

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB

ANDREI DE OLIVEIRA RECH

A Responsabilidade do Advogado Público na Emissão de
Pareceres Jurídicos

BRASÍLIA

2016

ANDREI DE OLIVEIRA RECH

A Responsabilidade do Advogado Público na Emissão de
Pareceres Jurídicos

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como exigência parcial para conclusão do curso de pós graduação *latu sensu* em Direito do Saneamento.

Orientador: Salomão Taumaturgo
Marques

BRASÍLIA
JANEIRO 2016

Andrei de Oliveira Rech

A Responsabilidade do Advogado Público na Emissão de Pareceres Jurídicos

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como exigência parcial para conclusão do curso de pós graduação latu sensu em Direito do Saneamento.

Brasília-DF, de de 2016.

Professor

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

*“Não proceder, nas consultas, senão com imparcialidade real do juiz nas sentenças.
(Rui Barbosa)*

RESUMO

RECH, Andrei de Oliveira. A Responsabilidade do Advogado Público na Emissão de Pareceres Jurídicos. Monografia (crédito de pós graduação em direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, 2016.

O presente trabalho destina-se a análise da responsabilização do advogado público, seja ele sobre o regime jurídico estatutário ou celetista, quando da emissão de pareceres jurídicos que muitas vezes norteiam o ato administrativo praticado pelo gestor público. Trouxe para exame se há ou não alguma diferenciação entre o regime jurídico adotado aos advogados públicos vez que alguns se vinculam ao regime estatutário e outros ao regime celetista. Demonstra o trabalho que quando da investidura os advogados exercem uma função administrativa bem como trouxe a exame as prerrogativas dos advogados constantes no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. O artigo também expõe os conceitos de pareceres jurídicos demonstrando quando este é conceituado como opinativo e quando ele é considerado vinculativo dando uma especial atenção a autonomia dos advogados na emissão destes pareceres de acordo com sua convicção para então demonstrar a responsabilização dos advogados pareceristas conforme a jurisprudência atual. Também trás para o debate qual é órgão competente para apreciar, julgar e punir o advogado parecerista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Advogado Público; Pareceres Jurídicos, Responsabilidade do Advogado Parecerista;

ABSTRACT

RECH, Andrei de Oliveira. The Responsibility of the Public Attorney in the issuance of Legal Advices. (Law postgraduation credit) – Brasiliense Institut of Public Law - IDP, 2016.

The following work intends to analyze the responsabilization of the public attorney, be it on the statutory or the Consolidation of Legal Laws (CLT) regime, when issuing legal advices that often guide the administrative act performed by the public manager. It was examined if there is a difference between the judiciary regime adopted by the public attorneys, since some are bound to the statutory regime and others to the Consolidation of Legal Laws regime. The work demonstrates that at the investiture the attorneys carry out an administrative function, as well as examines the attorney's prerogatives included in the Statute Governing the Practice of Law and of the Brazilian Bar Association. The article also exposes the concepts of legal advices, demonstrating when they are conceptualized as opinative and when considered binding, providing special attention to the attorneys' autonomy in the issuance of these legal advices, according to their conviction, to then demonstrate the responsabilization of the referee lawyers, in line with the current jurisprudence. It also brought to debate which is the competent body to assess, judge and punish the referee lawyer.

KEY WORDS: Administrative Law; Public Attorneys; Legal Advices; Responsibility of the Referee Lawyer.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	8
II. ADVOGADO PÚBLICO ESTATUTÁRIO X CELETISTA	9
III. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	13
IV. PRERROGATIVAS DO ADVOGADO	15
V. PARECER JURÍDICO.....	17
1. Conceito de Parecer Jurídico	17
2. Parecer Jurídico Opinitivo	19
3. Parecer Jurídico Vinculativo.....	21
4. Interpretação do Direito – Convicção do Parecerista	24
VI - RESPONSABILIZAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	27
VII - ENTIDADE COMPETENTE PARA ANALISAR A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA – TCE X OAB.....	31
VIII. CONCLUSÃO FINAL	36
IX.. REFERÊNCIAS	38

I. INTRODUÇÃO

Hoje é constatada com muita freqüência na Administração Pública Brasileira a instalação de um terror, o medo, fruto de um controle externo. Mas o fato que hoje se encontra a administração pública é muito mais fácil para o gestor público dizer sempre o não, porque o gestor sabedor que é, que qualquer pleito administrativo deferindo, por exemplo, reequilíbrio econômico financeiro de um contrato, prorrogação de um contrato, celebração de um contrato emergencial, por dispensa com quem quer que seja, estará ele na vitrine e sujeito ao controle do cidadão, dos Tribunais de Contas, da imprensa e do Ministério Público.

De ressaltar que não se defende a incontrolabilidade do controle dos atos da Administração Pública, muito pelo contrário, defende-se sempre que os atos administrativos sejam efetivamente controlados, até para evitar a corrupção. Mas também não se pode deixar de registrar que há sim um exagero por parte dos Tribunais de Contas, e também de alguns integrantes do Ministério Público e de outros órgãos de controle, que de forma muitas vezes açodadas tomam iniciativas, deixam vaziar para a imprensa investigações ainda em fase embrionárias e a condenação moral de um cidadão muitas vezes de bem é irreversível. Não são poucos os casos em que se vê a imprensa noticiando investigações ou trazendo informações antes mesmos dos advogados saberem qual é o motivo da investigação, ou da informação que foi imputada a determinado gestor público.

Feito esta colocação, o papel do advogado público (concursado) ganha especial atenção, pois será no parecer jurídico destes profissionais que os gestores depositarão seu conforto na tomada de suas decisões, sabendo-se que é o advogado quem irá fazer o primeiro controle de legalidade do ato administrativo.

