



A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO EM FACE DA EMISSÃO DE PARECER

Luciano Pinto Sepúlveda¹

RESUMO

A tentativa de responsabilização do advogado em consequência da emissão de parecer jurídico para entidades públicas tem se intensificado nos últimos tempos, com propositura de Ações de Improbidades Administrativas e até mesmo Ações Penais por parte do Ministério Público. Ocorre que tais pareceres não têm poder decisório, nem são atos administrativos e espelham exatamente o entendimento do causídico acerca da matéria, ou seja, está na seara da liberdade de convicções inerentes aos pilares da advocacia, bem como, esbarra em forte corrente doutrinária e jurisprudencial que isenta de responsabilidade o parecerista, excetuando os casos onde houver presença de culpa em sentido lato ou cometimento de erro grave e inescusável.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Improbidade. Parecer de advogado.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Santa Fé – Argentina. Pós Graduado "lato sensu" em Direito Público e em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Pós Graduado *lato sensu* em Direito Eleitoral pelas Faculdades Integradas Ipitanga. Professor de do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.



1 INTRODUÇÃO

O presente estudo gira em derredor da análise doutrinária e jurisprudencial da responsabilização civil e penal do advogado pelo fato do parecer por ele emitido em processos administrativos e ou consultas de entidades públicas.

A controvérsia sobre o tema vem se acirrando nos últimos tempos, com propositura de diversos procedimentos judiciais buscando responsabilizar advogados pelo simples fato de expor seu entendimento técnico acerca de determinadas matérias.

Praticamente todos os atos administrativos têm suas decisões precedidas por pareceres jurídicos, que, apesar de não vinculativos, ou seja, não obrigarem a autoridade a decidir conforme o pensamento do advogado, fundamentam o entendimento do administrador público, isso não se pode negar.

O Fato é que, tão logo questionado a ato administrativo ou a decisão dele inerente, não raro a tentativa de estender a responsabilização ao advogado, público ou privado, que proferiu o parecer em que se fundamentou a decisão impugnada.

No Mandado de Segurança 24.073², o Supremo Tribunal Federal (STF), destacou que os pareceres não são atos administrativos, mas “[...] *opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica*” (grifo nosso). E mais, “[...] *o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos tribunais.*” (grifo nosso).

A boa doutrina segundo Di Pietro (2015, online):

Temos realçado, em diferentes oportunidades, que a advocacia pública, quando na função consultiva, participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não exerce função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle, é posterior) (grifo nosso).

Sucedem que os pareceres jurídicos, mesmo quando acolhidos pela autoridade para a tomada de decisão, constituem apenas a opinião de quem o proferiu, não produzindo efeito jurídico quando considerado isoladamente, já que não se constitui em ato administrativo impugnável, e, por isso mesmo não produz efeitos jurídicos.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 29.137/DF**. T2. Min. Cármen Lúcia. j. 18/12/2012. DJe. 28/02/2013. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508622/mandado-de-seguranca-ms-29137-df-stf/inteiro-teor-111733138>. Acesso em 25 de janeiro 2020.



Ocorre que ultimamente os órgãos de controle, principalmente os Tribunais de Contas e o Ministério Público, contrariando esse entendimento alhures esposado, vêm tentando responsabilizar solidariamente o parecerista com a autoridade que praticou o suposto ato lesivo.

2 O PRINCÍPIO DE LIVRE CONVICÇÃO

Um dos pilares básicos da advocacia é o princípio da livre convicção, condição máxima do exercício da profissão, onde cada profissional tem a liberdade de buscar nas mais diversas fontes do direito, a solução jurídica que lhe parece a mais adequada ao caso controvertido.

A liberdade e a independência profissional estão entre as condições fundamentais para bem o exercício da advocacia, tendo como fundamento a própria Carta Magna de 1988 que preconiza em seu artigo 133 que a advocacia é Indispensável à administração da Justiça e que o advogado goza de direitos e prerrogativas profissionais, imprescindíveis para que possa bem desempenhar sua função.

