

Responsabilidade do advogado público parecerista: limites e perspectivas

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Sumário: Advocacia pública: Deveres e prerrogativas. Atividade consultiva e natureza jurídica dos pareceres. Responsabilidade civil e administrativa do advogado parecerista. Jurisprudência sobre o tema. Referências bibliográficas

RESUMO

O presente artigo analisa os direitos e prerrogativas concedidos ao advogado público no exercício de suas funções, bem como suas responsabilidades em decorrência da elaboração de pareceres jurídicos no âmbito da Administração Pública. Parte do pressuposto de que todos os agentes públicos devem obedecer aos limites estabelecidos pelos princípios que norteiam a atividade administrativa, não podendo ignorá-los ou deles se distanciar, sob pena de responder pela conduta praticada. Neste artigo apresenta-se o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como as considerações do autor.

Introdução

A advocacia (ao lado do Ministério Público e da Defensoria) encontra-se inserida dentre as funções essenciais à justiça. Neste aspecto, a Constituição é clara ao estabelecer que a advocacia é indispensável à administração da justiça.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público e Planejamento e Gestão Municipal. Mestre em Direito pelo CESUMAR/PR. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do núcleo temático sobre arbitragem da PGE/SP.

Para tanto, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dos deveres e prerrogativas outorgados aos advogados, de modo a aferir-se eventual responsabilidade do advogado público em decorrência de atos por ele praticados.

Advocacia Pública: deveres e prerrogativas

A advocacia pública realiza – por meio de seus procuradores – atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Por expressa disposição constitucional, aos referidos procuradores é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias (art. 132 parágrafo único)

Do mesmo modo, nossa Constituição estabelece, em seu 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.”

Tal tema foi regulamentado pelo Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), o qual, em seu art. 31, § 1º, assevera que o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância. De outra banda, tem-se que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, venha a praticar com dolo ou culpa. (art. 32)

Assim, conclui-se que o advogado possui liberdade de manifestação no exercício da profissão, mas, também, é responsável pelos atos praticados.

Não obstante o acima descrito, tem crescido o entendimento segundo o qual a independência técnica dos advogados (e, em especial, dos advogados públicos) é relativa. Isso porque a independência técnica não pode esquecer ou desconsiderar os interesses públicos defendidos em juízo. Há, ainda, que se observar que o exercício regular da independência técnica pressupõe decisões e manifestações razoáveis e adequadas. Do mesmo modo, permite-se, com as cautelas devidas, a construção de estratégias de atuação judicial que visem à implementação do interesse público administrado.²

Tal regra é válida para todos os profissionais da advocacia (pública ou privada), garantindo-se a independência técnica do Procurador no exercício de suas funções institucionais.

2 CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do Advogado Público Federal. Disponível em <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/1503324/artigo-a-independencia-tecnica-do-advogado-publico-federal>. Acesso em 10/10/2012

Contudo, os advogados públicos também têm deveres em relação ao seu cliente, que é o ente público.

Como ocorre em qualquer relação empregatícia (seja ela de direito público ou privado) o empregado ou servidor público deve seguir as instruções, orientações e determinações apresentadas pelas instituições para as quais prestam serviços, defendendo com afincos os interesses de tais instituições.

Assim, o advogado público tem o dever imaneente de esgotar os argumentos legítimos e favoráveis à defesa da entidade pública”³

Tal dever relaciona-se ao princípio da eficiência, devendo o advogado procurar meios jurídicos e legítimos para defender os interesses do ente público ao qual se subordina.

Atividade consultiva e natureza jurídica dos pareceres

Segundo Hely Lopes Meirelles, os pareceres administrativos podem ser conceituados como manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. Para ele, o parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente.⁴

Observe-se, entretanto, que, segundo o referido autor, mesmo nesta hipótese, 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.”⁵

Para Horácio Souza, o parecer jurídico é um ato jurídico administrativo, sendo, também, instrumento de controle de legalidade da atividade desenvolvida pela Administração Pública.⁶ Neste diapasão, a doutrina preconiza a existência de três espécies de pareceres.

