévia análise da viabilidade jurídica deste ato. Neste contexto, surgem controvérsias em torno da temática, pois o Tribunal de Contas da União - TCU tem entendido pela responsabilização solidária do administrador e do advogado público pela emissão de parecer que alicerçou o ato considerado ilegal. O estudo proposto pretende contribuir para uma melhor compreensão dos limites da responsabilização atribuída aos advogados públicos a partir da análise dos fundamentos suscitados nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Verificou-se que a classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes não se presta isoladamente para definir a responsabilidade do parecerista, bem como a impossibilidade de se pretender responsabilizar solidariamente o advogado público pela simples emissão de opinião jurídica, uma vez que tal responsabilização somente poderá ser imputada desde que comprovado a ocorrência de dolo ou culpa, erro grosseiro e inescusável.

Palavras-Chave: Administração Pública - Advogado Público – Responsabilidade - Parecer jurídico - Função Consultiva

ABSTRACT

The present paper aims to conduct a thorough analysis about the liability of public attorneys, in terms of the legal evaluations one must provide to assist public administrators in performing their legal tasks. The Supreme Court has categorized these legal advices provided by public attorneys in 3 types: optional, mandatory and binding. The public administrator should and/or has to consult with public attorney, in order to perform administrative acts, who must have their legal viability checked previously by law professionals. In such context, controversies arise within the theme, as the Tribunal de Contas da União, the Federal Accountability Office, has shifted positions. The TCU has begun to rule in favor of the solidary liability between public attorneys and public administrators, both being responsible for the consequences of administrative acts and the evaluations that preceded such acts. The proposed study intends to contribute to a better understanding of the liability to which public attorneys are subjected to, under the definition provided by the Supreme Court. It has been verified that the categorization proposed by the Supreme Court can not be the sole basis in terms of defining whether liability should be present or not. It has also been concluded that a public attorney should not be liable for the mere exposition of a legal argument, once the public attorney should only be considered liable if found guilty of malice, serious fault.

Keywords: Public Administration – Public Attorney – Liability – Advisory role

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEAT - Centro Educacional de Tecnologia em Administração

CODEVASF - Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba

DATAPREV - Empresa de Tecnologia e Informação Social

DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

INSS - Instituto Nacional do Seguro Social

MS - Mandado de Segurança

PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	12
2.1 Considerações relevantes da Administração Pública e princípios constitucionais administrativos.	12
2.2 A Advocacia Pública como função essencial à justiça	16
2.3 Das funções institucionais dos advogados públicos	21
2.4 Das prerrogativas para o exercício da função.....	23
3 A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO PARECER	28
3.1 O conceito, natureza jurídica e espécies de parecer jurídico.....	28
4 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PELOS PARECERES QUE EMITEM.....	35
4.1 A responsabilidade civil, penal e administrativa	35
4.2 A responsabilidade do Advogado Público no entendimento do Tribunal de Contas da União	42
4.3 Evolução das principais decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilização do Advogado Público.....	45
5 OS LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DA CONSULTORIA JURÍDICA À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DO PARECER EM FACULTATIVO, OBRIGATÓRIO E VINCULANTE.	53
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O advogado público é o servidor público que atua no âmbito da Administração Pública direta e indireta, representando judicial e extrajudicialmente os entes federados e respectivas fundações e autarquias. Além da atuação representativa contenciosa, os procuradores públicos atuam na esfera consultiva, exercendo importante mister frente às inúmeras solicitações realizadas diariamente.

O administrador público, por vezes, para a tomada de decisão em processos administrativos, depende da prévia manifestação do advogado público, que exerce controle interno na Administração, pois se manifesta previamente quanto à legalidade e viabilidade jurídica deste ato, no exercício de atividade de consultoria e assessoramento jurídico, disciplinada nos art. 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a doutrina majoritária¹ entende que o parecer jurídico, emitido por esses profissionais, contém apenas uma opinião de quem o proferiu, não produzindo efeitos jurídicos por si só, na medida em que não constitui ato administrativo propriamente dito, e a autoridade administrativa apta a decidir, não está obrigada a acolhê-lo, desde que o faça motivadamente.

Neste contexto, surgem controvérsias em torno da temática, pois o Tribunal de Contas da União - TCU tem entendido pela extensão da responsabilização do administrador ao advogado público pela emissão de parecer que alicerçou a prática de um ato posteriormente considerado ilegal.

A norma que contribuiu para a construção desse entendimento foi a expressa no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual determinou que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Ao atribuir competência à Assessoria Jurídica para “*aprovar*” os aludidos instrumentos, deu-

¹ Autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles.

se a impressão que essa aprovação teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica.

Tal norma deu ensejo a que o TCU começasse a requisitar os advogados públicos para prestar informações acerca de irregularidades ocorridas em processos de licitações, em decorrência de vícios nos respectivos instrumentos aprovados pela assessoria jurídica.

Dessa forma, o tema se tornou relevante, na medida em que o TCU começou a responsabilizar solidariamente os aludidos causídicos com os administradores públicos, fato que ensejou à impetração de Mandado de Segurança pelos advogados públicos, em face daquela Corte de Contas e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, sem que se possa falar em entendimento pacificado, pois o STF alterou sua posição sobre a matéria ao longo da apreciação dos casos concretos.

Em 2002, o tema foi objeto de apreciação e decisão pelo STF que, na oportunidade, enfrentou o questionamento da possibilidade de o advogado público, autor de parecer jurídico em processo administrativo, utilizado como embasamento para contratação posteriormente tida como ilegal pelo TCU, ser de alguma forma responsável pelas consequências jurídicas advindas da invalidação da contratação. Tratava-se do Mandado de Segurança n.º 24.073/DF, na qual o STF decidiu pela impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos, salvo ocorrência de culpa, em sentido largo, erro grave, inescusável ou dolo.

Todavia, em agosto de 2007, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 24.584/DF, o STF alterou o posicionamento e entendeu que em determinadas situações é possível responsabilizar o advogado que proferiu parecer em função da manifestação prevista no art. 38, parágrafo único da Lei n.º 8.666/93. Ainda neste julgamento, o ministro Joaquim Barbosa ponderou sobre a relevância da classificação dos pareceres decorrentes de consultas facultativas, obrigatórias e vinculantes, inserindo um novo critério ao contexto de discussões, para se determinar a aplicação da responsabilidade do advogado público.

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF, o STF passou a utilizar o critério trazido pelo ministro Joaquim Barbosa, de distinção dos pareceres para balizar a verificação da responsabilização do advogado público por ato ilegal causador de dano ao erário. No MS referenciado, o Pretório Excelso realizou a distinção entre os atos meramente opinativos e os atos que, por exigência legal, dependem da manifestação do advogado público. Assim, se um ato cuja validade dependa de manifestação jurídica prévia provocar dano ao erário, haveria uma exceção à consagrada regra da imunidade no exercício profissional da advocacia, e o advogado público, emissor do parecer jurídico, poderia ser responsabilizado.

Dessa forma, abordar-se-á a evolução jurisprudencial do STF, a partir do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073/DF, posteriormente o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.5841/DF, e, por fim, o MS 24.631/DF, quando a distinção entre atos vinculativos e opinativos foi, em regra, adotado pela maioria dos julgados posteriores.

Partindo desses pressupostos, o presente trabalho tem como objetivo geral apresentar os limites da responsabilização do advogado público pelo teor dos pareceres que emitem no exercício da consultoria jurídica, considerando a classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes, quando os atos administrativos praticados pelos gestores públicos, baseados nestes pareceres resultarem em suposto dano ao erário.

O trabalho proposto contribui para uma melhor compreensão da evolução da temática estudada, pois, embora seja unânime no ordenamento pátrio a possibilidade de responsabilização do advogado público, os limites dessa responsabilização comportam divergências doutrinárias, e isso se reflete nos Tribunais. Contudo, não há pretensão de se exaurir o tema, ainda tão vasto.

Para o desenvolvimento do estudo, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica em livros, revistas e periódicos, envolvendo a análise dos posicionamentos doutrinários de autores como José dos Santos Carvalho Filho, Marçal Justem Filho, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros, bem como do texto Constitucional, legislação infraconstitucional e jurisprudências do TCU e STF.

Ao final do estudo pretende-se demonstrar que a divisão dos pareceres jurídicos decorrentes de consulta facultativa, obrigatória e vinculante, exposta pelo ministro Joaquim Barbosa, não tem o condão de isoladamente definir a responsabilidade do advogado público. No caso concreto, se verificará que a responsabilização do agente ocorrerá excepcionalmente, desde que comprovado o elemento subjetivo com que atuou o consultor, ou seja, se o causídico agiu de má-fe, se praticou erro grosseiro ou inescusável, ou se atuou com dolo ou culpa, não importando o tipo de parecer.

O presente trabalho está estruturado em introdução, cinco capítulos, e considerações finais. O segundo capítulo, que introduz a parte conceitual, trata sobre a advocacia pública como função essencial à justiça na Constituição Federal de 1988; e o terceiro analisa o conceito, natureza e espécies de pareceres jurídicos. Já o quarto capítulo aborda a possibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelos pareceres que emitem no entendimento do TCU e STF, seguido do quinto, que examina os limites dessa responsabilização no exercício da consultoria jurídica à luz da classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes. E, por último, as considerações finais do estudo proposto.

2 A ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para propiciar melhor compreensão a respeito da Advocacia Pública, na medida em que os gestores públicos e advogados públicos atuam no âmbito da Administração Pública, torna-se imperioso tecer algumas considerações básicas sobre sua atuação, bem como sobre a importância da observância aos princípios constitucionais administrativos explícitos e implícitos, pois são norteadores das condutas dos agentes públicos.

2.1 Considerações relevantes da Administração Pública e princípios constitucionais administrativos.

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos do art. 18 da Constituição de 1988.

Neste contexto, o Estado brasileiro organiza-se repartindo suas competências, atividades e funções estatais em conjuntos orgânicos independentes entre si, denominados Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo. Embora tais poderes sejam detentores de atividades típicas, inexistente uma separação absoluta de funções, pois possuem competências comuns (funções atípicas), comumente denominado sistema de freios e contrapesos.

Hely Lopes Meirelles (2012, p. 64) explica que a organização da Administração Pública acontece em momento posterior à do Estado. No Brasil, após a definição dos três Poderes que integram o Governo, é realizada a organização da Administração, ou seja, são estruturados legalmente as entidades e os órgãos que irão executar as funções, por meio de pessoas físicas denominadas de agentes públicos. Segundo o aludido autor, “essa organização faz-se normalmente por lei, e excepcionalmente por decreto e normas inferiores, quando não exige a criação de cargos nem aumenta a despesa pública”, nos termos da alínea “a” do inciso VI, do art. 84 da Constituição Federal de 1988.

A Administração Pública, como objeto principal do direito administrativo, encontra-se inserida no Poder Executivo, podendo ser definida sob um aspecto funcional e um organizacional, segundo leciona Medauar, nota-se:

No aspecto funcional, Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo. Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo [...], pensa-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias etc. (2013, p. 56)

Alexandre de Moraes, por sua vez, define a Administração Pública a partir de um conceito objetivo e outro subjetivo, conforme a seguir:

Administração Pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. (MORAES, 2005, p. 293)

Em um panorama global, a Administração Pública, nas palavras de Meirelles (2012), é “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva (2013, p. 658), Administração Pública é subordinada ao poder político sendo “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos, preordenados à execução das decisões políticas”. Portanto, por ser meio, é algo de que se serve para atingir fins estabelecidos, denotando dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder Público, e as operações, que seriam as atividades administrativas.

O autor segue explicando que o art. 37 da Constituição Federal destaca a expressão Administração Pública nas duas perspectivas supracitadas. Como conjunto de órgãos públicos e entidades, ao tratar da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim como atividade administrativa, quando estabelece obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, da licitação e de organização do pessoal administrativo (SILVA, 2013).

A administração federal abarca a administração direta, constituída por serviços que integram a estrutura administrativa da Presidência da República e Ministérios; e a administração indireta, que corresponde a entidades de Direito Público ou Privado, dotadas de personalidade jurídica própria, quais sejam: autarquias, empresas públicas; sociedades de economia mista; fundações públicas (MEDAUAR, 2013).

Observa-se, ainda, que a função administrativa é institucionalmente imputada às demais entidades governamentais autônomas, tais como Estados e Municípios, conforme explicitado no art. 37 da Constituição Federal Brasileira, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, o texto constitucional brasileiro de 1988, em seus arts. 37 a 43, forneceu bases à atuação da Administração, definiu os fundamentos de sua organização, fixou diretrizes de um modelo de administração, estabeleceu um rol de direitos e deveres dos servidores públicos, bem como princípios constitucionais administrativos norteadores das condutas dos seus agentes públicos (MEDAUAR, 2013, p. 60).