Assim, é de se questionar qual é a responsabilidade do advogado concursado, quando da emissão de seus pareceres e será este o tema enfrentado neste trabalho.

II. ADVOGADO PÚBLICO ESTATUTÁRIO X CELETISTA

Inicialmente é preciso fixar alguns pontos nucleares para que se possam tirar outras tantas conclusões neste trabalho. O primeiro ponto que se deve atentar, desde logo, diz respeito a contextualização do advogado na Administração Pública, isto frente a estrutura organizacional da própria Administração Pública Brasileira.

Com o advento do Decreto-Lei nº 200/67 a Administração Pública Brasileira passou por uma reformulação e teve na descentralização da Administração o ponto mais marcante dessa reformulação, de onde se extrai o teor do §1º, do artigo 10, do mencionado Decreto-Lei.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Então a estrutura da Administração Pública do Estado Brasileiro é representada por uma administração centralizadas (União, Estados, DF e Municípios) e por uma administração descentralizada, também conceituada por muitos doutrinadores como Administração Pública Direta ou Indireta.

José Cretella Júnior¹, em manual específico sobre a Administração Indireta Brasileira, trouxe noções didáticas sobre a diferenciação da Administração Direta da Administração Indireta com enfoque na gestão de serviços públicos. Para o festejado professor:

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 19-20.

“Na realidade, Administração direta é, sob um aspecto, a atividade realizada pelas pessoas jurídicas públicas (conceito material). E é também, sob outro aspecto, a entidade gestora (conceito formal). Se a pessoa jurídica pública política desempenha serviço privado, teremos exercício anômalo, atípico; se a mesma pessoa jurídica desempenha serviço público, teremos, exercício normal, típico, Administração direta, quanto à fonte – critério subjetivo – e quanto ao produto da fonte – critério objetivo. Quanto à fonte, porque cabe ao Estado, por excelência, o desempenho de serviços públicos.

Assim, no Brasil, abstração feita da natureza do serviço desempenhado, podemos classificar como entidade da Administração direta, respectivamente, em cada esfera, a União, cada um dos Estados-membros e os Municípios. A atividade exercida pode ser pública ou privada, administrativa ou política. Não importa. Administração direta, diz a lei, constitui-se, no âmbito federal, dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 4º, I). A noção pode ser estendida às esferas paralelas estadual e municipal.

Administração indireta é toda entidade, pública ou privada, criada pela pessoa jurídica pública política, mas que não se confunde com a pessoa jurídica pública política matriz criadora. No Brasil, não é nem a União, nem os Estados-membros, nem os Municípios, mas os colaboradores da União, os colaboradores dos Estados e os colaboradores dos Municípios, quer privados, pessoas físicas ou jurídicas, quer públicos.”.

Odete Medauar², assim distingue a Administração Pública Direta da Administração Pública Indireta:

“...Administração direta é o conjunto de órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo. (...) Essa estrutura básica da Administração direta brasileira, em nível federal, estadual e municipal, vem se mantendo continuamente. O que tem variado é o número, nome e atribuições dos órgãos auxiliares do chefe do Executivo.

(...)

Segundo o art. 4º, inc, II, do Dec.-lei 200/67 (com alterações posteriores), a Administração indireta compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria que estão indicadas nas suas alíneas. Assim, em cada nível de Administração, o conjunto

² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 61 e 68.

dessas entidades personalizadas forma a Administração indireta desse nível. Há, portanto, Administração indireta federal, Administração indireta estadual e Administração indireta municipal, se a dimensão do Estado-membro e do Município comportar.”.

Assim pode-se definir de forma ainda mais didática, como trazido pelo site wikipédia³ que: “a Administração Direta é aquela composta por órgãos públicos ligados diretamente ao poder central, federal, estadual ou municipal. São os próprios organismos dirigentes, seus ministérios, secretarias, além dos órgãos subordinados. Não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa e cujas despesas são realizadas diretamente através do orçamento da referida esfera. Por sua vez a Administração Indireta é aquela composta por entidades com personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa e cujas despesas são realizadas através de orçamento próprio. São exemplos as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. A administração indireta caracteriza-se pela descentralização administrativa, ou seja, a competência é distribuída de uma pessoa jurídica para outra.”.

O Estado cria muitas vezes um ente que passa a integrar a Administração Pública Indireta do Estado e esta pessoa passa a desempenhar certos serviços públicos ou atividades econômicas qualquer de interesse do Estado, de interesse da coletividade, ou seja, cria-se um ente para prestar parcela de serviços públicos visando atingir a finalidade maior, que é interesse da coletividade, o interesse público em sentido amplo.

Deve-se proceder esta contextualização da descentralização administrativa e, também, retratar a estrutura organizacional da Administração Pública, ainda que de forma sucinta, para que se tenha noção da aplicação de determinado regime jurídico.

No âmbito da Administração Direta tem-se o servidor público cujo o regime jurídico que os vinculam à Administração Pública é o estatutário; ao passo que no âmbito da Administração Pública Indireta o regime jurídico na maioria daquelas

³ https://pt.wikipedia.org/wiki/Administração_pública

entidades que o integram é o regime celetista, como por exemplo a grande maioria das companhias de saneamento estaduais do nosso Brasil.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que por muito tempo sempre chamam o agente público de funcionário público, isto sob o regime estatutário, situação que veio mudando com a possibilidade da contratação sob o regime da legislação trabalhista. Para ela:

“Quando se passou a aceitar a possibilidade da contratação de servidor sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90)”.

Então se depara com duas categorias de advogados concursados. Aquele advogado público que é vinculado ao Estado pelo regime estatutário, e.g., procuradores de Estado, e o advogado público que se vincula a uma entidade da Administração Indireta pelo regime celetista, tais como os advogados da maioria das empresas estaduais de saneamento. Há, portanto um advogado público que ocupa um cargo público e há um advogado público que ocupa um emprego público no sentido técnico-jurídico da expressão.