Segundo o entendimento de D'Urso (2012, online, grifo nosso): *“Tais previsões legais não são regalias ou privilégios. São, ao contrário, garantias essenciais para que o advogado consiga, de fato, realizar um trabalho técnico, desprendido e livre de qualquer tipo de pressão”*, e foi além o doutrinador:

Qualquer manifestação emitida pelo advogado no exercício profissional está protegida constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional. Seus posicionamentos não dependem de qualquer entendimento que divirja de sua própria convicção. (D'URSO, 2012) (grifo nosso).

Vigora em nosso direito positivo o “princípio da livre convicção motivada” das decisões judiciais, em dispositivos legais do Código de Processo Civil (art. 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”) e do Código de Processo Penal (art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”), e principalmente no art. 93, IX da Constituição Federal (Art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”), onde pelo qual o julgador é livre para decidir,



porém deverá fazê-lo de forma fundamentada e de acordo com as provas dos autos.

Diante disso se pode afirmar que a livre convicção no exercício da advocacia, seja ela pública ou privada, é muito maior que a da magistratura, posto que os primeiros tem praticamente a liberdade de sua própria consciência ao formular suas teses jurídicas, desde que baseada na boa-fé, enquanto os últimos estarão sempre adstritos as provas.

Do mesmo modo a livre convicção do advogado ao emitir um parecer jurídico, deve se ater ao escopo do problema segundo as mais diversas fontes do direito, deve se fundamentar em conceitos aceitáveis das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, sem que isso implique em obrigação de resultado ou de vinculação com a decisão do ato administrativo tratado no pronunciamento.

Avaliar a interpretação dada por advogado a uma norma ou a sua compreensão acerca da legalidade de uma proposição significa, em última análise, questionar sua convicção jurídica e tolher sua liberdade intelectual, o que é algo incompatível com a atividade a que se dispõe.

Extreme de dúvidas que ao emitir um parecer, o advogado nada mais faz do que exercitar sua livre convicção, formada por acurada técnica profissional, que apesar de fomentar as decisões dos gestores públicos, as elas não se vinculam, para torná-los corresponsáveis ou mesmo responsáveis solidários pelos resultados alcançados pelos atos administrativos que lhes tomaram como base, senão em caso de incontestável má-fé ou culpa grave, mas não pelo simples fato de emitir parecer.

3 NATUREZA JURÍDICA DO PARECER

As mais abalizadas lições doutrinárias são unânimes em considerar os pareceres como peças meramente opinativas e longe da espécie de “atos administrativos”, ou seja, sem força decisória ou vinculativa da autoridade que exara a decisão final do ato.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 2015, grifo nosso) no sentido de considerar que:

[...] parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência. O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática final do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante).

Os atos opinativos e decisórios são também muito bem distinguidos pela doutrina, conforme pensamento de Carvalho Filho (2010), que ressalta que a autoridade decisória não



se encontra vinculada ao parecer da assessoria jurídica, podendo inclusive decidir contrariamente, para quem:

[...] os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação. 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 direitos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos tem conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 151, grifo nosso).

O enfoque portanto é que o parecer jurídico do advogado não é ato administrativo, tendo portanto natureza diversa, meramente opinativa, estando na seara da livre convicção, o que assegura a inviolabilidade da opinião demonstrada, senão se comprovadamente exista dolo, intenção de lesar o patrimônio público, de outra sorte, não há que se falar em responsabilização.

Nem mesmo a infeliz redação do art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93 que em tese concederia poder de “aprovar minutas de editais” ao parecer jurídico em licitações, retira a natureza opinativa do parecer ou o transmuta à categoria de ato administrativo, posto que, nesse caso, a decisão final sempre será do administrador público, que detém autoridade para acatar ou não o parecer.