Entretanto, embora sejam relevantes todos os preceitos relacionados à Administração Pública consagrados nos dispositivos constitucionais supracitados, afigura-se importante para o estudo proposto pontuar acerca dos princípios constitucionais administrativos, ainda que brevemente, pois são destinados a orientar a ação do gestor público na prática dos atos administrativos, bem como embasar a atividade dos advogados públicos no exercício de suas funções.

Como visto, a Carta Magna menciona expressamente no art. 37 *caput*, os princípios informadores de toda a atuação administrativa pública, em suas mais variadas esferas, sendo eles o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência². Tais princípios advêm do regime jurídico-administrativo que é alicerçado em prerrogativas e limitações, conforme leciona Di Pietro (2015, p. 96).

² O princípio da legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar

Entretanto, insta pontuar que os princípios explicitados acima não são os únicos no Direito Constitucional-Administrativo, uma vez que outros princípios se encontram inseridos nos demais artigos, em legislação infraconstitucional, ou até mesmo na doutrina jurídica, dentre eles o princípio da razoabilidade, além do princípio da proporcionalidade e o princípio da supremacia do interesse público³, para citar alguns dos mais importantes.

Por conseguinte, esses princípios que integram o ordenamento jurídico pátrio, ainda que não explicitamente redigidos no texto constitucional, possuem força de norma cogente, como leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Melo:

Reconhecida a força coercitiva dos princípios que regem o ordenamento jurídico, considerando a importância enquanto mola propulsora para as demais regras do sistema, a inobservância a um princípio gera uma ofensa a todo o sistema de comando e não somente um mandamento obrigatório específico. (MELO, 2015, p. 98)

Da análise realizada até este ponto, depreende-se que todos os agentes públicos, sejam eles políticos, servidores públicos, particulares em colaboração, devem primar pela observância destes princípios, sob pena de ferir as condições basilares sobre as quais se erige o Estado.

ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal. O princípio da impessoalidade nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. Já o princípio da moralidade constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. O princípio da publicidade diz respeito à divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. O princípio da eficiência está relacionado com um dos deveres da Administração Pública, é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012).

³ Para Meirelles (2011, p. 95) “o princípio da razoabilidade pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade e vice-versa. O princípio da Supremacia do Interesse Público ou interesse público é tratado na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, sendo um dos princípios de observância obrigatória pela Administração pública, correspondendo ao atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (art. 2º, parágrafo único, II) [...]. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado.”.

Mas isso sem perder de vista que o próprio Estado também se submete ao Direito. Quer isso dizer que, independentemente das razões primeiras que ensejaram determinado ato administrativo, tanto externamente (em relação aos administrados) quanto internamente (em relação aos seus quadros funcionais), a observância dos princípios e direitos constitucionais é obrigatória.

2.2 A Advocacia Pública como função essencial à justiça

A República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, se constitui como Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito tem como fundamento o princípio da legalidade, que regula a vida em sociedade, garantindo a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como pressupõe a existência de limites à atuação estatal e de seus agentes (SILVA, 2013).

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, iniciou-se maior controle administrativo dos aspectos relacionados ao desvio de poder, moralidade, adequação dos fatos à norma, legitimidade e qualificação jurídica dos fatos realizados pela Administração Pública, ou seja, passou-se a exigir não apenas a mera submissão ao texto legal, mas, também, que a ação estatal atendesse à moralidade e a vontade popular, sendo que, neste campo, a observância ao interesse público adquire grande relevância, assinala Derly Barreto e Silva Filho (1998).

Neste contexto, o controle administrativo se mostra extremamente importante para a consecução dos princípios constitucionais balizadores do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, destacam-se as funções essenciais à justiça, uma vez que a advocacia pública, “insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob à ótica da justiça” (SILVA FILHO, 1998, p. 146).

Segundo ensina Di Pietro (2015), embora a Constituição de 1988 adote, no artigo 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de “Organização dos Poderes”, quatro e não três capítulos; os três primeiros relacionados a cada um dos Poderes do Estado e, o quarto, referente às Funções Essenciais à Justiça, nele

inserindo o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias Estaduais, a Defensoria Pública e a Advocacia.

Consoante lição de Silva (2018), as funções essenciais à justiça são compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar, ou funcionará de forma inadequada. Cumpre ressaltar que a advocacia, seja ela pública ou privada, é função essencial da justiça. Veja-se:

Nemo iudex sine actore. Esta velha máxima, que significa, ao pé da letra, que não há juiz sem autor, exprime muito mais do que um princípio jurídico, porque revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada, se alguém, um agente (autor, aquele que age), não lhe exigir que atue. É um princípio basilar da função jurisdicional que o “juiz deve conservar [...] uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há de resolver”. “A inércia [lembra Calamandrei] é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: imparcialidade”, que, sendo “virtude suprema do juiz, é resultante de duas parcialidades que se combatem” parcialidades do advogado das partes em disputa. Nisso se acha a justificativa das funções essenciais à justiça, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o Advogado, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (representação das unidades federadas) e a Defensoria Pública. (SILVA, 2018, p. 556)

Todavia, existem algumas características que diferenciam a Advocacia Privada da Pública. Na primeira, o advogado atua representando seu cliente, por meio de delegação voluntária de poderes e pelo instrumento de procuração, possuindo independência técnica para defender o interesse daquele. Por outro lado, na advocacia pública, o advogado atua representando a pessoa jurídica de direito público que lhe é afeta, ou seja, ele é a própria pessoa jurídica em juízo, tendo em vista que seu poder de apresentação não decorre de mandato, mas da própria lei (MADEIRA, 2011).

Importante ressaltar, ainda na lição de Danilo Cruz Madeira (2011), que a ideia de um órgão com finalidade específica de apresentar o Estado é fato relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, vez que antes do advento da Constituição de 1988, era o Ministério Público que tinha a função de advocacia do Estado, cumulando a dupla função de defesa da sociedade e de advocacia de Estado.

Realizando um breve histórico, o aludido autor esclarece que na década de 80, por meio do Decreto n.º 92.237/1986, foi instituída a Advocacia Consultiva da União, sendo esta composta pela Procuradoria da Fazenda Nacional, consultorias jurídicas, órgãos jurídicos dos gabinetes militar e civil da Presidência da República, procuradorias gerais, departamentos jurídicos das autarquias e fundações federais, assim como órgãos jurídicos de sociedades de economia mista, empresas públicas e demais entidades controladas pela União direta ou indiretamente (MADEIRA, 2011).

Todavia, a função de defender o Estado em Juízo (advocacia contenciosa) continuava entre as atribuições do Ministério Público, juntamente com a defesa da sociedade. Esta situação, não raras vezes, gerava profundos conflitos de interesses dentro daquela instituição. Afinal, em algumas situações, o parquet poderia, em tese, exercer a função de autor em uma demanda em face do Estado e, nessa mesma demanda, defender este último (MADEIRA, 2011).

Assim, no intuito de por fim aos conflitos de interesses, a Constituição de 1988 reorganizou o Ministério Público e criou a Advocacia-Geral da União, organizando em uma única instituição a representação judicial e extrajudicial da União, e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. O Ministério Público continuou com o pleno exercício de suas funções essenciais, qual sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, desvincilhando-se da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres.

Nesse diapasão, Silva (2013) elucida que as funções da advocacia pública da União foram atribuídas a uma nova instituição denominada pelo texto constitucional de Advocacia-Geral da União. Veja-se:

A constituição desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União. Agora o Ministério Público da União com seus Ministérios Públicos só cumpre as funções típicas da instituição. Não são mais advogados da união. (SILVA, 2013, p. 607)

Diante disso, o Constituinte, nas estreitas vias da legalidade/constitucionalidade entabulou como se daria a atuação da defesa do Estado. A Advocacia Pública está prevista em dois dispositivos Constitucionais. O art. 131 da Lei Magna dispôs sobre a Advocacia Geral da União, que tem por chefe o Advogado-Geral da União, incumbindo-lhe a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos da lei complementar que dispuser sobre a sua organização e funcionamento. Ressalta-se, aqui, a publicação da Lei Complementar Federal nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia - Geral da União.

Por sua vez, o art. 132, outorga a representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Leia-se:

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.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (BRASIL, 1988)

Nota-se, ainda, que, a despeito dos municípios comporem a organização política-administrativa da República Federativa do Brasil, a Carta Magna não tratou da advocacia pública no âmbito dos municípios. Entretanto, a representação em juízo dos municípios, ativa e passivamente, é realizada pelo Prefeito ou Procurador, nos termos do disposto no Código de Processo Civil, em seu art. 75, inc. III.

Neste contexto, a atuação na advocacia pública é realizada por meio do advogado público e, assim como demais servidores públicos, deve pautar sua atuação levando em consideração o interesse público, bem como os princípios e normas constitucionais que regem a atividade administrativa.

Sobre o advogado público, Moretti (2015) afirma que é aquele que presta serviços de representação judicial e extrajudicial ou de consultoria jurídica para a União, Estado, Distrito Federal, Município ou Autarquia, sob o regime estatutário, vez que lei específica rege o vínculo profissional com o ente público.

Ressalta-se que além da Constituição Federal, a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é norma balizadora da advocacia. Dessa forma, imperioso destacar o disposto no Art. 3º *caput* e § 1º, do aludido Estatuto, que assim determina:

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

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional. (BRASIL, 1994)

Preceitua o dispositivo legal supracitado que os advogados públicos se sujeitam à lei própria da entidade pública a qual estão ligados, assim como devem observância ao Estatuto da Ordem dos Advogados, entidade responsável pela seleção e disciplina do exercício da advocacia em todo o território nacional. A este respeito, manifestou José Afonso da Silva:

[...] A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. “O advogado é indispensável à administração da justiça”, diz a Constituição (art. 133), que apenas consagra aqui mais um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215/63, art. 68) já o consignava. Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo, no exercício de seu mister a prestação de um serviço público. (SILVA, 2013, p. 598)

Destarte, os advogados detêm a técnica e o conhecimento necessário para defender o Estado e solucionar os conflitos, revelando-se indispensáveis para garantir o exercício da cidadania e do Estado Democrático de Direito, em especial no âmbito público, quando devem executar uma série de atividades específicas, ora na atuação consultiva, ora na atuação contenciosa.

2.3 Das funções institucionais dos advogados públicos

Como ilustrado anteriormente, a Advocacia Pública possui base constitucional, caracterizada como uma das funções essenciais à Justiça. Dentre as atribuições dos advogados públicos encontram-se as atividades de consultoria e assessoramento jurídico, denominadas de advocacia consultiva, e a atividade de representação judicial, denominada de advocacia postulatória.

No entendimento de Moretti (2015), o texto constitucional, em seus arts. 131, *caput* e 132, atribuem à Advocacia Pública dois tipos de competências. As preventivas, que se referem à consultoria e ao assessoramento jurídico, destinadas a zelar pelo comportamento do administrador público em conformidade com a lei; e as postulatórias, que diz respeito à defesa dos interesses públicos das entidades políticas junto ao Poder Judiciário.

Ao desenvolver estudos sobre as funções essenciais à justiça, Moreira Neto (1992) leciona:

As funções essenciais à justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais, interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais. Todas essas funções competem à advocacia, aqui tomada em sentido amplo, envolvendo atividades preventivas (consultoria) ou postulatórias (representação); privada ou pública. São, portanto, duas classificações a aclarar. A advocacia consultiva é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.

A advocacia postulatória é a expressão privativa das funções essenciais à justiça, destinando-se a suscitar a atuação de qualquer dos Poderes do

Estado, em especial, o Judiciário, para a correção da injuridicidade. Admite, por suposto, uma forma passiva, na qual a função é exercida sob demanda do interessado, e uma forma ativa, na qual ela é exercida ex officio, por imposição da lei. (MOREIRA NETO, 1992, p. 88)

Realizadas estas considerações, pontua-se que na gestão da atividade pública, é natural que o gestor encontre situações que suscitem dúvidas jurídicas quanto à forma ou ao conteúdo dos atos que pretende produzir. Nesta conjuntura é que surge a atividade consultiva do advogado público.

Neste sentido, vale destacar o entendimento de MADEIRA (2013, p. 82) acerca da atividade consultiva do advogado público:

Por ela, o advogado público orienta juridicamente o Administrador para que o mesmo aja em sintonia com a legislação, os princípios que norteiam a atividade administrativa e, principalmente com a Constituição da República. Por ela, o advogado público, no Estado Democrático de Direito, não deve atuar como mero legitimador jurídico dos atos praticados pelo governante. No atual paradigma, a atividade consultiva se transmudou em uma autêntica forma de controle de legalidade e legitimidade da atuação da Administração Pública.