Demonstrado essa importante distinção deve-se avançar no sentido de identificar se há diferença na responsabilização dos advogados destas duas figuras da Administração quanto a emissão dos pareceres jurídicos. Ou seja, se há uma diferença na responsabilidade do advogado público que se vincula pelo regime celetista da Administração Pública ou o advogado público que se vincula pelo regime estatutário da Administração Pública quanto a responsabilização pelos pareceres jurídicos que emitirem.

A resposta a esta provocação parecer ser negativa vez que no âmbito da emissão de pareceres não tem que se distinguir aquele advogado concursado que se vincula pelo regime celetista daquele que se vincula pelo regime estatutário. O advogado celetista e o advogado estatutário são na classificação tradicional dos administrativistas⁴ considerados agentes públicos e todo e qualquer agente público uma vez investido no cargo ou no emprego público desempenha função administrativa.

Assim não há que se fazer qualquer distinção entre o ocupante de um cargo público que tem regime jurídico estatutário e o ocupante de um emprego público que tem vínculo celetista.

Desta forma para fins de responsabilização não há que se fazer qualquer distinção entre estas duas figuras, pois ambos exercem uma função administrativa.

Este é o primeiro ponto que se faz necessário esclarecer no presente trabalho. Ocorre que se faz necessário avançar e verificar o que é uma função administrativa.

III. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A função administrativa nada mais é do que poderes que são outorgados a uma determinada pessoa e uma vez outorgados estes poderes a estas pessoas que devem agir sempre na busca do interesse público, essas pessoas investidas em cargos ou empregos públicos elas têm um dever de praticar os atos inerentes aos seus cargos e empregos públicos, e, portanto, função administrativa representa em

⁴ Para o saudoso professor Hely Lopes Meireilles, agentes públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, com podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções.”. (MEIREILLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª. ed. São Paulo: Mallheiros, 1998, p. 75)

síntese: poderes, deveres outorgados a todos aqueles que ocupam cargo ou emprego público, tal como ocorre com um advogado público concursado.

Para o professor e doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁵: a “função administrativa se concretiza na prática de atos jurídicos infralegais, excepcionalmente infraconstitucionais, que visam a atender de modo direto, concreto e imediato determinada finalidade de interesse público”.

Para a professora Lucia do Valle Figueiredo⁶ a “função administrativa consiste no dever do Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas)”.

Esta função administrativa, conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho⁷ se materializa como atividade administrativa e ela será executada de modo satisfatório na medida em que se traduza numa seqüência ampla de ações ordenadas para uma finalidade comum. Diz ainda o professor que para a consecução e desenvolvimento destas atividades públicas exige-se uma estrutura organizada e permanente de bens e pessoas.

Assim todas as pessoas investidas em cargo ou emprego público no exercício de uma função administrativa e, via de consequência, na prática de atos administrativos estarão sujeitas a responsabilização, isto sem distinção, até como pressuposto do Estado de direito, com a finalidade de atingir o interesse público, interesse comum a todos, pois é esta a consecução das finalidades públicas.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.

⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**, 9ª. ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

⁷ Marçal Justen Filho, diz que: “A função administrativa se manifesta dinamicamente como o desenvolvimento de um conjunto ordenado de atividades, exigindo uma estrutura organizada e permanente de bens e de pessoas. A satisfação das necessidades coletivas, que justifica a atribuição de competências extraordinárias ao Estado e a institucionalização da própria função administrativa, exige essa estrutura material de bens e esse conjunto de pessoas. Mais ainda, a função administrativa apenas é executada de modo satisfatório na medida em que se traduza numa sequencia ampla de ações ordenadas de modo a produzir as providências abstratas e as utilidades materiais adequadas”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.143).

O Estado de direito que se tem hoje no Brasil ele pressupõe que todos os cidadãos de uma maneira geral pratiquem condutas dentro de um quadro preestabelecido que é o ordenamento jurídico brasileiro, e assim, este Estado de direito não permite admitir que uma pessoa possa praticar atos e estes atos possam isentá-la de qualquer responsabilização se causarem consequências a terceiros. Este é um primeiro marco que se deve atentar neste tópico.

O segundo marco que necessita de considerações é sobre as peculiaridades que envolvem a atividade jurídica, atividade do advogado público concursado, seja ele estatutário ou celetista.

Ocorre que para desenvolver um raciocínio lógico precisa partir deste raciocínio com o texto constitucional.

IV. PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

A Constituição Federal de 1988 no artigo 133 diz que o advogado, seja público ou privado, é indispensável a administração da Justiça e a Constituição Federal também diz neste mesmo artigo que o advogado público ou privado é inviolável por seus atos e suas manifestações quando do exercício da sua função de advogado.

Então aquele que é advogado público concursado estatutário ou celetista, ele não deixa de ser advogado. Aquele que é advogado público concursado estatutário ou celetista tem assegurado estas prerrogativas constitucionais do artigo 133 da CF, acima mencionada.

Esta mesma prerrogativa está contemplada no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/94), sabendo-se ser o advogado inviolável por seus atos e manifestações quando do exercício da sua profissão.

Então, diante destas prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia que o advogado

público concursado estatutário ou celetista estaria imune a qualquer responsabilização?

Especialmente no que diz respeito ao advogado público estatutário ou celetista visualiza-se um certo conflito. Explica-se.

Ante as prerrogativas constitucionais e prerrogativas infraconstitucionais outorgadas aos advogados de uma maneira geral tem-se um conflito de um lado a liberdade e autonomia para o exercício de uma função jurídica, e, de outro lado para o advogado público nós temos o direito da sociedade de controlar e exigir a responsabilização por atos praticados no exercício de uma função jurídica que eventualmente cause prejuízo ao erário público ou violem o ordenamento jurídico.

