

# RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO NA ATIVIDADE CONSULTIVA

**VIRGÍNIA DARSIE DE OLIVEIRA**

Advogada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Especialista em Direito do Estado UniterRitter (RS).

## RESUMO

Com este estudo pretende-se analisar os limites da responsabilidade do advogado público que atua na atividade consultiva. Esta responsabilidade deve ser examinada à luz dos princípios constitucionais e de Direito Administrativo e também considerando-se a posição jurisprudencial, tanto dos Tribunais Superiores, quanto dos órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, investigando-se via método dedutivo, sem desprezar-se, contudo, o aspecto crítico, enaltecendo-se as divergências com relação ao senso comum jurídico, quando for o caso.

**PALAVRAS-CHAVES:** responsabilidade; advogado público; parecerista; consultoria.

## ABSTRACT

This research intends to assess the responsibility of the public lawyer who acts in advisory activity. This responsibility should be examined by the way of constitutional principles and the administrative law, and also considering the position of jurisprudence, both of the Superior Courts, the organs of control, in particular the Court of Audit. For this purpose, was used literature and case law with the collaboration of the deductive method, without leaving aside the critical aspect, leaving clear the differences concerning the legal common sense, when applicable.

**KEYWORDS:** responsibility, public lawyer, legal consultant, advisory.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Advogado Público: conceito, natureza da função e base constitucional. 3. Os princípios constitucionais da Administração

Pública e a Advocacia Pública: os deveres inerentes à atuação do “advogado público” a partir da Constituição e da legislação pertinente. Algumas decisões relevantes. 4. A questão da independência funcional na emissão de pareceres e a não-vinculação dos administradores públicos. 5. A decisão proferida pelo STF no processo no. 24.073-3. 6. A decisão proferida pelo STF no Mandado de Segurança nº. 24.631-6. 7. A decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial 1183504. 8. Síntese dos posicionamentos. 9. Considerações Finais.

## 1. INTRODUÇÃO

Não é tarefa simples a do advogado que atua na atividade consultiva em órgãos públicos, seja na Administração direta, seja na indireta. De fato, se àquele que funciona na área do contencioso – e que desempenha tarefa não menos árdua – incumbe zelar pelos interesses do ente público postos em litígio judicial ou administrativo, ao atuante na esfera consultiva se atribui o encargo de orientar o administrador acerca das decisões a serem tomadas na gestão pública ou, ao menos, pronunciar-se sobre a correção ou não de atos e procedimentos administrativos, alguns, muitas vezes, já levados a efeito.

É um mister delicado e complexo, que deve ser pautado pela estrita observância aos princípios constitucionais-administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Constituição Federal, art. 37, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº19, de 1998<sup>1</sup>), que se devem equilibrar com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sempre sem perder de foco também os interesses da pessoa jurídica para a qual atua. Por fim, ainda a título introdutório, cumpre lembrar as constantes interferências dos órgãos de controle externo, em especial do Tribunal de Contas da União, que fiscaliza a integralidade das

---

<sup>1</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

funções desempenhadas, e a partir disto pode-se ter uma dimensão exata da importância e da dificuldade que caracteriza a atividade.

Feitas estas considerações, (tentar) traçar os limites da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos (advogados) que atuam na área de consultas, emitindo seus pareceres nos termos acima alinhados, é, pois, o objetivo deste trabalho. Com isto, importante deixar bem claro, espera-se contribuir para àquilo que se vem discutindo sobre a questão sem, entretanto, pretender exaurir a matéria, mesmo porque tal é evidentemente inviável considerando-se os estritos limites pré-estabelecidos para a exposição.

A busca por uma conclusão começa a ser desenhada a partir de um exame da natureza do cargo e das funções desempenhadas, por um panorama acerca dos princípios administrativos e por apontamentos sobre a independência no desempenho das atividades. Em seguimento, e já em direção à resposta que se busca, um estudo de casos permitirá uma conclusão a partir das idéias da autora em confronto, em sendo o caso, com o posicionamento dos tribunais, a nível judicial e administrativo.