Desse modo, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico, o advogado público exerce análise de legalidade, uma vez que o mesmo é demandado pelos gestores públicos a respeito da viabilidade legal da realização de políticas públicas, obras, serviços, compras, alienações, procedimentos licitatórios, bem como contratos administrativos, dentre outros atos administrativos.

Nessa mesma linha de pensamento, Moreira Neto (1999) leciona que, no exercício dessas competências preventivas o advogado público participa ativamente da atuação interna da administração, orientando tecnicamente o gestor público, no intuito de aperfeiçoar, como dever pleno, a ordem jurídica.

Atente-se que nas atribuições consultivas e de assessoramento jurídico, o advogado público orienta o administrador público, manifestando-se sobre determinada questão jurídica que lhe foi demandada, por meio do parecer jurídico ou por outros atos de natureza consultiva, como despachos, ofícios, informes e notas técnicas, propiciando maior segurança jurídica aos atos administrativos por ele praticado.

Acrescenta Moretti, em relação ao tema, o seguinte preceito:

O advogado público não age por iniciativa própria. Limita-se a pronunciar sua opinião quando provocado em consulta formulada por autoridade acerca de ato que será praticado (controle prévio), sobre ato já praticado (controle posterior) ou, ainda, durante o processo administrativo de formação da decisão administrativa (controle simultâneo), que dê margem ao questionamento quanto a sua adequação ao ordenamento jurídico. (MORETTI, 2015, p.182)

Ressalta-se, ainda, a despeito da realização do controle prévio, por meio da atuação consultiva, se o ato administrativo for impugnado judicialmente, cumpre ao advogado público representar, em juízo, o ente que o praticou. Neste caso, está-se diante da atividade contenciosa da Advocacia Pública.

Portanto, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico têm por objetivo assessorar o administrador público na tomada de decisão. O advogado público auxilia no controle de legalidade da atuação administrativa. Uma vez consultado, o jurista analisará a legalidade da situação posta pelo gestor público, e, ao final, emitirá uma opinião jurídica quanto à legalidade do objeto.

2.4 Das prerrogativas para o exercício da função

Ponderadas as competências dos advogados públicos, especialmente as competências preventivas, vale cuidar das garantias e prerrogativas indispensáveis para amparar o advogado público no pleno desempenho dessas funções, com o propósito de delimitar o campo da responsabilidade deste profissional.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da justiça reconheceu explicitamente a figura do advogado, estabelecendo no art. 133, que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O Professor Adelmário Araújo Castro a respeito do tema explica que:

A fixação de garantias e prerrogativas para o exercício das atividades da Advocacia Pública não surge como uma outorga de favores ou privilégios inaceitáveis, particularmente quando se observa a sua nobre missão de sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito, zelando pela incolumidade dos interesses públicos primários. [...]. Assim, as garantias e as prerrogativas dos membros da Advocacia Pública revelam-se meios ou instrumentos de realização plena do interesse público submetido, de uma forma ou de outra, ao crivo de análise dos vários segmentos da Advocacia Pública. (CASTRO, 2008, p. 14)

Verifica-se que a aludida norma constitucional consagrou, além do princípio da essencialidade da advocacia e da garantia da inviolabilidade pessoal do advogado, ambos indispensáveis à defesa da ordem jurídica. Das prerrogativas dos advogados públicos garantidas constitucionalmente, no tocante ao estudo proposto destaca-se aquela que seja, talvez, a maior de suas garantias, a inviolabilidade.

Ressalta-se que a inviolabilidade profissional se aplica tanto ao advogado que atua na esfera privada, como empregado ou profissional liberal, como o que trabalha na esfera pública, na medida em que a garantia é intrínseca ao livre exercício da advocacia, conforme interpretação dada pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 8.906/1994, já cotejado anteriormente. Tal entendimento harmoniza-se com a lição de Sérgio de Andréa Ferreira. A saber:

Se o advogado, profissional liberal, ‘é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão’ (art. 133), também a advocacia pública (Advocacia-Geral da União e Procuradorias locais) [...] tem sua independência funcional. Se aquele ‘é indispensável à administração da justiça’ [...], tomada essa no seu sentido amplo sublinhado, igualmente o são os advogados públicos [...]. (FERREIRA, 1991, p.12)

Em conformidade com o texto constitucional, a inviolabilidade do advogado também é consagrada nos arts. 2º §§ 1º e 3º; 7º, incisos I, II e § 2º; 18, *caput*; 31, §1º, e 44, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e no art. 2º, *caput*, do Código de Ética e Disciplina da OAB, que assim dispõem:

Art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça.
 §1 – No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. [...]
 §3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.
 Art. 7º - São direitos do advogado:
 I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional.

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Art. 18 –

A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Art. 31 [...]

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

Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

Art. 2º – O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. (BRASIL, 1994)

Assim sendo, quando atua na confecção do parecer jurídico, o advogado público age no exercício de suas atribuições constitucionais e se encontra acobertado por uma série de prerrogativas dispostas, tanto no texto constitucional, como também no Estatuto da Ordem, que são imprescindíveis para o correto exercício da profissão.

Vale destacar, ainda, a lição do doutrinador Moreira Neto (1992, p. 94) acerca do tema:

A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido.

Destaca-se que a garantia da inviolabilidade não se traduz em uma garantia permissiva de ilícitos ou uma liberalidade para a prática de atos danosos a terceiros, de modo a livrar os advogados públicos de responsabilidade. Na verdade, o que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e defender esse

entendimento, sem necessidade de submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas, explica TORRES (2008).

Sendo assim, no intuito de exercer a contento sua função institucional e proporcionar condições para melhor tomada de decisão do gestor público, fundamentado pela lei e pela Constituição Federal, o advogado público precisa exercer sua atribuição com independência, livre de ingerências externas e internas indevidas.

Vale acrescentar, aqui, a lição de Moretti (2015, p. 184) que argumenta:

Do princípio da inviolabilidade profissional, previsto na Constituição federal, decorre a independência técnica, necessária para o livre exercício da advocacia. O grau de independência do advogado público que atua na área consultiva deve ser maior do que daquele que atua na área contenciosa, porquanto no exercício daquela atividade não pode sofrer pressões políticas para elaborar pareceres que favoreçam atividades administrativas e ilegais ou ilegítimas.

Não obstante, a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado público não se reveste de caráter absoluto. A Constituição Federal delimitou a garantia aos atos e manifestações concernentes ao exercício profissional da advocacia. Da mesma forma, a independência técnica garantida aos advogados públicos, não afasta sua responsabilidade de elaborar parecer alicerçado nas normas do ordenamento jurídico, que sustente tese aceitável.

Confirmando o entendimento acima, o disposto no art. 34 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) estabeleceu infrações disciplinares para os advogados, dentre elas, advogar contra literal dispositivo de lei, bem como cometer erros reiterados que evidenciem inépcia profissional.

Vale destacar, ainda, o art. 32, *caput*, da lei supracitada, na qual prevê a responsabilidade do advogado pelos atos que praticar no exercício profissional, com dolo ou culpa, e acrescenta em seu parágrafo único, a obrigação solidária com seu cliente, de reparar o dano causado à parte contrária, em caso de lide temerária.

Logo, além da responsabilidade prevista acima, esses agentes públicos estão sujeitos ao controle interno e externo, uma vez que, ao externarem suas opiniões devem

considerar a finalidade da Advocacia Pública, qual seja, de subsidiar a Administração Pública com pressupostos jurídicos para que seus atos correspondam às normas fixadas no ordenamento jurídico pátrio.

Por conseguinte, a investigação da responsabilização dos advogados públicos, no exercício da consultoria jurídica, deve ser realizada à luz das prerrogativas de inviolabilidade e liberdade de opinião profissional, para a elaboração da manifestação jurídica que se instrumentaliza por meio do parecer jurídico, tema do próximo tópico a ser analisado.

3 A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO PARECER

Conforme apreciado anteriormente, no exercício da atividade consultiva, o advogado público manifesta sua opinião jurídica acerca da situação que lhe foi submetida para exame, por meio do parecer jurídico. No presente capítulo analisar-se-á o conceito, a natureza jurídica e as espécies da manifestação jurídica exarada pelos advogados públicos.

3.1 O conceito, natureza jurídica e espécies de parecer jurídico

Com efeito, em talhe inicial, cabe tecer breves comentários a respeito da distinção entre atos administrativos e atos da administração.

Segundo leciona Di Pietro (2015), “pode-se dizer, em sentido amplo, que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da administração”. E continua a notável autora esclarecendo que dentre os atos da administração, incluem-se:

1. os atos de direito privado, como a doação, permuta, compra e venda, locação;
2. os atos materiais da administração, que não contem manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
3. os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos;
4. atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
5. os contratos;
6. atos normativos da administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
7. os atos administrativos propriamente ditos. (DI PIETRO, 2015, p. 233-234)

Dessa forma, atos da administração são todas as manifestações de vontade da administração pública, podendo ser regidos por preceitos de direito público e de direito privado. No que diz respeito ao conceito de ato administrativo, incontáveis critérios são adotados na doutrina para a definição da expressão.

Pode-se definir “ato administrativo como a declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime

jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário. ” (DI PIETRO, 2015, p. 239).

Já no entendimento de Hely Lopes Meirelles (2012, p. 126), ato administrativo é “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”.

Ressalta-se, também, que, na doutrina brasileira, encontram-se inúmeras classificações e espécies de atos administrativos, que variam de acordo com o critério utilizado para agrupá-los.

Ainda na lição do administrativista Meirelles (2012), os atos administrativos podem ser ordenados em cinco espécies, a saber: atos administrativos normativos, atos ordinários, atos negociais, atos enunciativos e atos punitivos.

Para o estudo proposto, importa conceituar os atos administrativos enunciativos que são “aqueles que a Administração pública se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao enunciado” (MEIRELLES, 2012, p. 201). São espécies de atos anunciativos as certidões, os atestados e os pareceres administrativos.

Lado outro, Mello (2013, p. 387), ao classificar o ato administrativo quanto à natureza da atividade, enquadra o parecer na categoria de atos de administração consultiva, “que são aqueles que visam a informar, elucidar, sugerir providência administrativa a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.”.

Desse modo, o parecer jurídico é o ato por meio do qual os advogados públicos se manifestam sobre determinado assunto que lhes são submetidos pelo gestor público. A doutrina não é unânime quanto a sua natureza jurídica, se são atos administrativos em si, ou meros atos opinativos. Entretanto, a doutrina dominante defende que as aludidas peças possuem natureza jurídica meramente opinativa, não vinculando a autoridade administrativa à sua conclusão.

Importante introduzir, ainda, em relação à natureza jurídica do parecer, que em algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal - STF, o parecer sequer é ato administrativo, conforme se verificará mais adiante. A discussão é enigmática, pois quem toma a decisão final é o administrador-gestor, e não o advogado parecerista, contudo, o parecer frequentemente serve de motivação para tal posicionamento.

Nesta esteira, Meirelles leciona que o parecer não é ato administrativo, mas opinião técnico-jurídica que orientará o administrador na tomada de decisão. Veja-se:

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, [...]. (MEIRELLES, 2012, p. 202)

Neste sentido, Mello (2012, p. 444) argumenta que o “parecer é manifestação opinativa de um órgão consultivo em que este expede sua apreciação sobre o que lhe é submetido e alocam entre os atos qualificáveis como pertinentes à administração consultiva”.

Di Pietro (2015, p. 222), por sua vez, define o parecer como “o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.”. No mesmo sentido, Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari (2007, p. 178) definem:

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica, dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide.

Constata-se que o parecer, em si, não constitui ato decisório da Administração Pública e, sim, uma opinião interna de um técnico do Estado. Ademais, ainda que utilizado como base para uma decisão administrativa, com essa não se confunde. Corroborando com esse entendimento, Carvalho Filho assevera:

Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 139)

Ato contínuo, visto que o parecer jurídico consiste em uma opinião técnica acerca da matéria submetida ao exame do causídico na função consultiva, cabe analisar a classificação apresentada pela doutrina a respeito das espécies de pareceres, cujo entendimento é essencial para o estudo proposto.