Há ou não um aparente conflito nestes comandos de um Estado democrático de Direito.

Pois bem, destas peculiaridades da atividade jurídica pode-se dizer inicialmente que o advogado público por força de uma função administrativa que exerce e que já foi abordada acima, ele tem dentre outras as seguintes atividades ou incumbências, representar o Estado judicial e extrajudicialmente, serviço de assessoramento, e o que é o objeto do presente artigo, prestar consultoria jurídica que se dá na maioria das vezes por emissão de pareceres jurídicos.

Para ao final poder-se imputar eventual responsabilização aos advogados públicos concursados estatutários ou celetistas, é importante analisar o instrumento pelo qual, quando da consultoria o advogado emite sua opinião, que é o parecer jurídico.

V. PARECER JURÍDICO

1. Conceito de Parecer Jurídico

Parecer nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello⁸ visa: “informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa”.

Por sua vez Hely Lopes Meirelles⁹, ensina que:

Pareceres – pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p.ex., nos casos em que a lei exige prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.

Marçal Justen Filho¹⁰, conceitua parecer como sendo: “os atos consultivos são aqueles em que o sujeito não decide, mas fornece subsídios a propósito da decisão. É o caso dos pareceres (...)”.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo. Malheiros, 2001, p. 387.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo. Malheiros. 2006, p. 193-194.

¹⁰ FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. rev., ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 215

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹ doutrina que: “parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.”. Trás ela ainda a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que sustenta que o parecer pode ser facultativo, obrigatório e vinculante.

Outrossim, deve-se trazer o que decidiu o Ministro Joaquim Barbosa quando do voto-vista no Mandado de Segurança 24.584-DF, onde ao tratar da natureza jurídica dos pareceres, colacionou a doutrina de René Chapus:

“Nesse sentido, cito meu mestre René CHAPUS, que ao tratar da natureza jurídica do parecer na esfera administrativa, estabelece nuances que reputo relevantes para o enquadramento jurídico desse fenômeno administrativo. O professor Chapus centra sua análise mais precisamente na obrigação que a lei impõe ou não ao administrador de proceder à consulta antes de praticar o ato administrativo.

O professor Chapus analisa, assim, três situações absolutamente distintas:

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 àqueles casos em que a consulta é obrigatória, e a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso pretenda praticar o ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque, se submeter à consultoria a minuta ou esboço de um ato com um determinado conteúdo e, ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade de parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração.

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

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo.’.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 239.

Assim, o parecer proferido pelo advogado público estatutário ou celetista, para a doutrina majoritária é apenas opinativo, sendo vinculativo quando a lei ou o regulamento assim determinar, como por exemplo, nos casos do parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93.

2. Parecer Jurídico Opinativo

Na doutrina administrativista, como visto acima, há um certo consenso no sentido de que regra geral o parecer jurídico é meramente opinativo, isto porque ele expressa uma opinião, elucida uma situação concreta, aconselha o administrador público a tomar esta ou aquela decisão, enfim o emissor de um parecer com esta natureza eminentemente opinativa expressa a sua opinião para os fins de direito.

E nesta situação em que o parecer jurídico tem esta natureza jurídica de apenas opinar é óbvio que não há responsabilidade do advogado público concursado estatutário ou celetista porque não há vinculação do administrador público com os termos do parecer jurídico que recebeu.

Neste sentido há um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal que acabou se tornando paradigmático, quando se trata do assunto de responsabilização do advogado parecerista, que é o Mandado de Segurança 24073 de relatoria do Ministro Carlos Veloso.

Este caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal retrata a atividade que o Tribunal de Contas da União no exercício de sua atividade fiscalizatória bateu a porta de uma empresa estatal federal, no presente caso, a Petrobrás, e se deparou com uma contratação por uma inexigibilidade de licitação (contratação de empresa de consultoria). O Tribunal de Contas da União ao analisar o caso concreto e seus documentos concluiu que o fato não era caso de inexigibilidade da licitação, e que o objeto deveria ter sido licitado nos termos da Lei 8.666/93. Assim o Tribunal de Contas da União, depois de ter instruído todo processo, dado o benefício do

contraditório e da ampla defesa, imputou uma sanção pecuniária ao ordenador da despesa e ao advogado que opinou pela contratação sem licitação.

O advogado inconformado recorreu administrativamente no próprio Tribunal de Contas da União, mas não obteve êxito, tendo então levado o caso ao Poder Judiciário que no Supremo Tribunal Federal ganhou o número de 24073 de relatoria do Ministro Carlos Veloso.

Neste Mandado de Segurança o ministro Carlos Veloso, disse que neste caso da contratação direta sem licitação o parecer jurídico é meramente opinativo e não vinculante e que naquele caso que estava sob julgamento o advogado emitiu um parecer a luz da doutrina, um parecer razoável e que, portanto nesta condição o advogado não poderia ser apenado. É a ementa do julgado:

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).

Agora é certo também que ao lado do parecer meramente opinativo, há uma outra categoria de pareceres que são os pareceres jurídicos vinculativos. Estes pareceres vinculativos são aqueles obrigatórios, ou seja, a obrigatoriedade deve decorrer de força de lei ou regulamento. Por isso, a doutrina majoritária entende que

este parecer vinculativo encerra uma regra de exceção. Só pode ser obrigatório o parecer vinculativo se assim a lei ou o regulamento expressar.

3. Parecer Jurídico Vinculativo

Conforme já salientado, há no nosso ordenamento aqueles pareceres que são de emissão obrigatória e que para determinados assuntos da Administração Pública Brasileira eles são imprescindíveis para a realização do ato administrativo, como é o caso dos pareceres jurídicos nos processos licitatórios. Estes pareceres são denominados e possuem força vinculante, já que exigido pela norma legal.