## **2. ADOGADO PÚBLICO: CONCEITO, NATUREZA DA FUNÇÃO E BASE CONSTITUCIONAL**

Um exame da “Advocacia Pública”, deve ser feito partindo-se de uma leitura do texto constitucional. Tratada pela Lei Fundamental (observar, por importante, a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998), a Seção II do Capítulo IV – que dispõe sobre as funções essenciais à Justiça –, com efeito, faz referência à função, com disposições expressas sobre a Advocacia Geral da União (artigo 131) e aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal (artigo 132). E, importante consignar, tais profissionais integram carreiras que fazem parte da “Advocacia Pública”.

Assentada tal premissa, extremamente importante ao objetivo proposto para este tópico, não se pode perder de vista, ainda, o disposto no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que assim dispõe:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),  
§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Desta forma, consoante disposição expressa do texto legal acima citado, tem-se que, não obstante a omissão da Magna Carta, são advogados públicos aqueles profissionais que representam os interesses das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e de suas entidades da Administração Indireta (autarquias, agências e fundações públicas), e igualmente os advogados que pertençam aos quadros de sociedades de economia mista e empresas públicas da Administração Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que tenham vínculo de emprego, decorrente de aprovação em concurso público, e sejam regidos pela legislação trabalhista.

Nesta situação se podem enquadrar, exemplificativamente, os advogados pertencentes aos quadros do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal (CEF), da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO), e igualmente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), dentre outros. Importante ressaltar, nesta linha, que embora as sociedades de economia mista e as empresas públicas sejam pessoas jurídicas de direito privado, também são entidades da Administração indireta das pessoas políticas a que se vinculam. E, em decorrência, os advogados a elas vinculados são também “advogados públicos”, detentores das prerrogativas das quais dispõem todos os advogados, em geral, e igualmente daquelas próprias do exercício da função pública.

Assim, registre-se que a experiência da advocacia pública, inicialmente compreendida como Advocacia de Estado, passou, ao longo do tempo, a demonstrar a necessidade de se especializarem as funções, a fim de melhorar o acompanhamento e o assessoramento da Administração

Pública, proporcionando, ainda, um aprimoramento na defesa judicial dos interesses públicos nos conflitos estabelecidos com os particulares<sup>2</sup>.

### **3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ADVOCACIA PÚBLICA: OS DEVERES INERENTES À ATUAÇÃO DO “ADVOGADO PÚBLICO” A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE**

Para além das ponderações lançadas no item anterior, ainda antes do exame da questão nodal, indispensável um excursus sobre os princípios constitucionais da Administração Pública, porquanto isto vem a permitir uma melhor compreensão da atuação (pública) desempenhada. Melhor explicando, a importância do estudo e da compreensão do sistema de princípios que informam o ordenamento jurídico decorre do fato de que “constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem validade<sup>3</sup>”. E, ainda, consoante lição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO<sup>4</sup>, “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fácticos e jurídicos”. Para CANOTILHO, os princípios, ao contrário das regras que são excludentes entre si, coexistem e permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso em conjunto com a ponderação de outros princípios que estejam eventualmente em conflito.

---

<sup>2</sup> A fim de que se tenha uma visão mais clara acerca da necessidade de aprimoramento de todas as atividades que envolvem a Administração Pública, dentre elas, em consonância com o objeto deste estudo, o assessoramento jurídico, entende-se importante registrar-se aqui a noção de utilidade pública do Direito Administrativo, defendida por RUY CIRNE LIMA, para quem a utilidade pública é a própria finalidade da Administração Pública. Nesse sentido a Administração Pública existe para assegurar a realização do bem individual paralelamente ao bem social. Enfim, a “utilidade pública dá-nos, por assim dizer, o traço essencial do Direito Administrativo”. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 15-6.

<sup>3</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2004, p. 6.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1998, p. 1035.