O administrativista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica os pareceres em facultativo, obrigatório e vinculante, o que é reiterado por Di Pietro. Veja-se:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato. O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolhe deverá motivar a sua decisão ou solicitar novo parecer, [...]. O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão. (DI PIETRO, 2015, p. 275-276)

Outrossim, preleciona a professora Marinela:

Parecer: é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência. Pode ser: facultativo, quando dispensável para a prática do ato, ficando a critério da Administração solicitá-lo ou não, e obrigatório, quando a lei o exige. Nesse caso, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, caracterizando-se um vício de legalidade. Também se admite a modalidade de parecer vinculante, quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão, sendo que tal obrigatoriedade decorre de previsão legal. (MARINELA, 2011, p. 429)

Desse modo, na hipótese de parecer facultativo, não há determinação legal para que o gestor, antes de deflagrar o ato administrativo de sua incumbência, submeta a

apreciação desse à consultoria jurídica. Quer isso dizer que seu ato não se vincula ao posicionamento entabulado no parecer.

A solicitação, bem como acatamento das razões expostas no parecer, se submete aos critérios de oportunidade e conveniência do Administrador-gestor. Em assim sendo, basta motivadamente do parecer discordar, adotando conduta diversa daquela recomendada no referido instrumento consultivo. Em tal modalidade, portanto, a responsabilidade pela decisão adotada é integralmente do administrador público.

Outra espécie se refere ao parecer obrigatório, cuja confecção é requisito para que o ato administrativo possa ser praticado, ou seja, a lei exige que o administrador solicite a manifestação da Assessoria Jurídica previamente à prática do ato. Caso a autoridade administrativa não acate este mandamento legal, o ato final executado, em regra, será nulo, tendo em vista a ausência de manifestação do órgão consultivo em processo administrativo.

Um exemplo de tal espécie, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, é o parecer a que se refere o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que assim dispõe:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
[...] Parágrafo único: 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. (BRASIL, 1993)

Conquanto ainda sejam aplicáveis à espécie de parecer obrigatório, os critérios de oportunidade e conveniência, o são de forma reduzida. Isso, porque, de um lado, não há o dever legal de que o administrador-gestor adote, obrigatoriamente, a decisão recomendada no parecer. Há a possibilidade de discordância, igualmente motivada (tal como ocorre no parecer facultativo). Contudo, cessa aqui a aplicação dos referidos critérios. Caso resolva modificar o ato submetido à apreciação da consultoria jurídica, deverá submeter o novo ato a novo escrutínio por parte da Assessoria Jurídica.

Desse modo, o gestor público não fica adstrito, vinculado, em suas conclusões, ao que exarado pelo órgão de assessoria jurídica, podendo decidir, motivadamente, em contrariedade à manifestação do órgão consultivo. Caso assim o faça, restará obrigado a solicitar novo pronunciamento da consultoria jurídica.

Por fim, há a hipótese de parecer vinculante, situação na qual o Administrador-gestor submete sua decisão integralmente ao que consta no parecer. Ou realiza o ato nos termos fixados pela assessoria jurídica, ou não realiza. “O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão.” (DI PIETRO, 2001, p. 232). Nesse sentido, destaca-se o escólio de Odete Medauar, para quem os pareceres vinculantes:

São emitidos nos casos em que a norma exige consulta prévia a órgão jurídico ou técnico, cuja manifestação, expressa em parecer (às vezes com o nome de laudo), deve nortear obrigatoriamente a decisão a ser tomada; nesse caso, a autoridade somente poderá decidir no sentido do parecer, restando-lhe a alternativa de não editar o ato, se for possível, ou solicitar novo parecer. Além da função consultiva, o órgão que emite o parecer vinculante exerce, assim, função de controle preventivo. (MEDAUAR, 2013, p. 433)

Ressalta-se que, no entendimento de majoritária doutrina, como defendem Di Pietro (2015) e Medauar (2013), na hipótese do parágrafo único do art. 38, da Lei 8.666/93 citado acima, o parecer tem caráter obrigatório e vinculante. Isso porque a participação da assessoria jurídica não é apenas na função de consultoria, já que tem que analisar e aprovar as minutas de editais e contratos. Segundo Di Pietro, a aprovação à qual se refere o aludido parágrafo único integra o próprio procedimento e equivale a um ato de controle de legalidade.

Insta pontuar que a referida vinculação não diz respeito à certeza de realização do ato, uma vez aprovado pelo órgão competente. Resta ao administrador público a análise de oportunidade e conveniência, que ainda poderá optar pela não realização do ato aprovado. Porém, caso entenda pela realização, deverá observar estritamente o que fora aprovado. Se entender pela alteração de alguns pontos que não foram submetidos à aprovação dos advogados públicos, deverá fazê-lo novamente, sob pena de nulidade do ato.

Não há uma posição pacífica no ordenamento pátrio quanto à natureza jurídica do parecer, e esse fato gera margem a diversas interpretações que implicam em repercussões

na responsabilização do advogado parecerista. Todavia, doutrina majoritária, como a de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles, entendem que os pareceres possuem natureza meramente opinativa, não vinculando a autoridade administrativa à sua conclusão.

Entabuladas tais premissas acerca do conceito, a natureza jurídica e as espécies de pareceres, passa-se a análise da responsabilização do advogado público em relação aos pareceres que produz.

4 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PELOS PARECERES QUE EMITEM

Muito já se discutiu a respeito da possibilidade de responsabilização do advogado público quando da emissão de pareceres jurídicos e, sendo possível, em que hipótese poderia cogitar-se tal responsabilização.

Na medida em que a prerrogativa da inviolabilidade profissional do advogado público não se reveste de caráter absoluto, não sendo ele livre de qualquer responsabilidade, conforme estudado ao longo deste trabalho, verifica-se doravante quando efetivamente poderão ser responsabilizados.

O exame das razões que embasaram o advento da responsabilização do advogado público pela emissão de pareceres jurídicos no exercício da consultoria jurídica será realizado a partir dos posicionamentos apontados como relevantes pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União, bem como da doutrina.

Por conseguinte, para melhor concepção do tema, aborda-se brevemente sobre a definição de agente público, na medida em que este é gênero da espécie servidor público e, sendo assim, os advogados públicos se enquadram nesta classificação. Também serão examinados, de forma concisa, os aspectos da responsabilidade civil, penal e administrativa.

4.1 A responsabilidade civil, penal e administrativa

Considerando que o advogado público é servidor que pode ser submetido a processo administrativo disciplinar, caso cometa alguma falta, antes de adentrar-se de forma específica no tema estudado, entende-se relevante uma breve explanação a respeito dos agentes públicos e os tipos de responsabilidade a qual estão sujeitos.

O administrativista Carvalho Filho (2015, p. 611) conceitua os agentes públicos como “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado”. Eles atuam como se fossem o próprio Estado agindo, devendo, portanto, ter cuidado com a coisa pública e seguir os princípios constitucionalmente explícitos

no art. 37, *caput*, assim como os outros que orientam a Administração Pública. Acrescenta ainda, que a expressão “agente público” possui sentido amplo, sendo gênero do qual são espécies os agentes políticos, os particulares colaboradores e os servidores públicos.

Assim, os advogados públicos são classificados como servidores públicos especiais, pois exercem “funções de especial relevância no contexto geral das funções do Estado”. Ressalta-se que possuem regime jurídico funcional diferenciado, sempre estatutário e instituído por diploma normativo específico, ou seja, tais servidores têm relação jurídica funcional com o Estado e podem ser responsabilizados pela Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2015, p. 619).

Frisa-se que, em âmbito federal, a Lei nº 8.112, de onze de dezembro de 1990⁴, no seu Capítulo IV, dispõe acerca das responsabilidades as quais estão sujeitos os servidores públicos perante a Administração e, em seu art. 121, determina que “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.” (BRASIL, 1990). No que tange, aos servidores estaduais, distritais e municipais, tal matéria é abordada nas respectivas constituições e leis orgânicas (DI PIETRO, 2015).

À vista disso, o advogado público ao emitir um parecer em processo administrativo, está sujeito à responsabilização pela prática de infração no desempenho de suas funções, no âmbito civil, administrativo e penal, além dos casos de atos de improbidade administrativa, previsto no § 4º, do art. 37, da Carta Magna e regulamentada pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Com efeito, uma mesma conduta poderá configurar um ilícito civil, administrativo ou penal, admitindo-se a instauração de três processos com competências diferentes, os quais se submetem à regra da independência das instâncias. Assim, como as normas são independentes entre si, as responsabilidades também serão, exceto nos casos de absolvição na esfera penal por inexistência do fato ou negativa de autoria, quando então não poderá existir condenação na esfera civil ou administrativa.

⁴ Lei nº 8.112, de onze de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Sobre o tema, destaca-se o entendimento jurisprudencial pacífico quanto à independência entre as instâncias. Veja-se:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. ABSOLVIÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DO FATO. FALTA RESIDUAL. INEXISTÊNCIA.

1. “As responsabilidades disciplinar, civil e penal são independentes entre si e as sanções correspondentes podem se cumular (art. 125); entretanto, a absolvição criminal, que negue a existência do fato ou de sua autoria, afasta a responsabilidade administrativa (art. 126)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

2. O artigo 23 da Lei 8.935/94 não resta violado quando o fato imputado ao agente, que fundamentou a aplicação da pena de suspensão por 90 (noventa) dias, restou declarado inexistente, não havendo conduta outra, cometida pelo servidor, capaz de configurar-se como infração disciplinar, a justificar a aplicação daquela penalidade.

3. É que a responsabilidade administrativa deve ser afastada nos casos em que declarada a inexistência do fato imputado ao servidor ou negada sua autoria pela instância penal.

4. Destarte, afastada a responsabilidade criminal do servidor, por inexistência do fato ou negativa de sua autoria, afastada também estará a responsabilidade administrativa, exceto se verificada falta disciplinar residual, não abrangida pela sentença penal absolutória. [...] (STJ - REsp: 1012647 RJ 2007/0291819-6, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2010).

No âmbito do Direito Administrativo inexistente uma teoria específica dedicada ao instituto da responsabilização dos advogados públicos, motivo pelo qual, proceder-se-á ao exame da aludida responsabilidade à luz das noções do Direito Civil a respeito do instituto da Responsabilidade Civil, conforme ensina a doutrina de JARDIM:

Mesmo na esfera administrativa, verifica-se que as bases de uma responsabilização remetem aos pilares da responsabilidade civil, ou seja, aos conceitos de conduta, nexos de causalidade, dano e ao elemento subjetivo do dolo ou culpa stricto sensu. JARDIM (2011, p. 294)

Assim sendo, antes de imiscuir-se sobre a temática da responsabilização dos advogados públicos, mister fazer breves apontamentos sobre o instituto da responsabilidade civil.

Salienta-se, aqui, a máxima de que o Direito não tolera a circunstância de que um indivíduo possa causar prejuízo a terceiro sem que haja responsabilização dos seus atos. Sobre o tema, relevante o escólio de Caio Mário da Silva Pereira:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal. Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade e que a sociedade humana lhe deve prestar. (PEREIRA, 2002, p. 11)

Nesse diapasão, há de se ressaltar que a responsabilidade civil pode se ramificar em duas: objetiva e subjetiva. Em relação à responsabilidade subjetiva, aplica-se o adágio “*unuscuque sua culpa nocet*”, ou seja, cada um responde pela respectiva culpa. Neste caso, além do nexo de causalidade, o agente responsável age com dolo ou culpa, e o elemento subjetivo, a sua intenção, determina se trata da primeira ou da última hipótese. Em contrapartida, na responsabilidade objetiva, a intenção do agente é irrelevante, bastando o nexo de causalidade entre a conduta do agente e do dano, para que ocorra o dever de indenizar (GAGLIANO, 2008, p. 14).

Assim, a responsabilidade civil pode surgir do inadimplemento de uma obrigação contratual ou extracontratual (aquiliana). O Código Civil, nos arts. 186 e 187, estabeleceu como regra geral que o descumprimento de obrigações extracontratuais dão ensejo a aplicação da Teoria da Responsabilidade Subjetiva:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Todavia, o Código Civil inovou ao inserir, no parágrafo único do art. 927, a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico, veja-se:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Assim, conquanto sejam aplicáveis as duas teorias no ordenamento pátrio (objetiva e subjetiva), como regra geral, aplicar-se-á a última, na medida em que a responsabilidade objetiva somente pode ser aplicada quando existir lei expressa que autorize a sua aplicação, nos termos do parágrafo único do art. 927 referenciado.

Sobre o tema a professora Di Pietro (2015, p. 752) leciona:

A responsabilidade civil é de ordem patrimonial sendo decorrente do artigo 186 do Código Civil, que consagra a regra geral, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Analisando aquele dispositivo, verifica-se que para configurar-se o ilícito civil, exige-se: ação ou omissão antijurídica; culpa ou dolo; relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado; ocorrência de um dano material ou moral.