E foi exatamente neste sentido da vinculação e da obrigatoriedade de manifestação jurídica nas minutas dos editais de licitação que decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 24.584 de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Este também é um caso que chama a atenção ocorrido no âmbito de uma empresa federal (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS). O Tribunal de Contas da União fiscalizando a já mencionada empresa federal constata que esta empresa havia celebrado um convênio e a minuta deste convênio por força da lei de licitações precisa passar efetivamente pelo crivo da assessoria jurídica. Então, foi celebrado um convênio, a minuta do convênio foi aprovada pelo advogado da entidade só que o Tribunal de Contas da União ao analisar o conteúdo jurídico deste instrumento convenial constatou que não se trata de um convênio, ou seja, de convênio não existia absolutamente nada, e que aquele instrumento na verdade era um contrato puro e sendo contrato puro, a contratação deveria ter sido por meio de processo licitatório.

Com fundamento no artigo 25 da Lei de Licitações o convênio não precisa ser licitado, já que ele pode ser firmado por inexigibilidade de licitação. Ocorre que muitas vezes os Tribunais de Contas verificando o caso concreto encontra certas situações que o Administrador Público para fugir da licitação, ele se vale de um

rótulo dando roupagem de convênio quando na verdade o conteúdo daquele instrumento é um contrato puro e por isso o voto do Ministro Marco Aurélio. O Tribunal de Contas da União verificou que o administrador público utilizou apenas a roupagem, o título de convênio, para aquilo era efetivamente um contrato, e, portanto, aquela minuta jamais poderia ter sido aprovada pelo assessor jurídico, porque consignava em todos os seus termos um contrato puro e não um convênio. Nesse caso específico o Supremo Tribunal Federal indeferiu a segurança e assegurou ao Tribunal de Contas da União o prosseguimento da investigação administrativa.

Assim restou ementado este caso relatado pelo Ministro Marco Aurélio.

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 AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008.

Este precedente assume especial relevância no estudo do tema, no tocante a emissão de pareceres vinculativos, ou de emissão obrigatória.

Nota-se que este julgamento foi proferido após um intenso debate na corte, sendo que a conclusão do julgamento e do caso se deu por maioria de votos, conforme se pode observar da ata de julgamento, que ora se transcreve:

“Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, indeferindo o mandado de segurança, pediu vistas dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Veloso e Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 05.11.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Joaquim Barbosa, que indeferiram o mandado de segurança, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 14.04.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência, em exercício, do Senhor Ministro Nelson Jobim, Vice- Presidente. Plenário, 13.05.2004.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, indeferindo a segurança, no que foi acompanhado pelos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, e dos votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, concedendo-a, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 16.02.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, justificadamente, nos termos do §1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, Plenário, 16.03.2005.

Decisão: Após voto-vista do Senhor Ministro Cezar Peluso, acompanhando o Relator e os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, que indeferiram a segurança, e dos votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, concedendo-a, renovou o pedido de vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 24.05.2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, denegou a segurança, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 09.08.2007.”.

Da ata de julgamento acima colacionada é possível verificar que a controvérsia existente não está pacificada, por um grande motivo, a saber, é de que a ciência jurídica ou do direito não é uma ciência exata. Nela há a maior tarefa do operador do direito, que é a interpretação das normas, a interpretação do direito conforme sua convicção devidamente fundamentada.

É sobre essa ciência inexata, que o papel do interprete que não é objetivo merece ser analisado e estudado neste trabalho.

4. Interpretação do Direito – Convicção do Parecerista

Feita a análise sobre a natureza jurídica dos pareceres jurídicos, mostrando casos concretos do parecer opinativo (regra) e do parecer vinculativo (exceção e somente quando previsto no ordenamento ou normativos), deve-se trazer a estudo a atividade do parecerista.

O parecerista ao exarar um parecer ele vai analisar o caso concreto posto a análise de acordo com o ordenamento jurídico vigente sobre aquele caso concreto. Ou seja, ele vai na verdade interpretar o direito sabendo-se que o direito não é uma ciência exata, que o direito comporta interpretações distintas e estas interpretações diferentes muitas vezes ocorrem em razão das técnicas da hermenêutica que são utilizadas pelo operador do direito, isto porque as interpretações jurídicas não estão e não decorrem de raciocínio lógico, empírico, dedutivo, falsos ou verdadeiros, errado ou certo, legal ou ilegal, tudo isso se dá em razão de que o fato de o direito não ser uma ciência exata.

No tocante a interpretação técnica do advogado público estatutário ou celetista, Rony Charles Lopes de Torres¹², descreve:

“Aspecto importante que caracteriza a atividade do jurista é o fato de que ele atua em ciência inexata, que permite compreensões contraditórias sobre o mesmo fato jurídico ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma correlata, sem que a aceitação de uma das compreensões resulte na invalidade das demais. Suprir essa capacidade de compreender o direito, essa faculdade de poder inovar na sua inteligência do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, na tarefa de identificar qual a norma do ordenamento aplicável ao caso concreto, desrespeita o núcleo dessa

¹² TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 209.

inviolabilidade garantida pela Constituição ao advogado, positivada em razão da essencialidade da advocacia para a consecução da Justiça, mesmo quando percebe o direito de forma diversa daquela imposta por algum órgão do aparelho estatal. Não parece admissível limitar o parecerista a um repetidor das decisões catalogadas pelos órgãos de controle, por vezes até contrárias às prolatadas por órgãos do Poder Judiciário ou defendidas pela doutrina. Ao revés, ele deve primar pela pesquisa, buscando, nos limites da legalidade estabelecida, criativamente assessorar o gestor, analisando a compatibilidade da opção administrativa ao ordenamento e coibindo atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao interesse público.”.