Ainda, oportuno salientar a posição de PEDRO MONIZ LOPES<sup>5</sup>, que argumenta que o conhecimento dos princípios conduz ao conhecimento das normas de regra e vice-versa. Sob este ponto de vista, não obstante as fontes que os suportam (regras positivadas e princípios), a relação entre ambos é de tal forma próxima que, se por um lado, alguns princípios são uma indução de regras, por outro lado, as regras, podem, por vezes, configurarem-se como deduções de princípios.

De se ver, por importante, que estes princípios que regem ou permeiam determinado ordenamento jurídico normalmente não estão positivados ou, quando encontrados no direito positivo, na maioria das vezes são apenas mencionados – tal como o faz o artigo 37 da Constituição Federal ao enumerar os princípios que norteiam a Administração Pública, já mencionados na introdução. Ocorre que, ao contrário do que se pode inferir da leitura do referido artigo da Lei Fundamental, certo é que não são somente os cinco princípios ali referidos que informam e fundamentam a atuação da Administração Pública. Sobre o tema, DIÓGENES GASPARINI<sup>6</sup> elenca, além dos princípios constitucionalmente previstos e citados no artigo 37 da Constituição Federal, os seguintes princípios como formadores do Direito Administrativo pátrio: finalidade, continuidade, indisponibilidade, autotutela, supremacia do interesse público, igualdade, motivação e razoabilidade.

Feito este importante registro, afigura-se obviamente descabida a análise detida sobre cada um dos princípios acima citados. Contudo, especificamente quanto ao último – a razoabilidade -, cumpre tecer breves considerações, ante a sua importância cada vez maior no cenário jurídico.

Embora não previsto expressamente na Constituição Federal, o princípio da razoabilidade é uma decorrência dos princípios da legalidade e da finalidade. Não bastasse tal entendimento, há muito amplamente difundido, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, veio a incluir o inciso LXXVIII no artigo 5º, assegurando “razoável” duração do processo administrativo e judicial. Destarte, a razoabilidade adquiriu sua “grandeza

---

<sup>5</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*. 2011, p. 41.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 7 e ss.

constitucional” e, embora não expresso como tal (princípio), existem abalizados entendimentos de que se aplica à Administração Pública.<sup>7</sup>

Em termos conceituais, o princípio da razoabilidade pode ser compreendido como um agir com moderação, bom senso, prudência, como uma atuação adequada e coerente, considerando-se sempre a necessária relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, assim como as circunstâncias que envolvem a prática do ato perpetrado. Assim, a Administração Pública, a fim de legitimar as condutas de seus agentes, ao agir no exercício de sua atividade discricionária, deve primar pela razoabilidade de seus atos, atuando com racionalidade, alinhada ao senso comum das pessoas, tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser alcançado em determinada situação.

Importante também salientar que a aplicação prática do princípio da razoabilidade, impõe uma interpretação jurídica que ultrapasse a mera lógica formal, afastando assim, soluções que, embora fundamentadas na razão, sejam incompatíveis com o sistema jurídico-legal<sup>8</sup>.

Feita esta brevíssima análise, cumpre retomar o objeto central deste estudo, alinhando-se a atuação do advogado público com os princípios norteadores da Administração Pública. Quando se fala em advocacia pública, vem logo à mente a idéia de defesa do ente público ou, ainda, das pessoas públicas de natureza administrativa, quais sejam as autarquias e as fundações de direito público, e também as pessoas jurídicas de direito privado mas que fazem parte da administração indireta, como é o caso das empresas públicas, por exemplo.

