



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

THIAGO SIMÕES LACERDA

**RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO PELA
EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO**

VITÓRIA
2012



THIAGO SIMÕES LACERDA

**RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO PELA
EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito da Universidade Federal do Espírito
Santo como requisito para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo.

VITÓRIA

2012

THIAGO SIMÕES LACERDA

**RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO PELA EMISSÃO
DE PARECER JURÍDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Dauray Cesar Fabríz
Universidade Federal do Espírito Santo

Profa. Ms. Katharine Maia dos Santos

RESUMO

O núcleo do texto é a responsabilidade do advogado de Estado na função consultiva. Todavia, não se limita a estudar apenas isso, procurando tratar do tema na abrangência de assuntos que o envolve. Para tanto, utiliza o método dedutivo. Primeiro, trata da importância e das funções do profissional, bem como do regime jurídico duplo a que se submete. Em seguida, especifica a função consultiva, enfatizando seu papel no controle de legalidade e realização dos primados democráticos. Depois, examina o parecer jurídico, peça consultiva por excelência, em sua natureza, definição, classificação e estrutura formal. Por fim, tendo por base as premissas anteriormente desenvolvidas, estuda a responsabilidade do advogado de Estado pela emissão do parecer jurídico. Nesse intento, descreve elementos teóricos e normativos; estuda, especialmente, quatro critérios (*standards*) para a responsabilização: dolo, erro evidente e inescusável, condicionantes de cautela e pluralidade de ideias; comenta aspectos divergentes nos dois últimos principais julgados; e analisa a competência para aferir a responsabilidade. O estudo serve-se de três principais decisões do STF no assunto, todavia a elas não se restringe, nem as exaure, limitando-se a fazer apontamentos da recente construção jurisprudencial no desenvolvimento do trabalho.

Palavras-chave: Advogado de Estado. Consultoria. Parecer. Responsabilidade. Critérios. Dolo. Erro. Prática. Interpretação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 O ADVOGADO DE ESTADO	9
2.1 REGIME JURÍDICO DO ADVOGADO DE ESTADO.....	11
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA DE ESTADO.....	14
2.3 ATRIBUIÇÕES DO ADVOGADO DE ESTADO.....	18
3 CONSULTORIA JURÍDICA DE ESTADO	22
4 O PARECER JURÍDICO	28
4.1 NATUREZA JURÍDICA.....	28
4.2 CONCEITO.....	33
4.3 CLASSIFICAÇÃO.....	35
4.4 ESTRUTURA FORMAL.....	40
5 RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO	
5.1 ELEMENTOS DE TEORIA DO ESTADO.....	47
5.2 ELEMENTOS NORMATIVOS.....	49
5.3 RESPONSABILIDADE PELA INÉRCIA NA EMISSÃO DO PARECER.....	52
5.4 RESPONSABILIDADE PELA EMISSÃO DE PARECER.....	53
5.4.1 <i>PRIMEIRO CRITÉRIO: DOLO</i>	54
5.4.2 <i>SEGUNDO CRITÉRIO: ERRO EVIDENTE E INESCUSÁVEL</i>	56
5.4.3 <i>TERCEIRO CRITÉRIO: CONDICIONANTES DE CAUTELA</i>	59
5.4.4 <i>QUARTO CRITÉRIO: HETEROGENEIDADE DE IDEIAS</i>	62
5.4.5 <i>BREVE COMENTÁRIO AOS JULGADOS</i>	66
5.5 ÓRGÃO COMPETENTE.....	69
6 CONCLUSÕES	72
7 REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

A advocacia de Estado serve a sociedade, ao contrário do que dita o imaginário popular, segundo o qual “[...] o objetivo do advogado no processo não seria buscar a verdade, mas defender a qualquer custo os interesses de seus clientes, mesmo que, para isso, precise litigar de má-fé.”¹

A Constituição da República de 1988 (CR/88)² a qualificou como *função essencial à justiça* porque seu propósito não é apenas representação, assessoria e consultoria das entidades estatais. Essas são atribuições secundárias. Antes disso, sua finalidade precípua é a defesa da ordem jurídica³. Sem que se realize tal mandamento, o sucesso na defesa técnica ou na consulta é apenas aparente. O Advogado de Estado, em última instância, não busca paz com o gestor público, mas com o ordenamento jurídico.

Uma vez que o advogado de Estado é sujeito de realização da justiça no Estado Democrático de Direito, merece necessária *independência funcional* para prática de seus atos próprios perante os Poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e outros órgãos constitucionalmente autônomos. Segundo Paulo Lôbo⁴,

A independência é um dos mais caros pressupostos da advocacia. Sem ela, não há rigorosamente advocacia... A independência do advogado não se limita a sua atividade judicial; é também essencial à atividade extrajudicial de consultoria e assessoria, assim como importante fator de preservação do Estado de Direito, do governo submetido a leis, da contenção do abuso de autoridade e da limitação do poder econômico, porque foi instituída no interesse de todos os cidadãos, da sociedade e do próprio Estado. [...]

Nesse quadro, o tema da responsabilidade do advogado de Estado parecerista assume relevância, eis que intrinsecamente ligado ao primado da independência. Através da ótica da preciosa lição de Paulo Lôbo, pode-se concluir que tanto a

¹ AGUIAR, A. M. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, J.C.; SOUZA, L. M. (Coor.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 54.

² BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado**, 1988.

³ *Ibid.*, p. 58.

⁴ LÔBO, P. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

responsabilização não criteriosa quanto a *irresponsabilidade absoluta* do advogado violam a independência da função. São extremos a serem repudiados.

Por assim dizer, a *responsabilização desmedida* inibe e amesquinha a função advocatícia que serve ao Estado de Direito; e a *irresponsabilidade absoluta* diminui o Estado de Direito que dá sentido à função. Nos dois casos, a coerência do sistema jurídico é comprometida e o vetor democrático é menosprezado.

Este trabalho procurou delinear o amplo espaço existente entre esses dois extremos. Com atenção à abrangência do tema, adotou-se o método dedutivo, análise que parte do geral para o específico.