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau¹³, sobre o tema trás uma interessante colocação que bem ilustra o trabalho do intérprete. Veja:

“Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interprete), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira (Zagrebelsky).”.

Igualmente, Robert Alexy, citado pelo Magistrado Paranaense José Ricardo Alvarez Vianna¹⁴:

¹³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p.36.

¹⁴ VIANNA. José Ricardo Alvarez. Vianna. **A “ÚNICA RESPOSTA CORRETA”, A QUADRATURA DO CÍRCULO E A RAZOABILIDADE DA DECISÃO JUDICIAL**. file:///C:/Users/USER/Downloads/1415815260wpdm_quadatura_circulo.pdf.

“as regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Com frequência resta uma considerável margem do discursivamente possível” ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, p. 266.

Não há um processo de exclusão de algo que esteja errado ou certo, ou aquela afirmação de que determinado parecer exclui os demais sobre o mesmo assunto/tema. Assim é que sendo o direito uma ciência não exata é que ele comporta interpretações e essas interpretações muitas vezes são levadas em razão das técnicas da hermenêutica postas a disposição do aplicador do direito.

No tocante aos advogados públicos seja ele estatutário ou celetista, notadamente em razão do exercício de uma função administrativa de advogado publico, é preciso dizer da liberdade, autonomia, independência para pensar o direito aos seus olhos, para concluir o direito a ser aplicado a cada caso concreto.

Não é admissível que o advogado público estatutário ou celetista possa exercer a sua função administrativa dentro de padrões previamente determinado por seus superiores. Não é possível admitir que ele atue com dependência, ou com medo de desagradar os seus superiores ou ainda correndo muitas vezes o risco de ser cooptado por interesses políticos partidários muitas vezes escusos. O advogado, portanto, tem que ter esta liberdade, esta autonomia, asseguradas a qualquer custo, praticas estas também consideradas como prerrogativas do advogado, prevista na Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia).

Por outro lado, não importa em dizer que o parecerista (advogado público vinculado ao regime jurídico estatutário ou celetista) não precisa expor todos os fundamentos que o levaram àquela conclusão, sob pena de induzir o gestor público em erro com pareceres evasivos ou incompletos.

VI - RESPONSABILIZAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Adentrando mais especificadamente na responsabilidade do advogado público, seja ele estatutário ou celetista, pela emissão de pareceres, deve-se deixar claro que a tese majoritária no campo da responsabilização do emissor de pareceres jurídicos afasta de início a teoria da irresponsabilidade do parecerista por entender que o advogado público estatutário ou celetista que exerce uma função ou emprego público ele está sujeito sim a responsabilizações por atos e manifestações no exercício de uma função administrativa, mas em determinada e certa medida. Nesse sentido é importante colacionar o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, em declaração de voto vista (p. 11), no Acórdão do Mandado de Segurança nº 24.584/DF.

“(...) pretendo deixar claro que, em nenhum momento, asseverei a ausência absoluta de responsabilidade de agentes públicos no exercício de suas funções institucionais. Pelo contrário, apenas busquei afirmar que, como regra geral, no âmbito da Administração Pública, as manifestações técnico-jurídicas de caráter opinativo não demandam, por si só, a necessária responsabilização de procurador ou advogado público que, instado a se manifestar, exare parecer jurídico-opinativo para orientar a atuação administrativa do Estado.”.

Conforme exposto é preciso que seja avaliado caso a caso para se poder imputar responsabilização ao advogado público parecerista, isto para saber efetivamente se a atuação foi diligente ou não.

O advogado como visto acima tem a prerrogativa da inviolabilidade de seus atos e das suas manifestações, mas por outro lado os advogados públicos, seja estatutário ou celetista, também desempenham uma função administrativa conforme também já salientado, assim é que as suas manifestações e seus atos devem estar em conformidade com o regime jurídico administrativo existente.

O entendimento jurisprudencial acerca da responsabilização é a de que o advogado público pela emissão de um parecer jurídico só poderá ser responsabilizado se demonstrado o dolo, a má-fé, a culpa (negligência, imprudência e imperícia), o erro inescusável. Nestas situações e uma vez caracterizada qualquer uma destas situações o advogado público poderá ser responsabilizado tanto no âmbito administrativo que é responder em face do seu estatuto; uma responsabilização no âmbito civil que pode se dar em uma ação de improbidade administrativa e uma responsabilização no âmbito penal em razão de uma conduta tipificada como crime.

Então a responsabilidade do advogado público estatutário ou celetista na emissão de pareceres dá-se nestas três searas (administrativa, civil e criminal) desde que o parecerista tenha laborado com dolo, má-fé, culpa ou erro inescusável.

Este é o referencial trazido no já citado Mandado de Segurança nº 24.073, onde o Ministro Carlos Velloso destacou que: *“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.”*

Também de conferir o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, proferido no Mandado de Segurança nº 24631/DF:

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)

O Superior Tribunal de Justiça, também já se debruçou sobre o tema e assim decidiu:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO
DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO
CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO
OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO
ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES
EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO
AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA –
ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS –
SÚMULA 7/STJ. 1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei. 2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio pas de nullités sans grief. 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. 4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no

presente caso, não há dolo ou culpa grave. 5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ. 6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1183504 DF 2010/0040776-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 18/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2010).

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União já firmou convicção de que é necessária a comprovação, estreme de dúvidas, do erro inescusável, do dolo ou culpa pelo parecerista na emissão do seu parecer vinculativo, já que o opinativo não gera quaisquer responsabilidades.