Assim, é evidente que a atuação dos profissionais que atuam representando estes entes em juízo, ou fora dele, mas com a atribuição de prestar consultoria ou assessoria jurídica, devem agir em consonância com os princípios norteadores do Direito Administrativo, bem como em

---

<sup>7</sup> Por todos, cite-se entendimento firmado pela então Ministra ELLEN GRACIE no julgamento do Recurso Extraordinário 403205/RS, julgado em 28 de março de 2006, quando, tratando de questão tributária, afirmou, em suas palavras e com sua singular desenvoltura, que o princípio da razoabilidade efetivamente deve nortear a atuação da Administração Pública em Geral.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2005, pp. 57-8.

observância aos interesses da pessoa jurídica que representam. Ainda, a eles impõe-se comportamento pautado na legalidade, aqui inserida, dentre outras, a proibição de pleitear contra a lei (art. 34, VI, da Lei 8.906/94, de 04 de julho de 1994) e a de concorrer para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la (art. 34, XVII, do mesmo diploma legal). Por fim, a ética exige-lhe atuação com independência, honestidade, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé (art. 2º, II, do Código de Ética), premissas, aliás, indispensáveis ao exercício da função, nos termos exigidos pela Constituição Federal.

#### **4. A QUESTÃO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL NA EMISSÃO DE PARECERES E A NÃO-VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS**

A natureza da profissão advocatícia exige de quem a exerce uma postura de independência face aos órgãos envolvidos na prestação jurisdicional. Desta forma, inexistente hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, que se situam no mesmo patamar, devendo-se mútuo respeito e consideração no plano jurídico-processual. Tal regra vem estabelecida no art. 6º da Lei 8.906/94, de 04 de julho de 1994, segundo o qual “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.” Por constar do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, então, a prerrogativa não se dirige somente aos os advogados públicos, mas aos advogados em geral, conferindo uma independência que se traduz em uma condição indispensável para eficaz desempenho de suas funções.

Retomando a análise da atuação do advogado público, faz-se aqui imperioso que se faça distinção entre a atuação judicial, ou extrajudicial, mas litigiosa, e a atuação em atividade de assessoria.

Tratando-se de atuação em sede de contencioso, não há como se escusar o advogado público de funcionar no processo, exceto quando houver impedimento, nas circunstâncias previstas na lei. Nesse aspecto, se é correto afirmar que não se pode escusar a promover a defesa no processo que lhe for distribuído, é certo também que tem ele o dever funcional de utilizar todos os meios processuais ao seu alcance para a defesa. Assim, não lhe é dado dispor dos interesses que lhe são



confiados na defesa judicial dos órgãos públicos, porque públicos são tais interesses. Decorre daí a vedação de que se transija, se faça acordos, se deixe de recorrer ou, ainda, que se desista de recurso interposto, salvo exceções previstas em lei e normas administrativas.

Diversa, por outro lado, é a situação do advogado público que atua em consultoria ou assessoria jurídica. Nesse caso, exerce o seu mister segundo seu conhecimento técnico e sua consciência, devendo orientar a autoridade administrativa segundo as normas e os princípios de direito aplicáveis ao caso concreto. Sob este aspecto, cumpre a incumbência de emitir pareceres e orientar os órgãos administrativos na prática de sua atividade, sendo certo que tal circunstância compromete-o definitivamente com os interesses públicos.

Conforme adiante se verá em análise mais detida, com relação à vinculação do administrador público ao parecer exarado pelo advogado que atua em atividade de consultoria, as decisões dos órgãos fiscalizadores e Tribunais têm sinalizado, em síntese, no sentido de que, sendo facultativa a consulta, a autoridade não se vincula ao parecer proferido. Em contrapartida, sendo a consulta obrigatória por imposição legal (como é o caso, por exemplo, da análise de minutas de contrato e editais, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994)<sup>9</sup>, a autoridade fica vinculada ao parecer, sendo que, na hipótese de dele divergir, deve submeter nova consulta ao órgão jurídico. De qualquer forma, jamais se pode perder de vista que é o administrador quem pratica os atos administrativos, jamais o parecerista, daí decorrendo a conclusão irrefutável sobre a impossibilidade de que este venha a, eventualmente, ser passível de responsabilização civil ou administrativa, salvante as hipóteses legalmente previstas.

---

<sup>9</sup> Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994.