Em relação à conduta do servidor público, a autora referenciada distingue as hipóteses do dano ser causado ao Estado e do dano ser causado a terceiros. Sendo que na primeira hipótese a apuração deste fato pode ser feita pela própria Administração, por meio da instauração de um processo administrativo, resguardado o direito ao contraditório e ampla defesa previstos constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, sob pena de nulidade. Por outro lado, quando o dano é causado a terceiros, aplica-se a diretriz do art. 37, § 6º da Constituição Federal⁵, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado, resguardando-se o direito de regresso contra o servidor que deu causa a tal situação (DI PIETRO, 2015, p. 752-753).

Dessa forma, a Teoria Geral da Responsabilidade Civil determina que para a incidência do dever de indenizar, em regra, afigura indispensável a presença dos elementos básicos; ação/omissão voluntária, dano, nexo de causalidade e culpa e/ou dolo.

⁵Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nessa linha, a Lei nº 8.112/1990, em seu art. 122, afirma que “a responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.” (BRASIL, 1990). Sendo assim, para se imputar a responsabilidade civil ao servidor público é imperioso a comprovação do dano causado, pois sem ele não há que se falar em responsabilização, bem como a comprovação de que o servidor agiu com dolo ou culpa em sentido estrito (CARVALHO FILHO, 2015, p. 800).

Fixadas essas premissas, em se tratando de Advogado, ainda que público, sua responsabilidade pode estar sujeita aos dispositivos acima destacados (arts. 186, 187 e 927 do Código Civil), conforme determinação da Lei Federal n. 8.906/1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria. (BRASIL, 1994)

Com efeito, para que se possa atribuir responsabilidade aos advogados públicos, faz-se necessária a comprovação dos elementos subjetivos, dolo ou culpa, além da demonstração do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano.

Ademais, o Novo Código de Processo Civil, cujo Título VI estabelece normas sobre a advocacia pública, e dispõe em seu artigo 184, que “o membro da advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” (BRASIL, 2015).

No que tange a responsabilidade administrativa do advogado público, esclarece-se que esta é proveniente da prática de ilícito administrativo, por conduta comissiva ou omissiva, dando ensejo à aplicação de sanção disciplinar apurada em processo administrativo, pelo superior hierárquico, respeitando o devido processo legal. Dessa forma, o ilícito administrativo configura-se pelo descumprimento de um dever jurídico ou pela incidência em proibição estabelecida na legislação estatutária. Diferentemente da responsabilidade penal que, por sua vez, ocorrerá sempre que a conduta praticada qualificar-se como um fato típico, ilícito e culpável.

Nesta perspectiva, Carvalho filho (2015) explica que na esfera administrativa o sistema punitivo é diverso da esfera criminal. Neste, as condutas são tipificadas de forma precisa. No campo administrativo os estatutos funcionais preveem um rol de deveres e vedações para os servidores e as penalidades administrativa aplicáveis, sem prévia ligação com as condutas ilícitas. O ilícito administrativo configura-se com a inobservância desses deveres e vedações. No caso, caberá à administração determinar a sanção administrativa aplicável, conforme os princípios da legalidade, da adequação punitiva, da motivação, do contraditório e da ampla defesa.

Por conseguinte, a responsabilidade pelo exercício profissional da advocacia, em âmbito administrativo, caberá ao Conselho Seccional da OAB, ao qual compete à aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, em se tratando de advogado privado. Por outro lado, ao órgão competente de Corregedoria, no caso de advogado público que possua carreira regulamentada e órgão próprio de correição (TORRES, 2007).

Assim, o órgão responsável pela averiguação da infração administrativa atribuída ao advogado público é aquele determinado pela lei da respectiva pessoa política em que se encontra vinculado pela relação jurídica estatutária. Na estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União, nos termos do no art. 5º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o órgão responsável pela apuração de tais infrações administrativas é a Corregedoria-Geral da Advocacia da União, explica Moretti (2015). Acrescenta, ainda, a referida procuradora Federal:

Há responsabilidade do advogado público pelo mau desempenho de sua função técnico-jurídica, seja pela inércia ou demora, seja pela emissão de parecer em ato posteriormente tido como irregular. O advogado público que não elabora o parecer solicitado é responsável porque se omite no cumprimento do dever que a lei lhe atribui. Há também possibilidade de responsabilização do advogado que emite o parecer requisitado intempestivamente. Em ambos os casos ocorre violação aos princípios constitucionais da legalidade, da eficiência e da razoável duração do processo. (MORETTI, 2015, p.191)

Conforme se verificará adiante, e, ainda na ótica administrativa, eventual responsabilização, envolvendo a emissão de pareceres jurídicos, pode ser atribuída ao advogado público pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Isso porque, a potencial

competência para tal medida decorre do comando constitucional, disposto no art. 71, inciso II e VIII⁶, que atribui a esse órgão a competência para julgar as contas públicas e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

4.2 A responsabilidade do Advogado Público no entendimento do Tribunal de Contas da União

A doutrina e a jurisprudência, por muito tempo, entenderam pela impossibilidade de responsabilização do advogado público, especialmente pela independência técnica e natureza opinativa do parecer jurídico.

Entretanto, o Tribunal de Contas da União, se utilizando da norma disposta no artigo 71, inc. II, da Constituição Federal, há algum tempo, firmou entendimento sobre a possibilidade de responsabilização de advogados públicos, autores de pareceres jurídicos, quando os atos de gestão, objeto de análise nos pareceres, resultam em suposto dano ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica.

Conforme examinado em capítulo anterior, o parecer exarado pela assessoria jurídica contém a motivação do ato administrativo a ser praticado pelo administrador que o solicitou e, se acolhido, passa a fazer parte integrante da decisão. Baseado neste fundamento, o Tribunal de Contas vem justificando a imputação de responsabilidade aos advogados públicos, que, com seu parecer, deram margem à decisão, considerada ilegal (DI PIETRO, 2015).

Diante disso, é conduta recorrente entre os administradores públicos, quando no polo passivo de ações de improbidade administrativa, cujo escopo seja apurar a respectiva

⁶ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - 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 derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

responsabilidade por eventuais atos ilegais de gestão, utilizar da preliminar de escusa, pois teriam sido induzidos ao erro pela Assessoria Jurídica.

Em tal desiderato, asseveram que não possuíam conhecimento jurídico suficiente para adotar determinada conduta, e que, em assim sendo, somente a realizaram em decorrência do aval/recomendação dos advogados públicos pareceristas.

Nesse diapasão, o TCU construiu no decurso do tempo remansosa jurisprudência no sentido de corresponsabilizar o parecerista, ou mesmo excluir a responsabilidade do administrador-gestor ante a ocorrência de improbidade administrativa ou quando da apreciação de contas, cuja conduta basilar tenha sido avalizada pelo advogado público (CAMMAROSANO, 1997, p. 229).

No intuito de melhor elucidar os entendimentos da responsabilização defendidos pela Corte de Contas Federal, destacam-se trechos do recente voto do ministro Augusto Nardes:

55. Nesse sentido, esta Corte entende que o parecerista jurídico pode ser considerado responsável, quando, por dolo ou por culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, conforme explicitado no voto condutor do Acórdão 1851/2015 – Plenário:

19. A responsabilidade dos pareceristas jurídicos é tema recorrente nos processos de controle externo. Embora não exerçam função administrativa estrito senso, os advogados podem ser considerados responsáveis por este TCU, pois o art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, c/c art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, autoriza a aplicação de multa por atos praticados com grave infração de norma legal. Existindo parecer que, por dolo ou por culpa, induza o administrador público à prática de irregularidade, haverá responsabilidade não apenas dos gestores, mas também dos causídicos (Acórdãos 1.964/2010-1ª Câmara, 1.161/2010-Plenário, 6.640/2009-1ª Câmara, 3.987/2009-2ª Câmara e 157/2008-1ª Câmara).

15. Ressalto que meu posicionamento está de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que agentes públicos que emitem parecer de natureza técnica podem ser responsabilizados perante o TCU em razão da existência de vícios na manifestação que conduzam à prática de atos irregulares, a exemplo dos Acórdãos 2.521/2012 e 1801/2007, ambos do Plenário, e 4.792/2011, da 2ª Câmara.

14. Nessa mesma linha o voto condutor do Acórdão nº 1.443/2013-TCU-Plenário, in verbis: Em primeiro lugar, impende salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores está consolidada no sentido da possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico quando o parecer não estiver devidamente fundamentado. Os pareceristas não têm salvo-conduto para sustentarem e argumentarem como bem desejarem. Seus

pareceres são, em regra, decisivos para a atuação das autoridades que deles se valem para decidir. Nesse sentido, transcrevo excerto do voto condutor do Acórdão TCU 1801/2007-Plenário:

4. No que concerne à isenção de pareceristas e à independência profissional inerentes à advocacia, a questão encontra-se pacificada junto a este Tribunal, bem assim junto ao Supremo Tribunal Federal, que evoluiu no sentido de que os pareceristas, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros.

5. Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados.

7. Em que pese não estarem sendo apreciadas, nesta oportunidade, as razões de justificativa apresentadas pelo [omissis], mas uma vez que podem servir como complemento ao que foi alegado no recurso sob exame, cumpre lembrar que não é somente pela prática de ato doloso que poderá ser o parecerista responsabilizado, mas também pela prática de ato culposos, ou seja, aquele que estiver revestido de imperícia, imprudência ou negligência, na dicção do art. 32 da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto dos Advogados). (TCU. Acórdão nº 362/2018. Plenário; Rel. Augusto Nardes. DOU. 28/02/2018).

Dessa forma, o Tribunal de Contas da União se inclina por permitir um controle externo da atuação dos advogados públicos no exercício da função consultiva, sob o argumento de que o parecer integra a motivação do ato administrativo, estando inserida no âmbito da verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade, consoante preceitua a Constituição da República.

Na linha do posicionamento do TCU, a doutrina de Jessé Torres Pereira Júnior esclarece que:

[...] a apuração dessa responsabilidade competirá ao Tribunal de Contas da União, cuja atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos

relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades federais. O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, fundamenta e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido no âmbito de verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Conclui-se que o fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que ele se encontra excluído do rol de agentes que estão sob a disciplina da Corte de Controle. (PEREIRA JUNIOR, 2011, p. 166-167)

Isto posto, no entendimento do TCU, o advogado público parecerista poderá ser responsabilizado quando, por dolo ou por culpa, induzir o administrador público à prática de irregularidade, bem como quando a peça jurídica que elaborou contenha fundamentação absurda, desarrazoada ou ilegal. Não obstante existam diversas decisões do TCU, bem como julgados do Supremo Tribunal Federal, o tema enseja acaloradas discussões e significativa controvérsia, conforme será tratado a seguir.

4.3 Evolução das principais decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilização do Advogado Público

Após a teorização da matéria em análise, procede-se ao exame da evolução das principais decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto. Pontuam-se três decisões consideradas relevantes, pois trazem à tona diversos argumentos, discussões e aspectos importantes para traçar as perspectivas da responsabilização do advogado público na atuação consultiva pela emissão de pareceres jurídicos.

A primeira decisão trata-se do Mandado de Segurança nº 24.073/DF de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado pelo plenário em novembro de 2002. Conforme relatório condutor, tratava-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a inclusão dos impetrantes, advogados da Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás, como responsáveis solidários dos gestores da aludida empresa estatal, pela contratação dos serviços de consultoria da empresa internacional Arthur D. Little - ADL, com dispensa de licitação.

Os fundamentos do referido Mandado de Segurança, segundo o relator, ministro Carlos Velloso, eram:

a) Ausência de competência do Tribunal de Contas da União para julgar os atos dos impetrantes, dado que estes não exercem qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não ordenam despesas e não utilizam, gerenciam, arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos. Não têm, assim, sequer potencial de causar perdas, extravios ou outros prejuízos ao Erário no desempenho de suas funções profissionais. b) Impossibilidade de responsabilização por atos praticados no regular exercício da profissão, mormente porque, nos termos do estatuto da advocacia, a relação de emprego não retira do advogado a isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional. Ademais, aduzem que, no caso, restringiam-se a verificar a presença dos pressupostos de contratação direta, tendo por base as informações prestadas pelos órgãos competentes e especializados. STF, MS 24073, Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 06/11/2002. Data de Publicação: DJ 31/10/2003.

A Autoridade Coatora, em contrapartida, suscitou o seguinte:

A emissão de pareceres jurídicos situa-se na esfera da responsabilidade administrativa do ocupante, no caso, de emprego público e possui implicação na apreciação da regularidade dos atos de gestão que resulte despesa, quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade. [...] os atos praticados pelos administradores foram respaldados nos pareceres jurídicos por eles emitidos, pareceres estes que justificam a própria razão de sua existência e constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões adotadas pelos ordenadores de despesas. STF, MS 24073, Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 06/11/2002. Data de Publicação: DJ 31/10/2003.