Primeiro, tratou-se da importância e das funções do profissional, bem como do regime jurídico duplo a que se submete. Em seguida, especificou-se a função consultiva, enfatizando seu papel no controle de legalidade e realização do princípio democrático. Depois, examinou-se o parecer jurídico em sua natureza, definição, classificação e estrutura formal. Por fim, expô-se a lição de José Vicente Mendonça, autor que sistematiza a responsabilidade do parecerista em quatro critérios (ou *standards*).

Segundo esses critérios, a serem desenvolvidos em capítulo próprio, o advogado de Estado na emissão de parecer será pessoalmente responsável se (i) agir com *dolo*, ou (ii) por *erro evidente e inescusável*, e (iii) se *não adotar os condicionantes reais de cautela*, (iv) devendo-se considerar, nos critérios anteriores, a *necessidade de heterogeneidade de opiniões jurídicas*, o que exige *interpretação restritiva dos conceitos*.

Tal síntese é resultado de observação prática e organização doutrinária e jurisprudencial. Especialmente quanto aos dois últimos critérios, é abordagem inovadora, já que os publicistas não costumam se ater detalhadamente ao estudo da *aferição* da responsabilidade, limitando-se, geralmente, a analisar as *hipóteses* em que esta é possível. Fala-se mais nas hipóteses de dolo e culpa, porém pouco em parâmetros para aferir esses conceitos.

Por último, importa dizer que este estudo observa três principais julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) no assunto: Mandado de Segurança nº 24.073-3 – Distrito

Federal (MS 24.073/DF)⁵; Mandado de Segurança nº 24.584-1 – Distrito Federal (MS 24.584/DF)⁶ e Mandado de Segurança nº 24.631-6 – Distrito Federal (MS 24.631/DF)⁷.
Todavia, não se restringe a elas, nem as exaure, limitando-se a fazer apontamentos da recente construção jurisprudencial no desenvolvimento do trabalho.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concessão da segurança. Mandado de Segurança nº 24.073-3 – Distrito Federal. Rui Berford Dias e outros e Tribunal de Contas da União. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, Brasília, 06 nov. 2002. **Diário de Justiça nr. 211**, Brasília, p. 15, out. 2003.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Denegou a segurança. Mandado de Segurança nº 24.584-1 – Distrito Federal. Ildete Dos Santos Pinto e outros e Tribunal de Contas da União. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, 09 ago. 2007. **Diário de Justiça nr. 112**, Brasília, jun. 2008.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferiu a ordem. Mandado de Segurança nº 24.631-6 – Distrito Federal. Sebastião Gilberto Mota Tavares e Tribunal de Contas da União. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, Brasília, 09 ago. 2007. **Diário de Justiça nr. 018**, Brasília, fev. 2008.

2 O ADVOGADO DE ESTADO

Como se sabe, a função jurisdicional é exercida por provocação. Em razão de sua inércia, o Poder Judiciário não possui iniciativa própria. Dessa forma, são necessários que outros órgãos e pessoas movimentem a máquina judiciária, a fim de que cumpra suas funções institucionais.

Nesse sentido, a CR/88, inovando em relação às Cartas Políticas anteriores, prevê o Capítulo IV do Título IV “Funções Essenciais à Justiça”, o qual, nas palavras de Gonet Branco:

[...] cuida dos sujeitos que, conquanto estranhos à estrutura do Judiciário, são imprescindíveis para que este Poder se desincumba da sua missão constitucional. Esses sujeitos são o Ministério Público, os Advogados – públicos e particulares – e a Defensoria Pública.⁸

O regramento constitucional do advogado, visivelmente, não é tão detalhado quanto o do membro do Ministério Público. Todavia, essa topografia textual não pode ser mal interpretada. Não se trata de uma “[...] valoração diferente da relevância dos entes [...] Todos, dentro das suas peculiaridades, são fundamentais para a realização da Justiça.”⁹

Em outras palavras, a função do advogado público é tão essencial à justiça quanto à do membro do Ministério Público. Tanto é que Moreira Neto releva, em didática observação, a natureza primordialmente advocatícia de todas essas funções, que se distinguem de acordo com preponderância dos sujeitos que tutelam: o Ministério Público exerce *advocacia da sociedade*; os Advogados de Estado, a *advocacia das entidades públicas*; a Defensoria Pública, *advocacia dos hipossuficientes*.¹⁰

Alerte-se que o advogado não faz *apenas* o Judiciário funcionar. Paulo Lopo Saraiva, em artigo no qual defende a tetradimensionalidade do Direito (fato, valor, norma e

⁸ BRANCO, P.G.G. Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública – Funções Essenciais à Justiça. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009. p. 1037.

⁹ Ibid., p. 1044.

¹⁰ MOREIRA NETO, D. F. A responsabilidade do advogado de Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Vol. 63, 31 dez. 2008. Disponível em: <http://www.pge.proderj.rj.gov.br/sumario_rev63.asp>. Acesso em: 16 mai. 2012.

justiça), clarifica ainda mais a importância da função. Nas palavras do consagrado constitucionalista:

Em verdade, não se deve confundir justiça valor com Poder Judiciário. A Justiça é a ratio ultima do Direito. O Judiciário congrega a ordem dos magistrados. O texto constitucional vigente é muito claro nesse aspecto.

Quando o art. 133 da Constituição Federal estatui que o Advogado é indispensável à administração da justiça, está tratando da justiça como dimensão do direito e não como Poder Judiciário. De igual modo, a Lei Maior refere-se às funções essenciais à justiça – novamente justiça como valor e não Poder Judiciário. O Ministério Público, verbi gratia, é essencial à justiça-valor e à função jurisdicional do Estado (art. 127 da Constituição Federal), do mesmo modo que a Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal).¹¹

Assim, o advogado coopera para a realização do próprio sentido e direção do fenômeno jurídico, eis que “a justiça é dimensão teleológica do direito [...]”¹². A Advocacia Pública (arts. 131 e 132 da CR/88), junto às outras procuraturas constitucionais, é também duplamente primordial: essencial à justiça-valor e essencial à função jurisdicional do Estado. Promove a justiça e provoca o Judiciário.

Observa-se que a nomenclatura utilizada no texto constitucional não é rigorosamente precisa. O acréscimo da expressão “advocacia pública” pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, em substituição ao nome “Da Advocacia-Geral da União” (apesar de elogiável porque passou a abranger os outros entes federativos) não designa com exatidão a atividade.