Nesta esteira, quando constatado que o advogado público tenha emitido parecer em total desacordo à lei, ou ainda em razão de erro grosseiro, dolo ou culpa, causando prejuízo ao ente público, poderá vir a ser civilmente responsável pelos danos que causar, sem prejuízo das sanções administrativas correspondentes. E as exceções param por aí.

Observe-se, derradeiramente, que, não obstante a possibilidade de responsabilização do advogado público, este tem suas prerrogativas funcionais próprias exatamente em função da natureza da função que exerce. Assim, urge trazer à lume o artigo 133 da Constituição Federal que dispõe: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

É esta garantia constitucional a origem e o fundamento básico da independência funcional do advogado de forma geral, e, sob o enfoque deste estudo, também do advogado público. Desta forma, não se pode conceber a responsabilização do profissional que desempenha a tarefa de consultoria jurídica na Administração Pública, senão diante dos casos expressamente previstos em lei (casos de dolo, culpa, erro grosseiro ou total desacordo com a lei).

Tal entendimento tem seu supedâneo no simples fato de que o profissional não pode se sentir intimidado ou cerceado no exercício de sua profissão, devendo atuar com a necessária independência e autonomia indispensáveis ao pleno cumprimento do “munus” público que a ele incumbe. Esta, então, a razão das prerrogativas que lhe são legalmente deferidas, que, antes de privilégios, constituem garantias ao eficaz desempenho de suas funções, e que se estendem não somente àquele que atua no contencioso, mas também ao que tem a função de elaborar pareceres.

Por fim, após a teorização, embora singela, da matéria em análise, sempre prudente que se faça um cotejo com as decisões recentes da jurisprudência. É o que se passa agora a fazer.

## 5. A DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO PROCESSO NO. 24.073-3

Mandado de Segurança nº 24.073-3

Relator: Min. Carlos Velloso

Data: 06.11.2002

Fonte: DJ de 31.10.2003

*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 de 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 Antonio 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.*

Trata-se esta de uma decisão proferida em mandado de segurança impetrado em relação a ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a inclusão dos impetrantes, advogados de empresa pública, como responsáveis solidários em ocorrências que tinham por objeto apurar eventual irregularidade de contratação direta realizada pela empresa Petrobrás S. A.

Conforme a decisão transcrita – tomada inclusive a partir de parecer favorável lançado pelo então Procurador-Geral da República GERALDO BRINDEIRO -, contrariamente ao entendimento do Tribunal de Contas da União, é vedado pretender a responsabilização do advogado público,

solidariamente com administrador, naqueles casos em que este decidiu por contratar diretamente, sem procedimento licitatório. A atividade do “consultor”, neste caso, traduziu-se em mero ato opinativo. E, por outro lado, jamais se poderá cogitar, conforme discorrido ao longo deste trabalho (observar item 2.3, retro), de responsabilização do advogado público a não ser naqueles casos em que o parecer emitido estiver em total desacordo à lei, ou quando se estiver diante de erro grosseiro, dolo ou culpa, causar prejuízo ao ente público. Tal inteligência consta do acórdão, com expressa alusão ao disposto no art. 32 da Lei dos Advogados.

Além disso, conforme consignado no voto de lavra do Ministro CARLOS VELLOSO, “o parecer exarado por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida por operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução “ex officio” da lei.” O parecer, então, não seria ato decisório, traduzindo-se em um documento opinativo para a tomada da decisão pelo administrador, que praticará ou não o ato, este sim passível de responsabilização, na forma da lei.

No mais, argumento que na verdade aproveitaria a qualquer profissional da advocacia, o advogado não pode ser responsabilizado pela emissão de um parecer sobre uma questão de direito sem que, no mínimo, esteja comprovada plenamente a culpa, em sentido amplo, ou que sem que tenha incorrido em erro grave, inescusável.

Por tudo, o acórdão em questão encontra-se em consonância com o entendimento externado no curso da exposição, seja porque o advogado público não é administrador, não pratica atos administrativos, mas mera atividade consultiva, seja porque não é passível de responsabilização por suas opiniões, salvo nos casos previstos na lei, devidamente ressalvados no corpo do texto.