Com efeito, o parecer jurídico nada mais é que a opinião manifestada pelo jurista a qual visa orientar o administrador público na escolha da melhor conduta a ser adotada, mesmo em processos licitatórios, e o fato de apresentar caráter obrigatório previsto na Lei 8.666/93, no que diz respeito à necessidade de sua solicitação no bojo do processo administrativo, não o vincula obrigatoriamente frente à possibilidade do gestor decidir diversamente aos termos consignados no parecer.

Sucedendo assim que limitar ou questionar a livre interpretação apresentada pelo parecerista, corresponderia a obstar a convicção jurídica e, principalmente, a liberdade de interpretação do advogado, de forma a restringir e tolher sua atividade.

O exercício da advocacia, elevado à categoria Constitucional pelo legislador de 1988 (art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”) tem como garantia a inviolabilidade de seus atos e manifestações, para bem atuar, sem receios, sem amarras, só podendo ser punido acaso tenha agido com dolo ou fraude (art. 184 CPC: “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”), mesmo modo que os magistrados (art. 143, I CPC: “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas



funções, proceder com dolo ou fraude”), e os membros do Ministério Público (art. 181 CPC: “O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”), não havendo, pois, como responsabilizar o advogado por ter emitido parecer jurídico para entidades públicas, dado a sua natureza opinativa.

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que regulamentou a previsão contida no art. 37, § 4º, da Constituição, reservou três seções para disciplinar os atos de improbidade administrativa.

A Seção I trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º). Já a Seção II dispõe sobre os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10). Por último, a Seção III contempla uma modalidade residual e mais ampla de atos considerados ímprobos, que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

As tentativas de enquadrar os advogados parecerista na Lei de Improbidade Administrativa, pelo simples fato de emitir parecer, esbarra no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de considerar absolutamente indispensável a existência de conjunto probatório da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora do dever constitucional de moralidade, não se admitindo, portanto, a responsabilidade objetiva em casos dessa natureza. É o que se extrai, por exemplo, da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92 a ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.

3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. *Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva* e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.



4. Recurso especial a que se nega provimento.³

Esse entendimento jurisprudencial retrata a orientação já consolidada no âmbito da doutrina, conforme lição de Fábio Medina Osório (2007, p. 291, grifo nosso):

A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva.

Sobre a matéria a Ministra Eliana Calmon, com firmeza de posicionamento quanto à objetivação da responsabilidade por improbidade, atualmente se posiciona da seguinte maneira: "*Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo*".⁴ (grifo nosso).

Não há dúvida alguma que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992) em caso de simples emissão de parecer por parte de advogado, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

Assim sendo, o cerne da questão amolda-se no sentido de se dar a devida avaliação da conduta do agente que indique a sua vontade em atingir o resultado vedado pela norma, à luz do contexto fático e não apenas da mera atuação como advogado e pelo fato de emitir um parecer, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa, que não tem previsão legal em nosso Direito Positivo.

5 ATIPICIDADE DA CONDUTA

O Advogado no exercício da profissão deve gozar da inviolabilidade garantida pela Carta Magna (art. 133), para agir com total liberdade, há de gozar de independência, sendo atípica a conduta, pela emissão de parecer, ainda que do ato administrativo gere lesão ou dano ao tesouro.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) tem posição assentada nesse

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 751.634/MG**. 1T. Min. Teori Albino Zavascki. j. 26/06/2007. DJ. 01/08/2007. p. 353.

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 621.415/MG**. 2T. Min. Eliana Calmon. j. 16/02/2006. DJ. 30/05/2006. p. 134.



sentido, conforme decisão recente daquela Corte, que apesar de não excluir genericamente a responsabilidade penal do advogado, só a considera se presentes a intenção de lesar, vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO. PARECER JURÍDICO. ART. 2º, § 3º DA LEI 8.906/94. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE PRODUÇÃO DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. 1. É fato que o advogado público, ao emitir um parecer, há de gozar de independência, pois, na forma do artigo 2º, § 3º da Lei n. 8906, ‘no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei’. 2. A jurisprudência dessa Corte não exclui, a priori, a responsabilidade criminal do advogado parecerista, se age em conluio para fraudar a licitação. 3. O trancamento da ação penal é medida excepcional, admitida somente em hipóteses tais como a manifesta atipicidade da conduta, causa de extinção de punibilidade apurada de plano ou ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, a denotar a ausência de justa causa para o prosseguimento do processo. 4. O habeas corpus não é a via correta para a apuração da existência do elemento subjetivo do tipo, salvo se revelar-se evidente, primo oculi, o que não é o caso. 5. Habeas Corpus denegado.⁵