No julgamento do Mandado de Segurança em questão, o Tribunal Pleno afastou a hipótese de responsabilização do advogado público pelas opiniões dadas em pareceres jurídicos, conforme pretendia o TCU, sob o argumento de que o parecer não é o ato administrativo decisório em si, mas tão somente ato de administração consultiva, e acrescenta o relator:

O autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto; [...] não é qualquer ato que enseja a responsabilidade do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia; [...] caberia à ordem dos Advogados do Brasil apenar as infrações cometidas por advogado, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo a seu constituinte (Lei 8.906/94, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto à

prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei 8.906/94, art. 34, XXIV). STF, MS 24073, Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 06/11/2002. Data de Publicação: DJ 31/10/2003.

O relator ressaltou, ainda, que a inviolabilidade atribuída ao advogado público não é absoluta, sendo eles civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) executado com dolo ou culpa.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concedeu a segurança, fundamentando sua decisão na inviolabilidade profissional assegurada constitucionalmente aos advogados, bem como na natureza opinativa do parecer jurídico. A decisão assim foi ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS: 24073 DF, Relator: CARLOS VELLOSO. Data de Julgamento: 06/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP-00379)

Depreende-se da análise do acórdão supracitado, que a responsabilização do advogado público dependeria da demonstração que o profissional laborou com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. Ademais, se a fundamentação sustentada no parecer é razoável, amparada em doutrina e precedentes, prepondera a liberdade profissional, afastando a responsabilidade do parecerista.

Contudo, houve mudança de entendimento do Pretório Excelso, vez que no segundo precedente relevante, ao contrário do posicionamento anterior, o ministro Marco Aurélio, relator do Mandado de Segurança nº 24.584/DF, julgado em agosto de 2007, entendeu cabível a responsabilização solidária do parecerista jurídico na hipótese do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93. Nesse caso, o administrador decide com base na manifestação do setor técnico jurídico competente.

O Mandado de Segurança em questão foi impetrado por procuradores federais em razão do TCU responsabilizá-los por manifestações jurídicas formalizadas no exercício profissional, em relação aos pareceres feitos pelos impetrantes e relativos aos custos da prestação de serviços da Empresa de Tecnologia e Informação Social - Dataprev ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Nada obstante, se analisava a legalidade do termo de convênio firmado entre INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD.

As imputações aos impetrantes, segundo o relator, seriam:

- a) A responsabilidade objetiva do procurador, tendo em vista qualquer irregularidade na execução do convênio;
- b) A responsabilidade do procurador ante o teor do convênio, impondo sê-lhe verdadeira gerência quanto à decisão de realizar ou não a licitação ou de efetivar o convênio;
- c) Atribuição de prestação de contas ao procurador, desconhecendo-se que este não executa contratos;
- d) Exigência de o procurador ter o domínio da exata extensão do convênio de apoio técnico à área de informática;
- e) Responsabilidade do procurador por gasto não autorizado, conferindo-se a função de ordenador de despesas. STF, MS: 24584, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/08/2007. Data de Publicação: DJe 19/06/2008.

Na análise do mérito, o ministro Marco Aurélio suscitando o precedente do MS nº 24.073, asseverou que, naquela oportunidade, tinha somado seu voto ao do relator naqueles autos, ministro Carlos Velloso, uma vez que o objeto de tal Mandado de Segurança se tratava de simples parecer, ou seja, ato opinativo que poderia ou não ser considerado pelo administrador. Ato contínuo, afirmou o relator:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênios e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária,

considerando não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. STF, MS: 24584, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/08/2007. Data de Publicação: DJe 19/06/2008.

Por fim, por maioria de votos, indeferiu a segurança, acatando o argumento do Tribunal de Contas, certificando que, encerrado o processo administrativo perante o TCU, poderiam os impetrantes acionar o judiciário na hipótese de serem, por fim, declarados responsáveis.

Destaca-se, ainda, no bojo do julgado supracitado, que o ministro Joaquim Barbosa, ao fundamentar sua posição, citou os ensinamentos do administrativista francês René Chapus, quanto à natureza jurídica do parecer na esfera administrativa, classificando as consultas em facultativos, obrigatórios e vinculantes, bem como discorreu sobre o real alcance da redação do dispositivo legal, no âmbito da Administração Pública.

[...] A primeira situação é aquela em que a consulta é facultativa, nesse caso a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo. A segunda hipótese diz respeito aqueles casos em que a consulta é obrigatória, e a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido a consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso pretenda praticar o ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido a consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque, se submeter a consultoria a minuta ou esboço de um ato com determinado conteúdo, e ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade do parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração. Por fim, quando a lei estabelecer a obrigação de “decidir a luz de parecer vinculante ou conforme” (decider sur avis), o administrador não poderá decidir, senão nos termos da conclusão do parecer, ou então, não decidir. STF, MS: 24584, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/08/2007. Data de Publicação: DJe 19/06/2008.

O ministro Joaquim Barbosa ressaltou, ainda, a importância dessa classificação doutrinária francesa para a identificação dos casos em que o parecer é vinculante, pois se a lei exige o parecer favorável da assessoria jurídica, como pressuposto de perfeição do ato, há efetiva partilha do poder decisório entre o causídico e o gestor (MORETTI, 2015). A decisão examinada, restou, assim, ementada. Veja-se:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a

manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (STF - MS: 24584 DF, Relator: MARCO AURELIO, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00362)

Do exame do acórdão supracitado infere-se que, nos termos do posicionamento do ministro Joaquim Barbosa, há entendimento do STF, que diferencia o parecer de aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios, previsto no parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/93, que é vinculante ao administrador e pode causar responsabilidade solidária dos pareceristas, daquele que materializa simples opinião técnica sobre a consulta submetida.

Pertinente aduzir que os tribunais passaram a adotar a classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes, notadamente a partir da terceira decisão relevante sobre o tema, nos autos do Mandado de Segurança nº 24.631/DF, julgado em agosto de 2007, do qual o próprio ministro Joaquim Barbosa foi relator.

Este Mandado de Segurança foi impetrado contra ato do Tribunal de Contas com objetivo de afastar a responsabilidade do impetrante, enquanto procurador autárquico, entre os responsáveis por irregularidades encontradas em auditoria realizada no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, nos processos relacionados a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios.

O ministro Joaquim Barbosa reiterou o entendimento proferido nos autos do MS nº 24.584-1, discorrendo novamente sobre a classificação das consultas em facultativas, obrigatórias e vinculantes, conforme estudado acima, bem como afirmou que a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer.

O aludido ministro, explicou que nos casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força de lei, pressuposto de perfeição do ato, ou seja, parecer vinculante, há efetiva partilha do poder de decisão entre a autoridade administrativa e o parecerista. Veja-se:

[...] preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório. [...] Isto porque nesses casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força de lei, pressuposto de perfeição do ato, há efetiva “partilha do poder de decisão” ente a autoridade executiva e o órgão consultivo. STF, MS: 24631, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 09/08/2007. Data de Publicação: DJe 31/01/2008.

No entanto, embora sejam as considerações iniciais praticamente as mesmas, o ministro relator ressaltou que a conclusão seria diversa no caso do Mandado de Segurança nº 24.631/DF, visto que o TCU pretendeu responsabilizar todos aqueles que potencialmente teriam dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria, sem, contudo, demonstrar culpa do causídico no acordo extrajudicial, razão pela qual concedeu a segurança. Veja-se a ementa desse julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF - MS: 24631 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250).

Por maioria de votos, o pleno do Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da possibilidade de responsabilização do advogado público nas hipóteses em que o ato decisório, tido como ilegal, tenha se assentado em parecer do tipo vinculante e não meramente opinativo. Todavia, concedeu a segurança no aludido Mandado de Segurança, vez que no caso não houve comprovação de que o advogado incorreu em culpa pelo acordo realizado.

Assim, no caso de parecer vinculante, de acordo com entendimento do STF, há a possibilidade de responsabilização do advogado público, pois não se trata de ato meramente opinativo, mas, sim, de manifestação de um juízo técnico-jurídico e, simultaneamente, uma decisão administrativa, haja vista sua impositividade à Administração. Decorre disso, o posicionamento de que a responsabilidade pelo ato tido como ilegal dever ser compartilhada entre o parecerista e o administrador. Entretanto, conforme conclusão extraída do julgado MS nº 24.631/DF, mesmo nesse caso será necessário a comprovação de que o parecerista agiu com culpa ou dolo no exercício de suas atribuições (MORETTI, 2015).

Pela análise das principais jurisprudências a respeito do tema, quais sejam, MS nº 24.073/DF, MS nº 24.584-1/DF e MS nº 24.631/DF, o STF entendeu, em princípio, que o advogado público não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, salvo culpa grave, erro grave, inescusável, ou dolo. Todavia, em relação à hipótese de parecer classificado como vinculante, a exemplo do parecer emitido por força do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, entendeu ser cabível a responsabilização ao advogado parecerista.

Contudo, vale ressaltar que, embora se possa extrair, do entendimento adotado pela maioria dos ministros da Suprema Corte, algumas respostas a respeito do tema objeto proposto para o estudo, ainda há consideráveis divergências doutrinárias e jurisprudências em torno da questão, sobretudo em razão da adoção do critério relacionado à natureza jurídica do parecer, trazido pela classificação dos pareceres, em obrigatórios e vinculantes, para influenciar a aplicação da responsabilização do advogado público.

5 OS LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DA CONSULTORIA JURÍDICA À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DO PARECER EM FACULTATIVO, OBRIGATÓRIO E VINCULANTE.

A responsabilidade do advogado público na consultoria jurídica se torna tema de relevante debate, tanto jurisprudencial, quanto doutrinário, visto que, consoante ensinamento de Chaves (2014), o advogado público antecipa os efeitos jurídicos que serão acarretados com as ações administrativas, por meio de parecer, com o objetivo de evitar vícios que possam gerar a nulidade de todo o procedimento. Os causídicos apresentam para o administrador público as orientações que melhor atendam ao interesse da sociedade.

Dessa forma, cabe ao advogado público, na função de consultoria jurídica, apreciar a demanda que lhe é submetida com extrema cautela, esclarecendo ao gestor público os riscos jurídicos da adoção de uma ou de outra diretriz de ação em que haja divergência doutrinária ou jurisprudencial. Para tanto, se baseia em documentos e informações que poderia ou deveria conhecer para manifestar de forma fundamentada sua posição jurídica.

Segundo ensina Amorim (2008), conquanto o advogado público não deva ser um especialista em todos os campos do conhecimento, cabe ao causídico suscitar informações fáticas e técnicas não jurídicas junto aos órgãos e agentes administrativos, permitindo que se manifeste de forma conclusiva e consistente acerca da questão lhe foi submetida. Assim, não há que se falar em responsabilização por peça elaborada em processo administrativo que apresente dados inconsistentes ou, ainda, documentos forjados cuja falsidade não se poderia desconfiar.

Das decisões relevantes sobre a responsabilização do advogado público, o STF adotou o entendimento suscitado pelo ministro Joaquim Barbosa no MS nº 24.584-1/DF, e reiterado no MS nº 24.631/DF, qual seja, da relevância de conhecer a espécie de parecer para se definir a existência de responsabilidade do advogado público, sendo que, há três hipóteses de consulta ao setor jurídico: a consulta facultativa, a obrigatória e a vinculante. No caso de parecer vinculante, a lei estabelece a obrigação do gestor de decidir nos termos da conclusão do parecer, ou, então, não decidir (MORETTI, 2015).

Destarte, o ministro mencionado, afirma que seria possível fixar duas premissas para a verificação da responsabilidade do advogado público no caso concreto, sendo elas:

a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista, ressaltando que não seria hipótese de afastar a responsabilidade do administrador. b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso. STF, MS: 24631. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 09/08/2007. Data de Publicação: DJe 31/01/2008.

Percebe-se que o STF argumentou que a natureza jurídica do parecer influenciaria na verificação da responsabilidade do advogado público, vez que entendeu ser necessária a diferenciação entre pareceres vinculantes e não vinculantes, para aplicação de tal responsabilidade nos casos concretos.