## **6. A DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 24.631-6**

Mandado de Segurança nº 24631-6  
Relator(a): Min. Joaquim Barbosa  
Data: 09/08/2007

Fonte: DJe 01-02-2008

*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.*

A decisão acima foi proferida em um mandado de segurança impetrado por procurador autárquico em relação a ato do Tribunal de Contas da União, que pretendia incluí-lo entre os responsáveis por irregularidades encontradas em processos relativos a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento, por parte do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER).

Nesta decisão, amparada em parecer do Subprocurador-Geral da República ANTONIO FERNANDO BARROSE SILVA DE SOUZA, devidamente ratificado pelo então Procurador-Geral da República CLÁUDIO FONTELES, entendeu-se pela impossibilidade de responsabilização solidária do procurador autárquico impetrante do mandado de segurança. Confortando entendimento posto nas linhas acima, novamente se percebe, para além da questão da natureza meramente opinativa do ato, como possibilidade única de responsabilização dos advogados a comprovada existência de culpa ou erro grosseiro, com comprovação junto às instancias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabendo a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

Conforme o acórdão, “o problema guarda estreita relação com a estruturação hierárquica da administração e o princípio da legalidade. Assim é que ao administrador, salvo disposição legal específica, cabe a aplicação da lei e demais normas administrativas, exercendo ele o juízo cabível, na esfera administrativa, sobre a legalidade de determinada medida.” Não, em regra, possibilidade de responsabilização do consultor, pois este não pratica os atos administrativos.

Contudo, nesta decisão ressalvam-se aquelas hipóteses em que o administrador público estaria vinculado à opinião que lhe foi dirigida. Tal intelecção, contudo, é notoriamente equivocada, na medida em que o Direito Brasileiro não conhece hipóteses de pareceres que efetivamente “amarrem” o Administrador. Aqui busca-se amparo no magistério de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA,<sup>10</sup> optando-se, ante a pertinência, pela transcrição integral das palavras do professor do Rio de Janeiro:

Quanto à vinculação entre a obrigatoriedade do parecer e a responsabilização do parecerista, tese defendida pelo ministro Joaquim Barbosa, diga-se, em primeiro lugar, que não existem exemplos, no Direito brasileiro, de pareceres vinculantes, isto é, daqueles em que o administrador está *obrigado* a adotar a tese jurídica nele defendida ou, então,

---

<sup>10</sup> *In A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards.* Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE30775.pdf/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

a não agir. Para além disso, não nos parece que a tese é verdadeira: seja obrigatório ou facultativo o parecer, o que vai influir na responsabilização de seu autor é a presença de dolo ou erro evidente e inescusável, o fato de haver influído concretamente no curso da ação (nexo causal) e de que desta tenha decorrido algum prejuízo (dano). A hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, não responsabiliza o parecerista porque a opinião jurídica seja obrigatória, mas porque é caso excepcional de ato administrativo de aprovação. Afirme-se, ainda, que seu prolator não se transforma num administrador público: um parecer continua sendo um parecer.

Para além do argumento defendido pelo autor acima citado acerca da inexistência no direito pátrio pareceres vinculantes, e que, por esta razão, inexistiria responsabilidade do advogado com base neste fundamento, considera-se acertada a premissa supra delineada de que, independentemente de serem facultativos ou obrigatórios os pareceres, o que definirá a possibilidade ou não de responsabilização do advogado será a ocorrência de uma das causas já exaustivamente citadas: dolo ou culpa, erro grosseiro ou ato contrário à lei.

Desvinculando-se a eventual possibilidade de responsabilização do advogado da natureza de seu parecer, vislumbra-se a hipótese de que uma consulta facultativa poderá gerar a responsabilização do advogado, quando este atuar em desacordo com a legislação, ou ainda com dolo, culpa ou erro inescusável. Em contrapartida, consulta obrigatória poderá não gerar a responsabilização do advogado, se não estiverem presentes os elementos acima declinados.