“O responsável pela emissão do parecer jurídico somente será responsabilizado em caso de erro grave inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo. (informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 67 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1591/11 – Plenário, TC 014.275/2004-7, Rel. Min. Subs. Augusto Sherman Cavalcanti, 15.06.2011)”.

O Tribunal de Contas do Paraná afastou a responsabilização do parecerista quando constatada a ausência de dolo ou má-fé, conforme se pode verificar do seguinte julgado:

Representação da Lei nº 8.666/1993 – Tomada de Preços – Recurso administrativo em face da inabilitação da licitante – Manutenção da decisão pela autoridade que emanou o ato recorrido – Não encaminhamento do recurso à autoridade superior para julgamento – Afronta ao artigo 109, §4º, da Lei nº 8.666/93 – Impossibilidade de convalidação do ato administrativo –

Competência recursal exclusiva – Procedência – Responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação, do parecerista e do Prefeito Municipal – Sem aplicação de multa administrativa, diante da inexistência de má-fé e/ou prejuízo. (TCE/PR, Acórdão nº 4146/14 – Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Ivan Lellis Bonilha, 10/07/2014).

Assim de se concluir que a responsabilização somente ocorrerá quando o advogado público parecerista seja ele estatutário ou celetista, atuar com dolo, má-fé, culpa ou erro inescusável e nos casos de pareceres vinculativos ou obrigatórios, vez que no parecer opinativo não há que se falar em responsabilização.

Desta conclusão, já pacificada jurisprudência, ressaí uma outra provocação que, este artigo, merece enfrentar, que é a questão do órgão competente para processar e julgar administrativamente o advogado público parecerista.

VII - ENTIDADE COMPETENTE PARA ANALISAR A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA – TCE X OAB

Manifestação interessante exarada pelo Ministro Carlos Veloso no Mandado de Segurança nº 24073, foi no tocante a possibilidade ou não do Tribunal de Contas poder sancionar o advogado público parecerista, dando a entender que o órgão efetivamente responsável pelo exercício da profissão de advogado seja público (estatutário ou celetista), seja privado, deveria ser exclusivamente a Ordem dos Advogados do Brasil.

Este assunto toma importante relevância quando se faz a leitura e análise do artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, artigo este que elenca as atribuições e competência do Tribunal de Contas, dizendo ele que:

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.

Por sua vez, o texto constitucional do artigo 133, prevê que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”.

A lei que o texto constitucional acima referida menciona é o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei 8.906/94 –, que trás em seus artigos 32 e 33 a seguinte redação.

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

...

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Igualmente, esta mesma norma legal denominada de Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, garante ao advogado empregado, em seu artigo 18, a isenção técnica e a independência profissional perante seu órgão ou entidade empregadora.

Nota-se que eventual desvio de conduta do advogado público parecerista, seja ele estatutário ou celetista, ou mesmo privado, encontra disposição expressa quanto a sua responsabilidade nos compêndios regrados pela Ordem dos Advogados do Brasil, motivo pelo qual de se concluir pela inexistência de poder sancionador ao

advogado parecerista pelos Tribunais de Contas, pois o advogado parecerista não é nem administrador e muito menos ordenador de recursos públicos.

Contribuição importante para o debate deste assunto foi exarado pela professora e doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, em artigo para o site Consultor Jurídico em 20 de agosto de 2015. Disse a renomada jurista:

“É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer a atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado.”.

O advogado da União, Ronny Charles Lopes de Torres¹⁶, também defende a inconstitucionalidade dos Tribunais de Contas imputarem responsabilidades e multas aos advogados públicos pareceristas, entendendo que pelo texto constitucional esta atribuição seria dos demais órgãos competentes. Veja.

“Quanto a responsabilização do parecerista, sendo sua análise estritamente jurídica, permitir a imputação de multa, pelo TCU, em razão da atividade advocatícia de assessoramento jurídico, além de extrapolar a competência daquele nobre órgão de controle externo,

¹⁵ <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>.

¹⁶ [file:///D:/Meus%20documentos/Downloads/a_responsabilidade_do_parecerista_ronny%20\(3\).pdf](file:///D:/Meus%20documentos/Downloads/a_responsabilidade_do_parecerista_ronny%20(3).pdf)

permite-lhe uma opinião superior e vinculante sobre qual o direito aplicável, já que, em última análise, essa eventual responsabilização ocorreria porque o Tribunal de Contas definiu que a compreensão jurídica do parecerista está errada ou é irrazoável. Tal situação é intelectualmente escravizadora, tolhe qualquer inviolabilidade da atividade advocatícia, prejudicando a garantia constitucional prestada ao advogado de ter como inviolável sua compreensão sobre o direito e a capacidade de defender seu entendimento, além de conspurcar, no caso da advocacia pública, suas atribuições constitucionais. Eventual irregularidade, apurada pelo TCU, no exercício da atividade advocatícia pelo parecerista, como a prática de erro grosseiro ou indícios de conluio com outros agentes para prática de atos de corrupção, deve ser informada às autoridades competentes para apuração de práticas funcionais irregulares, ilícitos ou atos de improbidade, que são os órgãos de corregedoria, o Ministério Público e o próprio órgão da Advocacia Pública interessada.”.

Evidente que o advogado público parecerista deve em suas manifestações de consultoria, sempre zelar quando da elaboração de seu parecer pela boa técnica jurídica expressando de forma fundamentada as razões pela qual chegou a determinada conclusão, devendo inclusive e sempre que possível fazer referência a precedentes e doutrinas a respeito do tema. Inegável que aquele advogado parecerista que agir em seu parecer com dolo, culpa em sentido amplo, ou erro grosseiro, em evidente má-fé deve sim ser responsabilizado, mas perante o órgão constitucionalmente previsto, que no presente trabalho vimos se tratar da Ordem dos Advogado do Brasil e não dos Tribunais de Contas, não obstante tenha entendimentos diversos no sentido de quando do ingresso do advogado na administração pública, seja pelo regime jurídico estatutário, seja pelo regime jurídico celetista ele é investido, como visto acima, em um cargo ou emprego público exercendo desta forma, o agente público uma função administrativa¹⁷, e nesse sentido em se praticando um ato irregular que cause dano ou prejuízo ao erário será o Tribunal de Contas o órgão competente para fiscalizá-lo, processá-lo e apená-lo.