Nesse trabalho, adota-se a terminologia utilizada por Moreira Neto: *Advogado de Estado*. Para o autor, a designação “advogado público” é equivocada, já que o “defensor público”, advogado dos hipossuficientes, é também, etimologicamente, um advogado público - sua função é diretamente dirigida ao povo.¹³ Dessa forma, a rigor, a Advocacia Pública *engloba* a Advocacia de Estado.

Por óbvio, a designação Advogado de Estado não se confunde com o Advogado de Estado-membro, procurador que se restringe à defesa de um único ente federado.

¹¹ SARAIVA, P. L. A Tetradimensionalidade do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília ano 38, n. 153, p. 67-77, jan./mar. 2002.

¹² *Ibidem*, p. 76.

¹³ MOREIRA NETO, 2008, p. 1.

2.1 REGIME JURÍDICO DO ADVOGADO DE ESTADO

Advogado de Estado é “[...] aquele que trabalha sob regime estatutário para a União, para os Estados, para o Distrito Federal e para as autarquias”¹⁴.

Assim dispõe o texto constitucional, em relação à União e aos Estados:

Seção ||¹⁵
 DA ADVOCACIA PÚBLICA
 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A **Advocacia-Geral da União** é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, **representa a União**, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, **nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento**, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[...]

Art. 132. Os **Procuradores dos Estados e do Distrito Federal**, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a **representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Torres faz um importante registro histórico, que mostra o avanço da CR/88:

Esse dispositivo encerra uma novidade da Carta Constitucional de 1988. No ordenamento anterior, a representação judicial da União era exercida pelo Ministério Público, o que gerava distorções, pois um mesmo órgão exercia funções de *custos legis* e de Advocacia de Estado. [...]¹⁶

Como está vinculado a pessoa jurídica de direito público, o Advogado de Estado tem sua relação profissional regrada por lei própria, isto é, por estatuto, e não por contrato de trabalho, sendo, por isso, sujeito a *regime estatutário*, como os demais servidores públicos. É detentor de cargo público, e não emprego público. É servidor, e não

¹⁴ DI PIETRO, 2008, apud AMORIM, G. H. P. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (orgs.). **Leituras complementares de Direito Administrativo: advocacia pública**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 321-350.

¹⁵ BRASIL, 1988.

¹⁶ TORRES, R.C.L. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, J.C.; SOUZA, L. M. (Coor.), 2009. p. 144.

empregado. Tanto é assim que o procurador não precisa apresentar procuração para atuar em nome do ente público de que é integrante, porque sua representação é estabelecida na própria lei que cria o cargo. Em verdade o procurador não representa, mas faz o órgão *presente* em juízo.¹⁷

Observe-se que o art. 131 da CR/88 fala expressamente da “*lei complementar* que dispuser sobre [...] organização e funcionamento” da Advocacia-Geral da União (AGU). No particular da AGU, a carreira é regulada pela Lei Complementar nº 73/93 (LC nº 73)¹⁸, combinada com a Lei nº 8.112/90¹⁹. Já quanto aos Estados, por exemplo, a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo é regulada Lei Complementar nº 88/96²⁰.

Ocorre que, diferente dos servidores públicos comuns, o Advogado de Estado, que possui função qualificada²¹, função essencial à justiça, tem *vínculo paralelo* com a Lei nº 8.906/94²². É o que se depreende do art. 3º, §1º da lei:

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. [...] (grifo nosso)

Nesse sentido, a recente e pioneira Orientação Normativa nº 01, de 21 de junho de 2011, do Corregedor-Geral da AGU, dispôs:

É OBRIGATÓRIA A INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, POR TODOS OS ADVOGADOS DA UNIÃO, PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL, PROCURADORES FEDERAIS E INTEGRANTES DO QUADRO SUPLEMENTAR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, DE QUE TRATA O ART. 46 DA

¹⁷ CUNHA, L.C.C. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2011. p. 20-21.

¹⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, 11 fev. 1993.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário oficial da União**, Brasília, 18 abr. 1991.

²⁰ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar Nº 88. Moderniza e reorganiza a Procuradoria Geral do Estado e dá outras providências. Palácio Anchieta, Vitória, 26 dez. 1996.

²¹ AMORIM, p. 321. *In*: BOLZAN; MARINELA, 2010.

²² BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário oficial da União**, Brasília, 5 jul. 1994.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.229-43, DE 6 DE SETEMBRO DE 2001, PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA INSTITUIÇÃO.

[...] ²³

Assim, ocorre a singular situação jurídica de que o advogado submete-se a regime *híbrido*. Apesar de opinião em sentido contrário²⁴, essa é a posição que foi acolhida pela Advocacia-Geral da União, na mesma linha da doutrina de Di Pietro²⁵.

Da mesma forma, definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.652-6/DF²⁶, em que se deu interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, à parte inicial do art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil. Tal ação direta de inconstitucionalidade protestou contra entendimento que restringe a multa de 20% a advogados de entidades públicas. No julgamento, decidiu-se pela interpretação de excluir todos os advogados, públicos e privados, da multa prevista no dispositivo.

Conforme apontou o Relator Min. Maurício Corrêa em seu voto, o regime jurídico híbrido é um dos fundamentos dessa decisão:

[...] 2. Com efeito, seria mesmo um absurdo concluir que o legislador tenha pretendido excluir da ressalva os advogados sujeitos a outros regimes jurídicos, além daquele instituído pelo Estatuto da OAB, como ocorre, por exemplo, com os profissionais da advocacia que a exercem na condição de servidores públicos. Embora submetidos a legislação específica que regula tal exercício, também devem observância ao regime próprio do ente público contratante. Nem por isso, entretanto, deixam de gozar das prerrogativas, direitos e deveres dos advogados, *estando sujeitos à disciplina própria da profissão (Estatuto da OAB, artigos 3º, §1º e 18)*.

[...]