A primeira modalidade refere-se aos pareceres facultativos, e que constituem a maioria dos casos da rotina da Administração Pública.

Nesta espécie de parecer, o administrador não está obrigado a solicitar a apreciação do órgão jurídico, uma vez que esta é facultativa. E mais: mesmo que

3 PAZOS, Antônio Marques. Limites da Responsabilidade Funcional dos Advogados Públicos. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 11. Nº 8, 2009

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 189

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 189

6 SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. Manual de técnica de parecer jurídico. Salvador: Juspodium, 2009, p. 27

haja a solicitação de elaboração de parecer pela consultoria jurídica, o administrador não estará vinculado ao referido parecer, podendo decidir de forma diversa, desde que motivadamente.

Observe-se que, nesta hipótese, o administrador não divide qualquer responsabilidade com o parecerista, mesmo que a opinião deste tenha sido acatada pelo administrador e, na sequência, tenha causado danos ao erário.

A segunda modalidade mencionada pela doutrina refere-se ao parecer obrigatório. Nessa modalidade sua realização constitui-se como requisito necessário para a perfeição do ato/procedimento administrativo.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷, parecer obrigatório é aquele emitido “por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio(...)”

No mesmo sentido é a opinião de José dos Santos Carvalho Filho, para quem o parecer integra o processo de formação do ato, sendo certo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o, assim, de vício de legalidade”.⁸

Como exemplo desta espécie de parecer cite-se o artigo 38 da Lei 8.666, de 1993 (lei de licitações), o qual proclama, em seu parágrafo único, 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.

Porém, é importante deixar claro que o fato de o parecer ser obrigatório, não o torna vinculante. A propósito, registre-se posicionamento do STJ segundo o qual o administrador tem liberdade para emitir o ato ainda que com parecer contrário por parte da consultoria jurídica.

Para Gustavo Amorim, tais pareceres não são vinculantes, uma vez que a autoridade administrativa pode decidir pela não contratação, bem como pela não realização de dispensa ou inexigibilidade de licitação, fundamentando-se em um juízo de conveniência ou oportunidade.⁹

Do mesmo modo, registre-se que não será possível modificar o ato na forma em que foi submetido à apreciação do órgão jurídico, salvo se solicitar

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 13. ed., Lumen Juris, 2005, p. 111

8 Idem, ibidem

9 AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade dela decorrente. In: BOLZAN, Fabricio; MARINELA, Fernanda (org.) leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública. Salvador, Juspodium, 2008, p. 266

novo parecer, tendo em vista o seu caráter obrigatório. Qualquer alteração no ato, deve ser previamente analisada pela consultoria jurídica. Nesse caso, é de fácil constatação que o parecerista não divide responsabilidade do ato com o administrador.

Cumpre-nos observar que alguns autores classificam essas duas espécies de parecer sob a modalidade de parecer opinativo, eis que ele não vincula a autoridade administrativa para o qual se destina.

Por fim, tem-se os denominados pareceres vinculantes que são aqueles que o Poder Público está obrigado não só a requisitá-los, mas a se vincular no sentido de tal manifestação, devendo o administrador decidir à luz dele e nos seus termos. Nesta hipótese, a manifestação jurídica não é meramente opinativa. Ela tem cunho decisivo e vincula o entendimento do administrador, de tal forma que a manifestação da consultoria jurídica integrará o ato, caso ele venha a ser editado pela Administração.

Desta forma, nesta espécie de parecer, só restarão duas opções ao Administrador: decidir nos exatos termos do parecer ou não decidir. Logo, o administrador fica vinculado ao parecer emitido, sendo esta sua característica diferenciadora das demais modalidades.

Responsabilidade civil e administrativa do advogado parecerista

Nessa esteira, surge a indagação: o advogado público pode ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados à Administração em função de um parecer da sua lavra?

A Constituição Federal trata da responsabilidade do Estado e dos agentes públicos em seu artigo 37, § 6º. Segundo estabelece a referida norma, “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”.