¹⁷ Nesse sentido, o professor e doutrinador Edgar Guimarães, na obra *Controle das Licitações Públicas*, destaca que: “o agente público no exercício de suas atribuições encontra-se em situação diferenciada em relação ao particular. Possui prerrogativas decorrentes da noção de regime jurídico administrativo as quais possibilitam a atuação administrativa e lhe conferem certos “privilégios”, havendo na sequência a necessidade de imposição de limites e de verificação do atingimento das finalidades públicas. Em face de tais circunstâncias, a Administração Pública direta ou indireta assujeita-se ao controle de suas atividades, o que deve apresentar-se de forma substancial (material) e observar os princípios incidentes do regime jurídico administrativo.”. (Guimarães, Edgar. **Controle das licitações públicas**, São Paulo: Diatética, 2002, página 23).

Com relação as esferas de responsabilização sabe-se que existem a esfera criminal, a esfera cível e a esfera administrativa e que elas são independentes entre si o que importa em dizer que poder acontecer a responsabilização simultânea na esfera administrativa, cível e penal.

Outrossim, só haverá, e via de exclusão, comunicabilidade de uma esfera na outra, em caso de absolvição do réu em razão da inexistência do fato ou de negativa comprovada de autoria. Nestas hipóteses havendo a sentença penal pela absolvição em razão da inexistência do fato ou negativa evidenciada de autoria esta decisão de instância penal irá se comunicar com os processos de responsabilidade administrativa e civil.

VIII. CONCLUSÃO FINAL

Em conclusão final, e após intenso trabalho de pesquisa, com leitura a inúmeros artigos científicos existentes e disponíveis nos sites de buscas, além da análise da doutrina do direito administrativo e do estudo de no mínimo dois casos relevantes sobre a matéria pela nossa Suprema Corte, pode-se dizer a matéria aqui debatida é instigante e muito controvertida, ainda nos dias de hoje, sendo em um dos casos retratados o seu julgamento perdurou por mais de 03 (três) anos e o resultado se deu por maioria de votos.

Isto porque como visto no presente artigo a ciência do direito não é uma matéria exata ou de análise estritamente objetiva. A ciência jurídica ou do direito possui uma carga muito grande e natural de interpretações diversas, o que a torna muito controversa sobre alguns temas, inclusive o que aqui se estudou.

Demonstrou-se que atualmente o gestor público procura sempre que realizar ou praticar ou ato administrativo se valer de um parecer jurídico que ateste a legalidade do ato administrativo ou que lhe dê o conforto para executar o ato administrativo, assumindo desta forma, como visto, importante relevância o estudo da responsabilização dos advogados públicos pareceristas quando do parecer exarado.

Ao falar da organização administrativa e da sua evolução e repartição em Administração Pública direta e Administração Pública indireta, com regimes jurídicos peculiares, o trabalho debateu e concluiu que o regime jurídico do servidor público (estatutário ou celetista), no qual o advogado concursado se insere, pouco importa para fins de responsabilização, já que todos são enquadrados como agentes públicos e, portanto, desempenham uma função administrativa.

O trabalho também não fugiu ao debate do conflito aparente da função administrativa exercida pelo agente público e, portanto, devedor de explicações para a coletividade e aos órgãos de fiscalização, frente a prerrogativa da imunidade constitucional do advogado quando do exercício de sua função.

Ficou definido no artigo que o meio pelo qual o advogado concursado estatutário ou celetista exerce a consultoria jurídica é através dos pareceres jurídicos, trazendo então seu conceito e modalidades, inclusive citando a escolha francesa que o Ministro Joaquim Barbosa consignou em um dos julgamentos.

Assim é que pretender responsabilizar o advogado público parecerista, esteja ele vinculado ao Estado pelo regime estatutário ou esteja ele vinculado ao Estado pelo regime celetista, o fato é que no desempenho de suas atribuições e amparada na autonomia e independência que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogado do Brasil lhe conferem é, somente, pela via de exceção que o advogado público parecerista poderá ser responsabilizado.

Interpretações diversas que estão devidamente fundamentadas não pode ser razão para a imputação de responsabilidade ao advogado público parecerista.

Ou seja, de tudo o que se tratou no presente trabalho, o advogado público parecerista, seja estatutário, seja celetista, somente será responsabilizado se e no exercício de sua função e no desempenho de suas atribuições agir de má-fé e com dolo, bem como nos casos culpa em sentido lato de erro grosseiro inescusável.

Por fim, o trabalho mostrou que o Tribunal de Contas não é o órgão constitucionalmente previsto para averiguar a responsabilização do advogado parecerista, devendo ele encaminhar o processo de responsabilização para a Ordem dos Advogado do Brasil, que possui legitimidade constitucional para tanto.

IX. REFERÊNCIAS

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 239.

MEIREILLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, 71p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**, 9ª. ed. Ver., ampli. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. rev., ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros, 2005.

VIANNA. José Ricardo Alvarez. Vianna. **A “ÚNICA RESPOSTA CORRETA”, A QUADRATURA DO CÍRCULO E A RAZOABILIDADE DA DECISÃO JUDICIAL**. file:///C:/Users/USER/Downloads/1415815260wpdm_quadatura_circulo.pdf

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10ª. ed. Ver., atual e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**, São Paulo: Diatética, 2002.