5. [...] *No exercício das funções próprias da advocacia, inexistente diferenciação entre uns e outros, ao menos suficiente para justificar o discrimen.*”

[grifo nosso]

Segue o mesmo raciocínio o Min. Joaquim Barbosa, relator do MS 24.631/DF: “[...] entendo que a Advocacia Pública, a rigor, se submete a regime diferenciado, que

²³ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Corregedor-Geral da Advocacia da União. Orientação Normativa nº 01. Dispõe sobre a inscrição obrigatória na OAB, dos membros das carreiras jurídicas que especifica, e sobre a apuração de falta funcional. **Boletim de Serviço nº 25**, 24 jun. 2011.

²⁴ AVELAR, 2008, apud AMORIM, p. 323. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

²⁵ DI PIETRO, 1995, apud AMORIM, p. 323. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgada procedente a ação. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2652 / DF. ANAPE e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, Brasília, 08 mai. 2003. **Diário de Justiça nr. 221**, Brasília, p. 12, nov. 2003.

mescla características do regime jurídico dessa profissão liberal com as do regime dos servidores a que se submete os advogados públicos”²⁷

Moreira Neto também pontuou que o Advogado de Estado:

[...] se remete a um *duplo sistema estatutário*, ambos de adesão voluntária, em que são previstos controles sobre seus atos profissionais [...]: (1) por um sistema geral a cargo de seus pares, através dos órgãos corporativos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil, e (2) por um sistema especial, também a cargo de seus pares, através de órgãos corporativos competentes da Procuradoria ou Advocacia de Estado do respectivo ente estatal a que sirvam.²⁸

Por certo, esse sistema duplo, que submete o Advogado de Estado a seus pares, repercute no assunto da responsabilidade por emissão de parecer jurídico. Diogo de Figueiredo explica que dessa remissão dupla decorre *dupla presunção*: presunção de juridicidade do comportamento profissional e presunção de juridicidade dos atos de ofício.²⁹

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA DE ESTADO

O tema da responsabilidade do advogado de Estado não é absolutamente novo, já que autores como Aguiar Dias e Garcez Neto tratavam do tema sob a perspectiva civilista.³⁰

Todavia, não se pode negar que a advocacia de Estado, função essencial à justiça, ganhou especial relevo na Constituição da República de 1988, de modo que as transformações institucionais refletiram em novas concepções acerca do tema.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, fev. 2008.

²⁸ MOREIRA NETO, 2008, p. 12.

²⁹ Ibidem, p. 10.

³⁰ Ibidem, p. 4.

Além do giro de importância do Advogado de Estado no texto constitucional, há que se considerar também o predomínio, desde sua promulgação, da ideologia *neoconstitucionalista*.

Na linguagem de Humberto Ávila³¹, tal movimento trouxe mudanças normativas (“da regra ao princípio”), metodológicas (“da subsunção à ponderação”), axiológicas (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacionais (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”).

No ponto que interessa a este tópico, o fundamento normativo, Daniel Sarmento comenta:

[...] nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc.³²

Dessa forma, tanto pelo especial tratamento dado à função, quanto pela inegável importância dos princípios na aplicação e interpretação das regras relacionadas à advocacia de Estado, não podemos deixar de analisar qualquer assunto Constitucional sem a luz dos princípios setoriais e gerais relacionados a ele.

Moreira Neto sistematizou os seguintes princípios constitucionais informativos da Advocacia de Estado: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

Primeiro, a *essencialidade* decorre do próprio nome dado pelo constituinte ao Capítulo do texto constitucional. É uma característica própria e patente das funções de Advogado de Estado,

³¹ ÁVILA, H. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: jan. 2012. p. 3.

³² SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

[...] que não podem deixar de existir com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.³³

Segundo, a *institucionalidade* é também evidente no texto constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).

A *igualdade* decorre no fato de que o constituinte não estabeleceu qualquer hierarquia entre Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia-Geral da União e Procuradorias; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

Esse ponto, aliás, é o que justifica o pleito dos membros da AGU quanto à unificação dos benefícios de carreira com o Ministério Público Federal, órgão de igual autonomia, relevância constitucional e patamar federativo que, todavia, possui atualmente mais prerrogativas que a AGU.

Também em razão da autonomia dos entes federativos³⁴, esse um dos vetores que justificam a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2012 (antiga PEC 153)³⁵, atualmente em tramitação no Senado Federal.

O princípio da *unidade* é a inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura. É princípio explícito para o Ministério Público (art. 127, § 1º da CR/88) e para a AGU, em razão da menção à “Advocacia Geral da União” (art. 131, §2º), e princípio implícito para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal, da Defensoria Pública, com atuação regulada pelos arts. 132 e 134.

³³ MOREIRA NETO, 2008, p. 2.

³⁴ Note-se que, apesar de tal lapso do legislador constituinte, o Código de Processo Civil não se olvidou em regulamentar todos os entes federativos, como se lê em seu art. 12: Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o **Município**, por seu Prefeito ou procurador.

³⁵ Assim ementada: “altera a redação do art. 132 da Constituição Federal, para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho”.

O princípio da *organicidade unipessoal* define que cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, de natureza institucional própria. Tal fato decorre da condição de advogado tal como estabelecida no art. 133 da CR/88. Para parte da doutrina, que inclui Moreira Neto, a adoção da teoria do órgão (a vontade do órgão público é *imputada* à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence³⁶) leva a uma identificação do agente com o próprio órgão. Para outra parcela, os “[...] advogados de Estado [...] não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos [...]”³⁷

Embora haja divergência quanto ao reconhecimento dos agentes públicos como órgãos individuais, certo é que se adotou a *teoria da imputação volitiva*, como definida acima por Carvalho Filho *supra*, afastando-se as teorias do mandato e da representação. Assim, pacificamente, os agentes públicos não são mais considerados mandatários, nem representantes do Estado.

O princípio da *independência funcional* diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado.

Também, há o princípio da inviolabilidade. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, “nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro modo, o agente nelas investido.”³⁸

Tal noção de inviolabilidade, singularmente empregada por Moreira Neto, tem previsão genérica no art. 135 da CR/88, que trata da remuneração do servidor. Observa, também, que há garantias específicas de vitaliciedade e inamovibilidade para os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. A previsão semelhante para os membros das demais funções essenciais à justiça é, como visto *supra*, também uma exigência do princípio da igualdade.