Desta forma, o advogado público só responderá por eventuais prejuízos causados caso constate-se a ocorrência de dolo ou culpa em sua conduta.

Joel de Menezes Niebuhr¹⁰ ensina que o parecer lavrado por advogado é técnico, porquanto deve ser amplamente fundamentado. O advogado não exte-

10 NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. In: http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pareceres.pdf acesso em 14 de setembro de 2012.

rioriza o que ele acha que deve ser feito, mas sim o que o Direito prescreve que deve ser feito. Logo, o parecerista pode ser responsabilizado quando o parecer não está fundamentado, **não defende tese sustentável** ou não está alicerçado em doutrina ou jurisprudência.

Em sede de responsabilidade administrativa, a Lei 8.429, de 2 de junho 1992, prevê a existência de três espécies de condutas caracterizadoras de improbidade administrativa, sendo certo que, por inserir-se no conceito de agente público apresentado pela referida lei, é plenamente possível que o advogado público seja sujeito ativo de improbidade administrativa.

Assim, em tese, as condutas dos advogados públicos que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios da Administração Pública se enquadrariam na definição de ato de improbidade administrativa.

Sob outro aspecto, também é importante explicitar que a responsabilidade do advogado é subjetiva, ou seja: somente existirá na hipótese da prática de conduta dolosa ou culposa, de tal forma que, se o ato praticado pelo advogado público for lícito, ou se não houver prova da ocorrência de culpa ou dolo, a consequência será a impossibilidade de ressarcimento por parte do mesmo. Neste sentido, Bruno Santos Cunha assevera que tendo o parecer sido devidamente fundamentado e, não havendo prova de dolo, culpa, má-fé ou erro grave, não há que se falar emnexo de causalidade entre este e o dano sofrido e, conseqüentemente, não há que se falar em responsabilidade do advogado.¹¹

Jurisprudência sobre o tema

No tocante à responsabilização do advogado público em função de parecer emitido observa-se a existência de posição divergente na doutrina, a depender da natureza jurídica e classificação atribuída ao mesmo.

No julgamento do MS 24073/DF – o qual tratava da responsabilidade de advogado de empresa estatal que apresenta parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações, decidiu-se no sentido de que não seria possível a responsabilização solidária com o administrador, tendo em vista que o parecer não é ato administrativo, sendo meramente consultivo.

11 CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os Tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. In: revista de Direito Administrativo. Nº 256, Rio de Janeiro, p. 33, abril/2011

Tal decisão baseou-se no fato de que tal parecer seria meramente opinativo, não caracterizando ato administrativo passível de responsabilização.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que tal parecer visa a apenas informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem adotadas, não vinculando a Administração Pública.¹²

No referido julgamento, o STF pronunciou-se de forma clara no sentido de que:

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.¹³

Em outro caso, o TCU, por meio do Acórdão nº 462/2003, pronunciou-se no sentido de que o parecer constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, razão pela qual deve submeter-se à análise da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública Federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, *ex vi* do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal.

Desse modo, o TCU entendeu que:

Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.¹⁴

O mesmo acórdão ainda mencionou que, em caso de dano ao erário, causado preponderantemente pela emissão de parecer jurídico, deve-se submeter o ato praticado pelo advogado público à apreciação pelo Tribunal de Contas.

Assim, segundo o referido acórdão deve-se verificar se houve liame ou nexo de causalidade entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 377.

13 STF – MS 24073 / DF – DISTRITO FEDERAL – Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO – Julgamento: 06/11/2002 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 31-10-2003.

14 Acórdão nº 462/2003 do Tribunal de Contas da União

tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a lesão ao erário. Logo, ficando caracterizada a ocorrência de dolo ou culpa, a responsabilidade do advogado público há de ser reconhecida com fulcro no artigo 37, § 6º da CF.