Sobre o tema, Monteiro (2008) leciona que a Corte Constitucional criou uma distinção entre parecer opinativo e parecer vinculante, para balizar a responsabilização do advogado público, sendo que, no primeiro caso, não haveria que se falar em responsabilização do parecerista, porém, no segundo caso, sim. Corroborando o explicitado destaca-se:

Em 2002, por unanimidade, o plenário do STF decidiu que advogado público, autor de parecer jurídico em contratação ilegal, não é responsável solidário ao administrador pela decisão de contratar. Explicitamente assumiu que parecer jurídico é opinião não vinculante para o gestor público, não sendo possível responsabilizar o advogado como se administrador fosse. Em 2007, por maioria de votos, o plenário do STF indeferiu Mandado de Segurança e manteve ação fiscalizatória do TCU na qual se averiguava eventual responsabilidade de advogado público. O caso não envolveu ato da Corte de Contas que atribuiu responsabilidade a esses agentes (tratava-se de ato preliminar, de cunho investigatório). No entanto, e como argumento secundário à decisão tomada, o voto do Ministro Marco Aurélio (seguido pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Aires Britto, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie) fez referência ao art. 38 da Lei de Licitações, e considerou que o parecerista, quando seu parecer for vinculante, pode vir a responder conjuntamente com o administrador, uma vez que suas funções ficariam equiparadas às dele. Ainda no voto consta que referida responsabilidade deveria ficar sujeita à análise da culpa do parecerista (esse argumento da culpa, aliás, já estava presente no acórdão de 2002, no voto do Min. Celso de Mello). (MONTEIRO, 2008, p. ?)

Dessa forma, conforme ponderado, quando da análise do MS n° 24.584-1/DF e do MS n° 24.631/DF, no capítulo anterior, há o entendimento no STF no sentido de que o parecer emitido por força do artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, seria caso de parecer vinculante, podendo gerar responsabilização solidária entre o parecerista e o administrador.

Todavia, tanto na jurisprudência do STF, quanto na doutrina, pondera-se a existência de opinião divergente em relação à norma jurídica supracitada, pois alguns autores entenderam que não seria caso de parecer vinculante, uma vez que não haveria no ordenamento pátrio essa espécie de parecer. Nessa linha, expõe-se o entendimento de Mendonça.

Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer ou, então, a nada decidir. Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade sempre poderá refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir. De resto, não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as conseqüências práticas do conceito (prestação de contas ao tribunal de contas etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião. Seguindo a linha acaciana do ministro Marco Aurélio, o administrador administra, e um parecer vai ser sempre um parecer: se é obrigatório ou não, isso não desnatura sua essência opinativa. Trata-se de construção doutrinária e apenas em certo sentido jurisprudencial – já que não foi adotada na íntegra pelo STF, e dois ministros dela discordaram expressamente – que não se encaixa ao nosso Direito. O parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no STF e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo, arcando, é claro, com os riscos. (MENDONÇA, 2009, p. 6)

Neste contexto, diante da tese trazida por Joaquim Barbosa, e adotada pela maioria dos ministros do STF, quanto à vinculação entre a obrigatoriedade do parecer e a responsabilização do parecerista, considerando a classificação da consulta em facultativa, obrigatória ou vinculante, é que se torna especialmente interessante o estudo proposto para o presente trabalho. Assim, a natureza jurídica do parecer teria relevância para a atribuição da responsabilidade ao advogado público?

Sobre o tema, Di Pietro (2015) afirma que a classificação realizada pelo ministro Joaquim Barbosa em parecer de caráter facultativo ou vinculante, não lhe parece relevante para fins de responsabilização do advogado público, pois o que seria imprescindível é a verificação do elemento subjetivo com que atuou o agente. Ou seja, se o causídico agiu com má-fé, se praticou erro grosseiro, se atuou com dolo, caberia a sua responsabilização.

Neste mesmo sentido, a doutrina especializada de Mendonça (2009, p. 6) leciona que a obrigatoriedade da consulta não tem importância para a responsabilização do advogado público, e acrescenta que o critério trazido por Joaquim Barbosa é formal e estático, enquanto à análise da responsabilização pessoal dos juristas deve ser realizada de modo subjetivo, ou seja, se o parecer, não importa se facultativo ou obrigatório, de fato foi causa para induzir o administrador a erro, bem como se demonstrado o dolo ou erro grave e inescusável.

Depreende-se que, independentemente da natureza jurídica do parecer e suas reflexões, eventual responsabilização do emissor está condicionada à necessária investigação do elemento subjetivo de sua conduta, a fim de comprovar o nexo de causalidade entre a aludida conduta e a suposta irregularidade advinda do ato administrativo praticado pelo administrador público, com fulcro na opinião exarada. Nesta perspectiva, discordando da distinção realizada pelo STF, quanto à eficácia do parecer para se determinar a extensão da responsabilidade do emitente, Justen Filho esclarece que:

A natureza vinculante ou não do parecer relativamente à autoridade administrativa é irrelevante para determinar a extensão da responsabilidade do seu emitente. Dita eficácia pode apresentar relevo relativamente à autoridade administrativa, não quanto ao emitente do parecer. Assim, é evidente que não caberá responsabilizar a autoridade administrativa que, em virtude de determinação legal, for constrangida a decidir nos termos exatos e precisos de um parecer fornecido pelo assessor jurídico. Mas daí não se segue que o emitente do parecer jurídico seria automaticamente responsabilizável por todo e qualquer parecer de cunho vinculante que emitisse. A responsabilização do emitente do parecer - tenha ou não dito parecer cunho vinculante, seja ou não obrigatório - depende do conteúdo e das circunstâncias. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 598)

Com efeito, percebe-se que para imputação de responsabilidade ao advogado público, é necessário avaliar, no caso concreto, as circunstâncias e o conteúdo do parecer, bem como o elemento subjetivo da conduta adotada pelo jurista no cumprimento de seus

deveres, ou seja, se agiu com dolo ou culpa grave, não dependendo, portanto, da espécie de parecer elaborado.

Visando melhor aclarar quais os limites e critérios da aplicação da responsabilidade pessoal do advogado público, relevante abordar, ainda que de forma sucinta, o estudo elaborado por Mendonça (2009). O autor apontou quatro *standards* de responsabilização, a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo eles: o dolo, o erro evidente e inescusável, a não-adoção de condicionantes reais de cautela e a necessidade de preservação da heterogeneidade das ideias.

Em princípio discorreu sobre o dolo, afirmando que este é bastante difícil de ser caracterizado. Pontua, ainda, que não há muita informação a ser explicitada em relação a este *standard*, uma vez que “difícilmente vai ser incidente de modo puro, ou porque o advogado público vai alegar erro escusável, ou porque imaginará que sua liberdade de opinião e de exercício profissional serão suficientes para escondê-lo.” (MENDONÇA, 2009, p. 7)

Esclareceu, em segundo lugar, sobre o erro evidente e inescusável, fato que diz respeito às condutas que a sociedade pode esperar de um profissional mediano, como, por exemplo, o erro grosseiro de enquadrar como dispensa de licitação uma hipótese inexistente no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Importante ressaltar que, tanto a jurisprudência do STF, como a doutrina, ao abordarem sobre o erro inescusável, também menciona a omissão, segundo Mendonça (2009, p. 8-9). Veja-se:

A omissão é erro, só que erro por não-agir, enquadrada no sentido da culpa *lata*. Há omissão a partir de falha no dever razoável de agir: quando o procurador não detecta ilegalidades claras (não estamos falando de sofisticados artifícios contábeis ou complexas questões relacionadas à delimitação do objeto contratado, porque, mais uma vez, recairíamos na incapacidade institucional para a detecção). Assuntos como a ausência de constituição jurídica da sociedade, procurações sem poderes específicos, inexistência de certidões negativas ou positivas com efeito de negativa juntadas aos autos, inabilitação para a contratação com a Administração. Outros exemplos poderiam ser citados, mas o que é importante que fique claro é que, se o procurador não detectou tais problemas, problemas que qualquer outro advogado público, em sua posição, poderia haver indicado, e se essa conduta gerou danos ao erário – nem que seja o dano consistente no atraso da contratação pública –, ele pode, em tese, vir a ser responsabilizado no plano civil e administrativo. (MENDONÇA, 2009, p. 8-9).

Em seguida evidenciou o terceiro *standard*, a não-adoção de condicionantes reais de cautela, que no entendimento do aludido autor seriam “toda e qualquer estratégia pragmática que busque evitar a responsabilização do procurador ao demonstrar o exaurimento dos deveres ínsitos à função de parecerista público.” (MENDONÇA, 2009, p. 9)

Mendonça destacou, como condicionante de cautela, o uso de expressões que demonstram o término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa, que seriam exemplos as expressões: “a juízo da autoridade competente”, “a critério do administrador” e outras. Elas fazem a indicação do momento em que a opinião jurídica acaba e que a partir dali é o administrador que decide. No que diz respeito a esta condicionante, ele afirma que quando esconder algum tipo de hipocrisia, a condicionante perderá seu valor. Outro aspecto relevante é que tais expressões colocadas após a opinião pautada em erro inescusável ou dolo não isentará o advogado de responsabilidade (MENDONÇA, 2009).

Outra condicionante de cautela seria o dever do parecerista de informar sobre os riscos jurídicos como a “instabilidade nos posicionamentos doutrinários capaz de se refletir em instabilidade jurisprudencial, divergência jurisprudencial capaz de anular a ação, riscos pessoais e/ou de responsabilização do ente federativo” (MENDONÇA, 2009, p. 9). Ou seja, todos os riscos jurídicos devem ser apontados, pois, caso não o faça, o parecerista pode ser chamado a prestar informações.

Ademais, complementando tal posicionamento, Justen Filho afirma:

Ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. **A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões.** Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 596, destaque nosso)

Por derradeiro, Mendonça (2009) discorre sobre o último *standard*, consubstanciando-se na necessidade de preservação da heterogeneidade das ideias. Inicialmente assevera que, devido ao fato do Direito não ser uma ciência exata, obviamente, as questões jurídicas podem ter mais de uma solução. Afirma que este *standard* serve como uma espécie de filtro interpretativo dos demais. Veja-se:

Ou seja, tanto o que é dolo quanto o que é erro inescusável, sob a perspectiva da preservação da heterogeneidade de ideias no mundo jurídico, devem ser interpretados de modo restritivo. Do contrário, estar-se-ia correndo, sim, risco de “censura”, na medida em que opinião jurídica com a qual não se concorde pode vir a ser reputada “errada” ou “dolosa” por alguma instância de controle – tradicionalmente, pelos tribunais de contas ou pelo MP – e vir a justificar alguma equivocada demanda de responsabilidade. Em médio prazo, pensando em termos consequencialistas, o efeito disso seria o de uma autocastração ideológica, na qual as consultorias públicas sequer teriam chance de pensar diferente – talvez melhor, talvez pior – do que as referidas agências de controle. Além do absurdo jurídico da posição, que consiste na violação ao pluralismo de ideias e à liberdade de opinião profissional, ela é, na essência, antipragmática, porque vai de encontro à possibilidade de aperfeiçoamento das ideias por intermédio do debate e da experimentação. Vamos rejeitá-la não apenas porque é antijurídica, mas, também, porque é ruim. (MENDONÇA. 2009, p. 12)

Na sequência, afirma que o parecerista não pode sustentar qualquer opinião, existindo limites formais e materiais a essa liberdade de opinião profissional, sendo os limites formais, segundo o autor: a transcrição de dispositivos normativos, consulta à jurisprudência atual, apelo à doutrina usual, introdução de inovações a partir de um nível aceitável de redundância, e ainda a rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais. Também se ressaltam o limite material que diz respeito à “razoabilidade da tese defendida” (MENDONÇA, 2009, p. 14).

Sendo assim, o aludido estudo realizado por Mendonça (2009) contribuiu significativamente para melhor orientação da responsabilidade do parecerista público.

A respeito da questão ora discutida, Carvalho Filho (2015) esclarece que o parecer consiste em uma opinião pessoal do parecerista, não vinculando o administrador, que é quem tem competência decisória. Assim, no seu entendimento, não há que se falar em responsabilização solidária entre o causídico e o gestor, em virtude do ato administrativo manejado após a emissão do parecer, exceto se existir comprovação de dolo, erro grosseiro

injustificável ou intenção de praticar improbidade administrativa. Para o referido autor, não caberia responsabilização solidária dos pareceristas, em um primeiro momento, frente à manifestação prevista no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, pois essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção. Veja-se:

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor. Não nos parece correto, portanto, atribuir, a priori, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da lei 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas. Essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável. (CARVALO FILHO, 2015, p. 140)

A professora Di Pietro (2015), também defende que essa responsabilização não pode ocorrer, exceto nos casos de comprovação do cometimento de erro grosseiro, culpa grave, e má-fé por parte do consultor jurídico. Acrescenta, ainda, que a responsabilização do parecerista não se justifica quando o parecer estiver adequadamente fundamentado, uma vez que a oposição de opinião, que é comum na área jurídica, não é suficiente para justificar a aludida responsabilização. Veja-se:

Há de se atentar, no entanto, para o fato de que as leis, muitas vezes, admitem interpretações diversas; não se pode concluir, em grande parte dos casos, que um ato acarrete responsabilidade só porque a interpretação adotada pelo Tribunal de Contas é diferente daquela adotada pelo advogado que proferiu o parecer. Tudo depende do exame de cada caso. Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer. (DI PIETRO, 2001, p. 163).