O princípio da *autonomia administrativa* “consiste na outorga [...] da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar”³⁹. Assim, na atividade-meio, as procuraturas constitucionais ditam sua própria atuação,

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

³⁷ AMORIM, p. 323. *In*: BOLZAN; MARINELA, 2010.

³⁸ MOREIRA NETO, loc. cit.

³⁹ MOREIRA NETO, loc. cit.

mesmo contra os interesses dos outros Poderes. É princípio explícito para o Ministério Público (art. 127, §2º da CF) e implícito para os demais.

Observe-se que tal autonomia é condição imprescindível para a realização dos demais princípios. Uma vinculação nos meios seria um bloqueio direto a independência e igualdade das instituições.

Por fim, o princípio da *autonomia de impulso*, que

[...] preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes fora respectivamente confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização [...] e de atividades postulatórias [...]⁴⁰

Em outras palavras, esse é o princípio que permite a movimentação imediata de todos os outros na direção da realização dos objetivos normativos dos Advogados de Estado.

2.3. ATRIBUIÇÕES DO ADVOGADO DE ESTADO

É importante lembrar que o advogado, seja de particulares, seja de entidades públicas, faz mais do que ser mandatário em juízo. Trata-se, na verdade, de profissional legalmente para representar e *orientar* seus clientes judicial e *extrajudicialmente*.⁴¹ O advogado defende os interesses de seu cliente tanto *no* processo quanto *fora* dele. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁴² estabelece: “Art. 1º - São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.”

⁴⁰ MOREIRA NETO, loc. cit.

⁴¹ AMORIM, p. 324. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁴² BRASIL, 1994.

O mesmo ocorre com os advogados de Estado, que também se sujeitam ao regime do Estatuto, como visto. Sua competência não se restringe a representar judicialmente o ente público de que é procurador e servidor integrante (função contenciosa). Engloba, também, a função de orientação à Administração Pública, ao Poder Executivo, antes mesmo da instauração de qualquer ação judicial (função consultiva).

Moreira Neto ensina que as funções constitucionais do Advogado de Estado, definidas nos arts. 131 e 132 da CR/88 constituem *atos próprios* ou *tipificados* do Advogado de Estado. Em transcrição, com nosso grifo:

Seção II⁴³
DA ADVOCACIA PÚBLICA
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A **Advocacia-Geral da União** é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as **atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo**.

[...]

Art. 132. Os **Procuradores dos Estados e do Distrito Federal**, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a **representação judicial e a consultoria jurídica** das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Assim resume o autor, quanto ao art. 131:

1º - a *representação judicial* da União – exercida por atos processuais de representação das pessoas jurídicas de direito público federais;
2º - a *representação extrajudicial* da União – exercida por atos negociais de natureza pública e privada;
3º - a *consultoria* do Poder Executivo – exercida por atos opinativos e;
4º - o *assessoramento jurídico* do Poder Executivo – exercido por atos de assistência técnica em matéria jurídica.⁴⁴

Note-se que a redação atual do art. 132 confere ligeira diferença para as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, cujas funções tipificadas são apenas a de representação judicial e de consultoria jurídica. Caso a PEC nº 17, de 2012, mencionada *supra*, seja aprovada na redação inicial, tal característica se

⁴³ BRASIL, 1988.

⁴⁴ MOREIRA NETO, 2008, p. 9.

manterá intacta, de modo que as Procuradorias dos Municípios seguirão a mesma linha.

Por derradeiro, Moreira Neto lembra que não se afasta a possibilidade de as fontes infraconstitucionais lhes cometerem outras funções, desde que as mesmas não retirem dos procuradores a necessária independência de atuação. Ressalta que tais funções não seriam próprias, como definido acima, mas *impróprias*, eis que não corresponderiam à atividade-fim da procuratura constitucional.⁴⁵

Para detalhar o âmbito infraconstitucional federal, leia-se o que prescreve a LC nº 73⁴⁶, com nosso grifo:

[...]

Das Funções Institucionais

Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a **instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.**

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as **atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo**, nos termos desta Lei Complementar.

O Advogado-Geral da União, órgão chefe da instituição (art. 3º), nos termos da Lei Complementar, “é auxiliado por dois Secretários-Gerais: o de Contencioso e o de Consultoria.” (art. 2º, §4º).

Também, subordinam-se ao Advogado-Geral, dentre outros, a Procuradoria-Geral da União e a Consultoria-Geral da União, *órgãos de direção* responsáveis, respectivamente, pelas funções contenciosa e consultiva. Assim também dispõe a mesma LC nº 73:

Art. 9º - À Procuradoria-Geral da União, subordinada direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União, incumbe **representá-la, judicialmente**, nos termos e limites desta Lei Complementar.

[...]

Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu **assessoramento jurídico** ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição. [...]

O mesmo se repete para os *órgãos de execução* da AGU. Na função contenciosa estão, entre outros, as Procuradorias Regionais da União e as

⁴⁵ MOREIRA NETO, loc. cit.

⁴⁶ BRASIL, 1993.

Procuradorias da União nos Estados; na consultiva, a Consultoria Jurídica da União e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios (art. 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”, art. 11, §3º e art. 11, *caput* da LC nº 73).

3 CONSULTORIA JURÍDICA DE ESTADO

A advocacia de Estado se divide em duas funções típicas básicas: *contenciosa* (*judicial* e *extrajudicial*) e *consultiva* (*consultoria* e *assessoria*). Neste trabalho, será dado enfoque à função de *consultoria jurídica*.

Basicamente, a consultoria pública (sentido lato) responde a questionamentos da Administração Pública. Diante de uma dúvida do consulente, o órgão consultivo poderia fazer dois tipos de análise: (1) *análise de mérito*, pela qual se manifesta pelos critérios de conveniência e oportunidade da atuação administrativa; (2) *análise de legalidade*, pela qual se manifesta pelo critério de conformidade da atuação administrativa ao Direito.⁴⁷

Evidente que os advogados de Estado se incluem somente no segundo grupo. Afinal, são órgãos de consultoria *jurídica*, que se limitam a apreciar o *aspecto legal* da atuação do gestor público.