A Ministra Laurita Vaz do STJ ao julgar o HC 46.906-DF, acatando a tese de atipicidade da conduta, em face da imunidade da advocacia, declarou que:

Constata-se, de plano, a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.⁶ (grifo nosso).

A simples emissão de parecer, não é o bastante para considerar o juriconsulto como praticante de fato típico, nem pode lhe ser atribuída eventual condição de partícipes do suposto delito, já que a elaboração de parecer jurídico, circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.

Tentar atribuir fato típico ao advogado parecerista pelo fato do parecer, é abuso do regular exercício da ação penal, que já traz consigo uma agressão ao “*status dignitatis*”, por faltar o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal.

6 ATIPICIDADE DA CONDOTA

⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **Apelação Cível: 792769520124010000**. 1R. Juiz Federal Renato Martins Prates. j. 29/07/2014. DJ. 08/08/2014. p. 862.

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus: 46906 DF 2005/0135151-6**. 5T. Min. Laurita Vaz. j. 17/12/2007. DJe. 17/12/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685013/habeas-corpus-hc-46906-df-2005-0135151-6-stj/certidao-de-julgamento-13725998?ref=serp>. Acesso em 24 de janeiro 2020.



A jurisprudência de nossos tribunais caminha à passos largos no sentido de reconhecer tanto a atipicidade da conduta, quanto a inexistência de atos de improbidade em casos como o aqui estudado, onde o agente, na prática da advocacia, emite parecer a pedido de entidade pública e, posteriormente, o ato administrativo é inquinado de nulidade ou ainda tenha causado prejuízo aos cofres públicos.

Nessa linha de dicção o STF, no julgamento do MS nº 24.631/DF reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos.

O TRF-1 tem julgado inúmeros casos afastando a responsabilização do advogado que elaborou parecer jurídico, mas que não agiu com a intenção de lesar, com se infere na Ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMISSÃO DE PARECER - NATUREZA OPINATIVA - INEXISTÊNCIA DE CULPA GRAVE OU DOLO - INDEFERIMENTO DA INICIAL.

I - Versa a inicial sobre suposta malversação de verba pública federal, oriunda do Convênio nº 377/03, firmado entre o Ministério da Saúde e o Município de Brejinho de Nazaré/TO, cujo objeto era a aquisição de uma unidade móvel de saúde.

II - Sustenta a União que o agravado emitiu parecer jurídico atestando a regularidade dos procedimentos relatados na ação de improbidade, concorrendo, de igual modo, para que houvesse lesão ao patrimônio público. Contudo, o ato apontado como ímprobo pela União foi a elaboração de parecer jurídico e não a existência de dolo ou culpa.

III - 'A função do Advogado Público (ou assessor jurídico) quando atua em órgão jurídico de consultoria da Administração é de, quando consultado, emitir uma peça (parecer) técnico-jurídica proporcional à realidade dos fatos, respaldada por embasamento legal, não podendo ser alçado à condição de administrador público, quando emana um pensamento jurídico razoável, construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal.'

IV - Agravo a que se nega provimento.⁷

O STJ também entende não haver responsabilidade do autor de parecer, senão em casos excepcionais que extrapolariam as prerrogativas profissionais:

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.⁸

⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **AG: 12653 TO 0012653-83.2011.4.01.0000**. 1R. Des. Assuete Magalhães. j. 29/09/2011. e-DJF1. 07/10/2011. p. 373.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial: 1183504 DF 2010/0040776-5**. 2T. Min. Humberto Martins. j. 18/05/2010. DJe. 17/06/2010. Disponível em



No julgamento do REsp. 1183504, acima citado, o relator consignou o entendimento de que é possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa, mas 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.