Já no julgamento do MS-24584/DF, a maioria do Tribunal entendeu que a “aprovação” ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente. Isso porque, nessa hipótese, não se trata de mero parecer opinativo, mas sim de *aprovação pelo setor técnico-jurídico, o que sugere a responsabilidade solidária*.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho afirma que:

Ao examinar e aprovar os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal 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.¹⁵

Desse modo, observa-se que, a depender da natureza jurídica atribuída ao parecer, haverá uma alteração significativa no que se refere à responsabilidade do advogado público.

A propósito, no julgamento do MS 24631, o STF pronunciou-se no sentido de que:

Tratando-se de consulta facultativa, não há vinculação pela Administração Pública em relação ao parecer proferido, sendo certo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo.

Já na hipótese da consulta ser 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.

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador deverá decidir nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 379

No referido mandado de segurança, o colendo STF concluiu que o parecer emitido pelo impetrante não possuía caráter vinculante, de tal forma que sua aprovação pelo superior hierárquico não altera sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior, mas, apenas, incorpora sua fundamentação ao ato.

Deste modo, não havendo relação de causalidade entre o parecer jurídico e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário, tem-se que a responsabilização é abusiva. Apenas se houver prova de culpa ou erro grosseiro, será possível a responsabilização de advogado público pelo conteúdo de seu parecer.¹⁶

Conclusões

O advogado público, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância, sendo responsável pelos atos que, no exercício profissional, venha a praticar com dolo ou culpa.

No que se refere à responsabilidade por pareceres tem-se que esta variará segundo a espécie de parecer emitido.

Quando a consulta for facultativa, não há vinculação da autoridade ao parecer proferido, ficando esta livre para tomar a decisão que desejar, desde que fundamentadamente. Deste modo, não é possível penalizar-se o advogado público que emita um parecer jurídico meramente opinativo.

Na hipótese da consulta ser obrigatória, também não há que se falar, em princípio, em responsabilização do advogado parecerista, eis que o administrador pode decidir de forma contrária a este, com base em juízo de conveniência e oportunidade.

Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

Ante todo o exposto, tem-se que o advogado público só responderá por eventuais prejuízos causados caso constate-se a ocorrência de dolo ou culpa em sua conduta e o efetivo prejuízo para a Administração Pública, de tal forma que o

16 MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250

parecerista poderá ser responsabilizado quando o parecer não estiver fundamentado, não defender tese sustentável ou não se encontrar alicerçado em doutrina ou jurisprudência.

Isso ocorre porque a responsabilidade do advogado é subjetiva, ou seja, somente existirá na hipótese da prática de conduta dolosa ou culposa, de tal forma que, se o ato praticado pelo advogado público for lícito ou se não houver prova da ocorrência de culpa ou dolo, a consequência será a impossibilidade de ressarcimento por parte do mesmo.

A responsabilidade civil é um instituto em contínua evolução e que vem se aperfeiçoando ao longo do tempo. No atual Estado Democrático e de Direito não é possível conceber-se que atos administrativos sejam praticados sem que haja uma punição àquele que os pratica sem qualquer cuidado ou análise técnica. Assim, se o conteúdo do parecer for proferido em situação de ilegalidade, isto é, se o advogado público agiu dolosamente ou por culpa grave, em decorrência de erro profissional grosseiro, etc., sua responsabilização será possível, caso venha a causar prejuízo.

Referências bibliográficas

- AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade dela decorrente. In: BOLZAN, Fabricio; MARINELA, Fernanda (org.) leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública. Salvador, Juspodium, 2008
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Ed., 2006
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 13. ed., Lumen Juris, 2005
- CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do Advogado Público Federal. Disponível em <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/1503324/artigo-a-independencia-tecnica-do-advogado-publico-federal>. Acesso em 10/10/2012
- CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os Tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. In: revista de Direito Administrativo. Nº 256, Rio de Janeiro, abril/2011
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. In: http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pareceres.pdf Acesso em 14 de setembro de 2012.
- PAZOS, Antônio Marques. Limites da Responsabilidade Funcional dos Advogados Públicos. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*. Ano 11. Nº 8, 2009
- SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Manual de técnica de parecer jurídico*. Salvador: Juspodium, 2009.