Ora, se pudessem apreciar o aspecto discricionário da atuação administrativa (em que há margem de liberdade para decidir dentro da moldura legal), advogados de Estado estariam se confundindo, em suas funções, com os administradores públicos.

É verdade que há uma zona cinzenta entre as análises de mérito e de legalidade, às vezes difícil de ser distinguida – é o que mostram, por exemplo, as aceras discussões sobre *a judicialização da política*, quanto ao controle judicial de políticas públicas. Com efeito, há situações aparentemente legais, as quais, no entanto, configuram verdadeiro abuso de direito por violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.⁴⁸

Essa discussão, todavia, não nega a importante influência da função consultiva sobre a atuação administrativa. Sem dúvida, o consultor jurídico exerce verdadeiro *controle da administração*.

Em termos simples:

[...] quando um agente público pergunta à consultoria jurídica se pode tomar determinada medida, ele não estará somente tirando uma dúvida [...] quanto à melhor posição a ser tomada no caso concreto. Ele estará também permitindo que o advogado público, ao aconselhar

⁴⁷ AMORIM, p. 325. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, 2010, p. 58.

a autoridade, evite que o gestor adote alguma conduta equivocada – ou seja, em desacordo com a lei.⁴⁹

O consultor, portanto, tem função especialmente importante, já que atua próximo ao gestor para coibir ilegalidades que inviabilizem a aplicação de políticas públicas conforme os princípios constitucionais da administração pública (art. 37 da CR/88⁵⁰). Emprestando-se o sentido original do termo “controle”, a função de consultor *corrige a rota* da atuação administrativa⁵¹

Lembre-se que a guarda da legalidade é *mais imperativa para o administrador público do que para o particular*. Isso porque, primeiro, segundo clássica definição de Hely Lopes Meirelles, o particular pode fazer o que não lhe é proibido, mas o gestor público só o que lhe é expressamente permitido. “A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”⁵². Dessa forma,

[...] Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que excede ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. [...] Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais.⁵³

Poder-se-ia afirmar, em contrário, que tal máxima de Hely Lopes Meirelles deve, atualmente, passar por uma releitura. Afinal, o princípio da juridicidade vincula a Administração ao próprio Direito, e não às regras estritamente legais:

[...] o princípio da legalidade, mesmo para o administrador, deve ser compreendido não como um limite intransponível, mas uma das referências na promoção do interesse público primário – que nem sempre coincide com a expressão literal da lei – a partir das normas e princípios constitucionais [...]”⁵⁴

Todavia, o fato de que “os trilhos da Administração não mais se limitam à lei *strictu sensu*”⁵⁵ não é idôneo para modificar este pensamento: a força da lei e, por

⁴⁹ AMORIM, p. 325. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁵⁰ No Capítulo VII “DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, Seção I “DISPOSIÇÕES GERAIS”: [...] 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** [...]

⁵¹ MOREIRA, J.B.G. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 401-402.

⁵² MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed atualizada (Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

⁵³ GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

⁵⁴ MOREIRA, 2005, p. 405.

⁵⁵ MOREIRA, 2005, p. 405.

conseqüência, o controle de legalidade, continua especialmente importante para a atuação administrativa.

Como é necessário assegurar segurança e *eficiência*⁵⁶, a atividade consultiva assume até mesmo uma face ativa de orientação jurídica. Conforme Torres desenvolve:

[...] Nessa atuação, o Advogado de Estado deve apresentar os caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria permite o desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral.⁵⁷

A Constituição assegura ao advogado de Estado mecanismos de independência e autonomia para responder consultas de forma a viabilizar a melhor atuação administrativa dentro da legalidade. Por isso, advogado de Estado não é advogado de Governo, ainda que atue em face deste. A burocracia deve contar com a necessária independência orgânica em face do Governo, servindo como instrumento de controle de legalidade⁵⁸. Os Governos são passageiros; a Consultoria é permanente. Moreira Neto comenta:

[...] Os Advogados de Estado têm investidura especial em cargos para tanto constitucionalmente diferenciados, não se tratando, por isso, de cargos administrativos, mas de cargos jurídicos próprios, tal como instituídos na própria Carta Magna, especificamente dirigidos ao desempenho das funções advocatícias públicas de promoção e controle de legalidade (aqui entendida em sua acepção mais ampla, de juridicidade).⁵⁹

O controle administrativo é corolário, no Poder Executivo, da clássica noção de Estado liberal de Direito, no qual o poder estatal é limitado, submisso ao império da lei; não está acima da Constituição⁶⁰, de maneira que a “[...] organização o Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais [...]”⁶¹. Por essa razão,

⁵⁶ MOREIRA, 2005, p. 402.

⁵⁷ TORRES, p. 151. In: GUEDES e SOUZA, 2009.

⁵⁸ TORRES, p. 141. In: GUEDES e SOUZA, 2009.

⁵⁹ MOREIRA NETO, 2008, p. 7.

⁶⁰ NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método. 2012. p. 39.

⁶¹ COELHO, I.M. Ordenamento jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, G. F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009. p. 1037.

deve ser controlado, função que é exercida pelo advogado de Estado, cargo próprio, especificamente dirigido para promoção e controle de legalidade.

Para acentuar a importância da função, importante dizer ainda que o controle da legalidade tem reflexos inegáveis na concretização dos direitos individuais dos particulares. O inciso II do art. 5º da CR/88 estatui que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”⁶²

Essa regra, todos sabem, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro exige lei ou ato equivalente, como é a medida provisória, para os comportamento estatais, pois *quaisquer desses comportamentos, por mínimos que sejam, podem alcançar o particular.*⁶³

Moreira Neto chega a dizer que o Advogado de Estado exerce função *delicada* em razão da “[...] dinâmica era pós-moderna [...] das cada vez mais intensas e complexas relações jurídicas entre cidadão e Estado.”⁶⁴ Assim, como sustentou o Secretário-Geral da OAB em sustentação oral no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um advogado forte significa um cidadão valorizado.⁶⁵

Nesse caminho, observa-se a evolução do Estado liberal para o Estado Democrático de Direito (com o qual Bonavides não distingue o Estado social)⁶⁶. A proximidade com a realização dos direitos individuais nos remete ao novo paradigma teórico que suplantou o ideal liberal burguês do passado:

[...] Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade.⁶⁷

Por isso, o consultor, ao contribuir para a maior efetividade dos direitos dos particulares em face do Estado, resumidos na realização do princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III da CR/88), participa da solução do que Bonavides chama

⁶² BRASIL, 1988.