Em igual sentido, Marçal Justen Filho assevera:

O que se deve ressaltar é que o emitente de um parecer não pode ser punido nem responsabilizado por adotar uma dentre diversas interpretações ou soluções possíveis e teoricamente equivalentes. Cabe ao autor de um parecer

examinar com cautela todas as circunstâncias do caso concreto, apontando as possíveis divergências e revelando conhecimento técnico e jurídico sobre os fatos, a ciência e a lei. A opção por uma dentre as diversas alternativas dotadas de idêntico respaldo não comporta responsabilização, mesmo que o parecer seja obrigatório e de cunho vinculante. Mas a opção por uma solução desarrazoada, tecnicamente indefensável, incompatível com os fatos concretos, não respaldada pela doutrina e pela jurisprudência acarreta a responsabilização de seu autor ainda que o parecer seja facultativo e não vinculante. Enfim, a natureza obrigatória ou vinculante do parecer pode agravar a responsabilização do emissor de um parecer mal elaborado e defeituoso, mas não significa a punibilidade para um parecer bem fundamentado, ainda que tenha manifestado entendimento que não venha a ser reputado como o mais adequado e correto. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 598-599, destaque nosso)

Nessa linha, Amorim, de forma cabal, argumenta sobre a questão ora discutida:

O Direito, afinal, não é uma ciência exata. Ainda que o órgão de controle julgue ser equivocada a opinião do parecer, é evidente que não pode querer punir o advogado público tão somente por essa divergência, mas apenas se o procurador tiver agido com erro inescusável, negligência grave ou dolo — o que faria incidir a responsabilidade prevista no art. 32, caput, do Estatuto da OAB. (AMORIM, 2008, p. 254)

Há de se ressaltar, nesse diapasão, a decisão que negou o deferimento da liminar no Mandado de Segurança n° 30.296. Ainda que a decisão apresentada a seguir seja monocrática, as lições assentadas no aludido voto são, de um lado, de data posterior ao julgamento do MS n° 24.631, do outro lado, proferida pelo próprio Ministro Joaquim Barbosa, cujo voto foi condutor do último aresto. Destaca-se:

Esta Corte decidiu no julgamento do MS 24.631, de minha relatoria (Pleno, RTJ 204/250), “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”. Assim, não se sustenta a alegação genérica feita pela autoridade coatora em suas informações de que a responsabilidade dos advogados pareceristas **“só poderá ser afastada caso os pareceres pelos mesmos exarados estejam devidamente fundamentados e, desde que, alicerçados na doutrina e na jurisprudência, sustentem tese aceitável e razoável não contrária à lei e ao direito”** (§ 28). De fato, os pareceres devem ser devidamente fundamentados e sustentar teses razoáveis. Porém, **esta fundamentação não precisa necessariamente estar baseada em doutrina ou jurisprudência, pois os jurisdicionados têm ampla liberdade para questionar pelos meios legais previstos a opinião dominante tanto no meio acadêmico como nos Tribunais**. Por outro lado, o simples dissenso entre o que entende o órgão de controle e o controlado é insuficiente para caracterizar “tese contrária à lei e ao direito”. Em síntese, o órgão de controle deve ser parcimonioso de modo a não elevar sua

interpretação sobre as questões de fundo ao status de verdade por si evidente e definitiva. O que não se admite é a opinião frívola, descompromissada, falsa ou ilógica. (MS 30928 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/02/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07/02/2012 PUBLIC 08/02/2012, destaque nosso)

Assim, é bem verdade que, dos pareceres emitidos por advogados públicos, se espere escoreita fundamentação. Mas não é menos verdade que tal fundamentação esteja vinculada (engessada) a determinado entendimento, seja doutrinário ou jurisprudencial. Os advogados públicos têm a prerrogativa de questionar, por intermédio de instrumentos legais, o entendimento consolidado, inclusive pelos tribunais superiores. E a simples divergência de entendimento, seja na atuação externa, ou interna, da Administração, é insuficiente para caracterizar violação ao direito.

Da análise da maioria dos entendimentos trazidos pela jurisprudência do STF, e pelos ensinamentos da doutrina pátria, observa-se que a natureza jurídica do parecer, se de caráter facultativo, obrigatório, vinculante, não constitui fator preponderante para a fixação de responsabilidade do advogado público. Isso porque, no caso concreto, o que se torna relevante é a verificação do elemento subjetivo com que atuou o consultor, ou seja, se o causídico agiu de má-fe, se praticou erro grosseiro, ou se atuou com dolo, não importando a classificação do parecer.

A responsabilização atribuída ao advogado público está limitada à sua conduta e ao nexos causal entre esta e a ação ilegal do administrador. Nessa esteira, mesmo ante a sua liberdade de opinião, verifica-se que o advogado público pode ser solidariamente responsável com o administrador público, desde que observados os limites da culpabilidade do agente estudados ao longo do presente estudo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, se infere que, caso se entenda cabível a imputação de responsabilidade ao parecerista jurídico, esta não deve ser feita de maneira indiscriminada ou generalizada. Embora o enfoque sobre a responsabilidade do parecerista mude de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pode-se asseverar que há pontos de convergência da jurisprudência e doutrina sobre tal responsabilização.

É indiscutível o entendimento de que a prerrogativa constitucional da inviolabilidade assegurada aos advogados de não serem responsabilizados por atos e omissões realizados no exercício da profissão, não acarreta a impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres.

A responsabilização do advogado público ganha relevância à medida que, na maioria das vezes, o gestor público não possui condições de ponderar o conteúdo técnico-jurídico da peça subscrita. Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal começou a perquirir o grau de influência do parecer na tomada de decisão do gestor público. Dessa forma, utilizando da doutrina francesa sobre o assunto, o STF distinguiu quanto à natureza da consulta, os pareceres opinativos, obrigatórios e vinculantes.

Essa classificação dos pareceres vem sendo muito utilizada quando se procura verificar a existência de responsabilidade do advogado público. Conforme estudado, existe o posicionamento jurisprudencial no sentido de que o grau de responsabilidade do parecerista está atrelado à natureza do parecer.

No caso de parecer opinativo, há registros na jurisprudência pátria (MS n. 24.073 e 24.631, STF) do entendimento de que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual, por ventura, tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetido às instâncias administrativas disciplinares ou jurisdicionais próprias, não caberia responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Em contrapartida, caso se trate de parecer vinculante, estar-se-á diante de ato

decisório, e não meramente opinativo, podendo haver responsabilidade solidária do parecerista com o gestor na prática do ato.

A divisão dos pareceres jurídicos decorrentes de consulta facultativa, obrigatória e vinculante, exposta pelo Ministro Joaquim Barbosa, embora bastante elucidativa, não se presta isoladamente para definir a responsabilidade do advogado público.

Isso porque, ainda que se trate de parecer classificado como vinculante, em que se imputa a responsabilidade pela prática do ato do administrador, também ao advogado público, a responsabilização não poderá ser objetiva e automática. Deve-se perquirir a existência de dolo, culpa grave ou erro grosseiro. Ademais, nos casos em que o administrador está vinculado às razões do parecer, sempre terá a opção de decidir não praticar o ato, isto é, ainda haverá margem, embora pequena, de discricionariedade do gestor.

Com efeito, concorda-se com a responsabilização do advogado público desde que limitada à comprovação dos elementos subjetivos, como o dolo, culpa, erro grosseiro e inescusável, quando então mostra-se possível imputar-se ao advogado, de modo solidário, a responsabilização civil, e igualmente as sanções administrativas pertinentes. Assim, resta incontestemente a impossibilidade de se pretender responsabilizar solidariamente o advogado público pela simples emissão de opinião jurídica, tal qual visto de forma minuciosa acima.

Seja qual for a natureza do parecer, se decorrente de consulta facultativa ou obrigatória, é o administrador público quem acolhe os respectivos termos, praticando o ato na conformidade da opinião emitida, ou rejeitando esta, prosseguindo nos termos em que a lei lhe faculta. O parecer, por definição, consiste em uma peça opinativa, sem efeito vinculante, traduzindo-se em opinião jurídica, que não possui força normativa, independente do tema de que se esteja a tratar.

Observar a espécie de parecer, decorrente da consulta jurídica, é critério que pode orientar, de certa forma, a análise da existência, ou não, de responsabilidade, no caso concreto. Entretanto, não se pode considerar que seja critério preponderante para a aplicação da aludida responsabilidade.

Assim, a responsabilidade dos advogados pela emissão de pareceres jurídicos é excepcional, não deve ser imputada de forma objetiva e automática. Ela não depende da natureza jurídica do parecer, pois o que realmente balizará a configuração da responsabilidade do advogado público é o fator subjetivo, ou seja, está limitada ao ato praticado com dolo, culpa ou erro grosseiro inescusável, sob pena de se atingir a inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado no exercício da profissão, protegida pelo art. 133 da Constituição da República.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). **Advocacia Pública – Leituras complementares de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, p.239-268, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 12 Fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 Fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1012647- 2007/0291819-6. Relator: Ministro Luiz Fux. RJ, 23 de novembro de 2010. **Diário de Justiça**. Rio de Janeiro, 03 de dez. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17682797/recurso-especial-resp-1012647-rj-2007-0291819-6-stj/relatorio-e-voto-17928978?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24073-3/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. DF, 06 de novembro de 2002. **Diário de Justiça**. Brasília, 31 de out. 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772349/mandado-de-seguranca-ms-24073-df>> Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24584/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DF, 09 de agosto de 2007. **Diário de Justiça**. Brasília, 19 de jun. 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2930635/mandado-de-seguranca-ms-24584-df>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 24631/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DF, 09 de agosto de 2007. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 de fev. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727627/mandado-de-seguranca-ms-24631-df>> Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 362/2018. Relator: Augusto Nardes. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 de fev. 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1556020061.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em: 29 jun. 2018

CAMMAROSANO, Márcio. **Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes**. ILC n. 37, mar. 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Aldemário Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado Brasileiro no controle da juridicidade dos atos da Administração Pública. **Revista da AGU**. Advocacia-Geral da União. Ano VII, n. 15. Brasília, mar. 2008.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. O exercício da função de assessor jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades. **Revista Tribunal de Contas da União**, mai. 2014. Disponível em: < revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/42/37>. Acesso: 20 mai. 2018.

DE PAULA, Edylcéa Tavares Nogueira. O Ministério Público Federal e a Representação Judicial da União Federal. **Revista de informação legislativa**: v. 24, n. 94, abr./jun. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, p.1-7, jan. 2008.

_____. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Comentários à Constituição. In: CUNHA, Fernando Whitaker da (Coord.). **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, 1991.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade Civil. Vol. III. 6. ed. rev. e atual, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. **Revista do tribunal de contas do Estado**, Minas Gerais, v. 79, n. 2, abr./mai./jun. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2015.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MADEIRA, Danilo Cruz. **O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito**. 05/01/2011. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/3154002>. Acesso em: 05 abr. 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards**. Advocacia-Geral da União, out 2009. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617572>. Acesso em: 26. abr 2018.

MONTEIRO, Vera. Responsabilização de agente público, autor de parecer jurídico, pelo TCU- Análise do posicionamento do STF. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 10, n. 49, mai./jun. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 29, n. 116 out./dez. 1992.

_____. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, n. 129 jan./mar. 1996.

_____. A advocacia pública e o princípio da eficiência. Interesse Público. **Revista de Informação Legislativa**. São Paulo, n. 4. 1999.

MORETTI, Natália Pasquini. A responsabilidade do Advogado Público em decorrência do exercício de suas atribuições na área consultiva. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p.175-210, jan./abr. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTT, Marinês Restelatto. Responsabilidade da Assessoria Jurídica no Processo Administrativo das Licitações e Contratos. **Revista da AGU**. ano 10, n. 29, jul./set. 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes. A responsabilização do parecerista na análise das minutas de editais e contratos. **Revista da AGU - Advocacia- Geral da União**. Brasília, ano VII. n. 17, jul./set. 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. O controle de legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. Tese apresentada em novembro de 1997. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, nº 139, p. 143-154, jul./set. 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/396/r13912.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. e atual. 2010. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

TORRES, Rony Charles Lopes de. **Responsabilidade solidária do parecerista na licitação e o STF**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10689/a-responsabilidade-solidaria-do-advogado-parecerista-na-licitacao-e-a-posicao-do-stf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.