Assim, como se vê, tais considerações refletem uma posição conforme a Constituição e devidamente alicerçadas na legislação infraconstitucional e normas administrativas pertinentes, confortando integralmente o entendimento posto nos itens precedentes.

## **7. A DECISÃO PROFERIDA PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL 1183504**

REsp 118304/DF

Relator: Ministro Humberto Martins

Data do julgamento: 18/05/2010

Publicação: DJe 17/06/2010

*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.*

A decisão acima foi proferida em recurso especial em relação a uma decisão que deixou de reconhecer a responsabilidade de advogado público, juntamente com os administradores, a título de improbidade administrativa. Conforme exposto no voto do relator, Ministro HUMBERTO MARTINS, existe “a possibilidade, em situações excepcionais, de enquadrar o consultor jurídico, 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, é preciso que, desde o nascedouro, a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da elaboração do parecer. Em situações como essa não há como entender que o consultor jurídico está albergado pelas prerrogativas profissionais.”

Assim, percebe-se também que a posição do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem-se firmado no sentido do entendimento posto nos precedentes acima, não havendo, entretanto, neste julgado, qualquer referência à possível responsabilização do parecerista, não se ingressando, contudo, na análise das exceções legais já aventadas no decorrer deste estudo.

## **8. SÍNTESE DOS POSICIONAMENTOS**

De todo o exposto, possível concluir sedimentada, com raras vozes divergentes, a posição dos tribunais superiores no sentido da impossibilidade de responsabilização do advogado público que atua na atividade consultiva. Aliás, as conclusões sobre a questão restaram singularmente bem delineadas por JOSÉ VICENTE SANTOS DE

MENDONÇA<sup>11</sup> que afirmou que os advogados públicos podem, segundo os “standards” propostos em seu estudo, ser responsabilizados, mesmo porque a completa irresponsabilidade seria, em tese, contrária à própria noção de Estado Democrático de Direito. Isto ocorreria naquelas hipóteses em que se tenha por demonstrada atuação dolosa ou mediante o erro inescusável, e desde que as imputações que a eles se dirijam decorram deste dolo ou erro inescusável.

Tais considerações sintetizam, em sua íntegra, as razões invocadas no presente trabalho para trilhar caminho semelhante ao dos Tribunais Superiores. Às conclusões, então.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após tudo exposto, considerados os pontos e contrapontos expostos no decorrer deste trabalho, forçoso concluir que existem diferenças sensíveis entre o “advogado público” que atua na atividade consultiva, e que não pratica atos administrativos, em relação ao agente público em geral, e mesmo em relação aos advogados que atuam na área processual (contenciosa).

Conforme restou salientado, seja qual for a natureza do parecer (decorrente de consulta facultativa ou obrigatória), é o administrador quem acolhe os respectivos termos, praticando o ato na conformidade da opinião emitida, ou rejeita esta, prosseguindo nos termos em que a lei lhe faculta. Sempre pertinente lembrar que um parecer, por definição, consiste em uma peça opinativa, sem efeito vinculante, traduzindo-se em uma opinião jurídica que não possui força normativa seja o tema de que se esteja a tratar.

Contudo, é inevitável concluir não ser possível uma irresponsabilidade absoluta do parecerista, e tal foi salientado ao longo do texto. Neste ponto, casos existem em que pode ficar comprovado o atuar com dolo ou erro inescusável, quando então mostra-se possível imputar-se ao advogado, modo solidário, a responsabilização civil, e igualmente as sanções administrativas pertinentes. Nestas hipóteses. Somente.

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 5.

## 10. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Thiago Cássio D'Ávila. **Conceito e características da advocacia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8324>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa.** Coimbra: Almedina, 2011.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards.** Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, v. 7, n. 27, out./dez, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31797>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **O advogado parecerista e a Lei de Improbidade Administrativa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1018, 15 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8252>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

OMMATI, Fides Angélica. **Advocacia pública - algumas reflexões.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2111>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