⁶³ GASPARINI, 2012, p. 62, grifo nosso.

⁶⁴ MOREIRA NETO, 2008, p. 2.

⁶⁵ UNIÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS. F.V. **Boletim Informativo dos Advogados Públicos Federais**, Ano 1, nº 10, set. 2011.

⁶⁶ BONAVIDES apud MOREIRA, 2005, p. 137

⁶⁷ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

de “grande problema do momento constitucional brasileiro”: “aplicar a Constituição [...] concretizar o texto, introduzindo-lo na realidade nacional [...]”.⁶⁸

Além disso, a consultoria jurídica de Estado é atividade de controle *interno*, diferente do controle externo, realizado pelos Poderes Legislativo e Judiciário.⁶⁹

Também, trata-se de atividade de controle *exclusiva* do advogado de Estado, eis que a consultoria jurídica (pronunciamento sobre a legalidade de atos) é ato privativo de advogado (art. 1º, inciso II do Estatuto da OAB⁷⁰). Certamente,

[...] cabe à Advocacia Pública exercer com exclusividade o controle interno de legalidade dos atos da administração pública, posto que somente o advogado público tem a habilitação legal para o exercício de tal função pública, e, também, a obrigatoriedade na realização deste importante *múnus*, função essencial ao alcance da segurança jurídica da sociedade.⁷¹

Por tudo o que se leu, dizer que o advogado na função de consultoria deve ter maior *independência* que seus pares de função. O que está no contencioso é necessariamente parcial, porque responsável pela defesa técnica da entidade pública em juízo. Todavia, o advogado de consultoria “tem que ser imparcial como se fosse o próprio juiz”,⁷² já que não estará atuando na defesa da parte, mas na defesa da correta aplicação da lei segundo sua opinião profissional.

A produção da opinião jurídica é atividade de pesquisa nos campos da dogmática e interpretação jurídicas, o que envolve criatividade, inovação, inspiração e imaginação⁷³. Por certo,

[...] a atividade de consultoria jurídica não pode ser equiparada ao labor de um técnico, limitado à utilização das peças e ferramentas indicadas. A Ciência do Direito permite a criação de novos parâmetros e a construção de paradigmas capazes de demonstrar uma nova concepção do ordenamento sobre a relação jurídica em questão.⁷⁴

Portanto, negar isenção idônea ao consultor é sufocar a liberdade necessária para a produção de sua opinião. Sufocar a independência desconfigura a análise de

⁶⁸ BONAVIDES, 2009, p. 381.

⁶⁹ DI PIETRO, 1995, apud AMORIM, p. 326. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁷⁰ BRASIL, 1994.

⁷¹ MOURÃO, C.F. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, J.C.; SOUZA, L. M. (Coor.), 2009. p. 130.

⁷² AMORIM, p. 326. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁷³ TORRES, p. 152. In: GUEDES, J.C.; SOUZA, L. M., 2009.

⁷⁴ TORRES, op. cit., p. 153.

legalidade do caso concreto, dando lugar a uma mera reprodução de opiniões anteriores. Desmerece a instituição, diminui o Estado de Direito e desconsidera o cidadão. Enfim, tal quadro seria alarmante:

A quebra dessa autonomia compromete o próprio exercício da advocacia. A independência é um dos seus mais caros pressupostos, servindo à preservação do Estado de Direito [...] Retirando-se a autonomia do Advogado de Estado, em relação à autoridade consulente, haverá comprometimento do controle, o que é prejudicial à sociedade. Por outro lado, suprimida tal autonomia do parecerista, em relação a terceiros (mesmo que sejam outros órgãos públicos de controle), restará comprometida a função de aperfeiçoamento da ordem jurídica. Esse comprometimento acaba por apequenar a Advocacia de Estado [...]⁷⁵

No capítulo seguinte, será estudada a principal peça por meio da qual o advogado exerce sua função consultiva: o *parecer jurídico*.

4 O PARECER JURÍDICO

⁷⁵ TORRES, op. cit., p. 152.

Segundo definição de Hely, parecer é a manifestação de órgão técnico sobre assuntos submetidos à sua apreciação.⁷⁶

O parecer jurídico é a peça consultiva por excelência. É o principal instrumento pelo qual o advogado, público ou privado, manifesta opinião jurídica acerca de questionamento a ele encaminhado.

No âmbito federal, segundo o art. 3º da Portaria AGU nº 1.399/2009, que dispõe acerca de aspectos formais das manifestações jurídicas confeccionadas pelos diversos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União:

[...] O parecer deverá ser elaborado como resultado de estudos e análises jurídicas de natureza complexa que exijam aprofundamento, como também para responder consultas que exijam a demonstração do raciocínio jurídico e o seu desenvolvimento. [...]⁷⁷

4.1 NATUREZA JURÍDICA

Segundo Gasparini, o parecer é *fórmula* pela qual o ato administrativo é exteriorizado. Ou seja, é forma de exteriorização do ato. É *instrumento* de apresentação. Em suas palavras:

Os atos administrativos são exteriorizados por fórmulas, ou seja, por *decreto, portaria, alvará, aviso, circular, ordem de serviço, resolução, ofício, instrução, despacho e parecer*. Essas fórmulas, ou meios, não são atos, mas tão somente seus veículos. Assim, o decreto não se confunde com o ato que transporta, do mesmo modo que o mandato não se confunde com a procuração, nem a escritura com o contrato. [...] ‘não são em si mesmos, substâncias, conteúdos, mas continentes’.⁷⁸

De acordo com o referido autor, o fato de o parecer ser apenas opinativo não significa que não seja ato administrativo. “Ademais, como classificá-lo, senão como ato

⁷⁶ MEIRELLES, 2009, P. 196

⁷⁷ ADOGADO-GERAL DA UNIÃO INTERINO. Portaria Nº 1.399, de 5 de outubro de 2009. Dispõe sobre as manifestações jurídicas dos órgãos de direção superior e de execução da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. **Diário Oficial da União – Eletrônico**, Seção 1, p. 36-37.