Já no STF, baseado no entendimento do então Ministro Joaquim Barbosa, afirma, como se vê, que não há que se falar em ato de improbidade, pela elaboração de parecer de natureza opinativa, sem poder vinculativo, neste sentido, se transcreve, por oportuno, a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

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

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.⁹

Entendeu portanto o STF através do pensamento do Ministro Barbosa (MS 24.631/DF) que o parecer emitido pelo advogado não tem caráter vinculante, sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14609347/recurso-especial-resp-1183504-df-2010-0040776-5-stj/certidao-de-julgamento-14609350?ref=serp>. Acesso em 24 de janeiro 2020.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 24631/DF**. Min. Joaquim Barbosa. j. 09/08/2007. DJU. 01/02/2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727627/mandado-de-seguranca-ms-24631-df>. Acesso em 25 de janeiro 2020.



administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

Consolida assim a Suprema Corte, o entendimento jurisprudencial que é indevida 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 (sic).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer que seja à ótica jurídica que se olhe para o tema em estudo, a conclusão será a da total impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista, pelo conteúdo técnico do parecer emitido ou pelo resultado ao ato administrativo advindo do parecer, quer seja na esfera civil, ou mesmo na criminal, primeiro por não há qualquer improbidade administrativa, depois por inegável atipicidade da conduta.

Não há respaldo legal para amparar a tentativa de responsabilização do advogado parecerista nas esferas cíveis ou criminais pelo fato da elaboração de parecer, não havendo justa causa para propositura de ações com esse objetivo, em face da sua natureza opinativa, que não vincula a decisão final do administrador público, aliada ao caráter de livre convicção do jurisconsulto, atributo indissolúvel da advocacia, garantido pela Carta Magna, assim como por não se constituir em ato administrativo impugnável.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, principalmente da Suprema Corte é no sentido de que, em virtude do caráter opinativo do parecer, não há como responsabilizar o advogado pela emissão de parecer, pois, somente em casos de comprovada má-fé, manifestada pelo dolo, com a intenção deliberada de lesão aos cofres públicos, poderia ser o jurista responsabilizado.

Os mais notáveis doutrinadores lecionam na mesma linha da total impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista pela emissão do parecer, fazendo consagrar a inteira liberdade do exercício da profissão, onde as convicções de cada profissional gozam na necessária imunidade, só restando a possível ocorrência da intenção de lesão ao erário, devidamente comprovada, como única forma de impor alguma responsabilidade.

Assim apesar de toda a polêmica acerca da matéria, principalmente em face do grande número de ações recentemente propostas pelo Ministério Público contra advogados



pelo simples fato de emitir parecer para entidades da administração pública, o entendimento meridiano, baseado na jurisprudência e na doutrina é no sentido de que não se pode responsabilizar o advogado por esse fato, ainda que ocorra prejuízo ao erário.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

D`URSO, Luiz Flavio Borges. A liberdade do advogado alicerça o direito de defesa. *In*: OAB São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2012/156>. Acesso em 25 de janeiro 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer?imprimir=1>. Acesso em 18 de janeiro 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007.



THE LAWYER ACCOUNTABLE AS A CONSEQUENCE OF THE ISSUANCE OF LEGAL ADVICE

ABSTRACT

The attempt to hold the lawyer accountable as a consequence of the issuance of legal advice to public entities has intensified in recent times, with the filing of actions of administrative improprieties and even criminal actions by the Public Prosecutor. These opinions do not have decision making power, nor are they administrative acts and reflect exactly the understanding of the causal about the matter, that is, it is in the area of freedom of beliefs inherent in the pillars of advocacy, as well it runs into a strong doctrinal and jurisprudential current which exempts the assessor from liability, except in cases where there is a presence of guilt in the broad sense, or which commit serious and inexcusable error.

Keywords: Administrative Law. Improbability. Lawyer's opinion.