⁷⁸ GASPARINI, 2012, p. 140.

administrativo?”, afirma em pergunta retórica⁷⁹. Dessa forma, para Gasparini, parecer é ato administrativo – mais exatamente, fórmula de exteriorização do mesmo.

Todavia, esse não é o entendimento majoritário da doutrina. Segundo Torres, seguindo a doutrina de Souto, “[...] sendo opinativa, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo, apenas, ser usada como elemento de fundamentação do ato administrativo posteriormente praticado.”⁸⁰

No mesmo sentido, manifesta-se Amorim:

“[...] o parecer, em si, não constitui um ato decisório da Administração Pública. Aliás, ele sequer configura uma manifestação da vontade estatal. Ele constitui apenas uma opinião interna de um técnico do Estado. E ainda que tenha servido de base para uma decisão administrativa, com ela não se confunde. [...] São distintos, portanto, os dois atos: o *parecer* (que é mera opinião do técnico) e o *ato administrativo* que é ato da autoridade que acolhe as conclusões do parecerista.”⁸¹

Dessa forma, parte da doutrina entende que o parecer não pode ser considerado ato administrativo propriamente dito porque não constitui declaração de vontade da Administração, elemento essencial do conceito de ato administrativo.

Com efeito, para Carvalho Filho, três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo: (1) *vontade* que emane de agente público; (2) conteúdo que produza efeitos com fim público; (3) regência dos atos pelo direito público.⁸²

Dessa forma, se o parecer não é manifestação de vontade, mas mera opinião dirigida a autoridade que decide, não pode ser considerado ato administrativo. Segundo Carvalho Filho, o parecer pode integrar o processo de formação do ato, no caso do parecer obrigatório, mas não pode ser considerado o próprio ato. Em situações normais,

“[...] o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova e o rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.”⁸³

⁷⁹ Idem, 2012, p. 144.

⁸⁰ TORRES, p. 156. In: GUEDES; SOUZA, 2009.

⁸¹ AMORIM, p. 327, grifo nosso.. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁸² CARVALHO FILHO, 2010, p. 109.

⁸³ CARVALHO FILHO, 2010, p. 152.

Dessa forma, considerar o parecer um ato administrativo é *confundir quem decide (o gestor público) com quem opina (o advogado de Estado)*.

Na mesma linha, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguiu o Min. Herman Benjamin, para quem o parecer não configura ato administrativo⁸⁴. Também julgou o Min. João Otávio de Noronha, decidindo que, em razão de o parecer não ser ato decisório, não pode ser objeto de mandado de segurança, conforme a emenda:

Processual Civil. Mandado de Segurança. Cabimento. Resposta à Consulta.

1. Incabível mandado de segurança contra parecer ou resposta à consulta formulada.
2. O ato, por ser meramente opinativo, sem natureza decisória ou de excoutoriedade, não comporta a impetração de mandamus.
3. Recurso sem provimento.⁸⁵

Já o STF tratou o tema de forma mais rica no MS 24.073/DF⁸⁶, mencionando, inclusive, a doutrina clássica e a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública *não é ato administrativo*. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução ex officio da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou: 'Pareceres - Pareceres administrativo são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.' (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 26a. ed., Malheiros Ed., pág. 185). Celso Antônio Bandeira de Mello não obstante classificar os pareceres como atos administrativos de administração consultiva, deixa expresso, entretanto, que visam eles 'a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa' (Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Curso de de Direito Administrativo', Malheiros Ed., 13a. ed., 2001, pág. 377). É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão 'informar, elucidar,

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Deu provimento ao Agravo Regimental. Agravo Regimental no Agravo Agravo 1297921/MS. Cleberson Wainner Poli Silva e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, 15 maio 2012, **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 maio 2012.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Negou provimento ao Recurso Especial. REsp 73940/RS. Baldo S/A Comércio Indústria e Exportação e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, 20 fev 2002, **Diário de Justiça**, 24 março 2003, p. 164.

⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2003, grifo nosso.

sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.'

Por fim, diga-se que o parecer não pode ser impugnado por recurso administrativo ou judicial, como o mandado de segurança, entendimento que é acolhido até mesmo por Gasparini, em razão de o parecer não “declarar [...] certificar, criar, alterar, transferir ou extinguir direitos e obrigações.”⁸⁷

Se não é ato administrativo, a seguir se verá em qual espécie de ato praticado pela Administração (ou ato da Administração) o parecer se encaixa. Carvalho Filho distingue o ato administrativo das figuras com as quais ele pode produzir alguma confusão: 1) *atos administrativos*; 2) *atos privados*; 3) *atos enunciativos*.⁸⁸

Os *atos administrativos*, também denominados atos materiais, não são considerados pela produção de efeitos jurídicos – este é o caso dos *atos jurídicos*. Em vez disso, tem o sentido de atividade material que produz *efeitos práticos* para a Administração. São exemplos a apreensão de mercadorias, a dispersão de manifestantes, a requisição de bens ou serviços privados etc.⁸⁹

O fato administrativo é um evento que altera a dinâmica da Administração. Por isso, trata-se de conceito mais abrangente que o fato jurídico. O fato administrativo engloba os fatos jurídicos.

Já os *atos privados*, embora atos da Administração, são produzidos sob regime de direito privado - o que os diferencia dos atos administrativos, produzidos sob regime de direito público. São exemplos os contratos de compra e venda e de locação.⁹⁰

O autor também ressalta que atos administrativos podem ser produzidos por agentes de entidades não integrantes da estrutura da Administração Pública, como ocorre com certos atos praticados por particulares concessionários e permissionários de serviços públicos⁹¹. Enquanto que os atos da administração, por definição, devem ser produzidos por agente da Administração Pública.

⁸⁷ GASPARINI, 2012, p. 144.

⁸⁸ CARVALHO FILHO, 2010, p. 105.

⁸⁹ Idem, 2010, p. 105.

⁹⁰ CARVALHO FILHO, 2010, p. 106.

⁹¹ Idem, 2010, p. 107.

Por fim, os *atos enunciativos* são atos da Administração que emitem *juízos de valor*, a serem acatados ou não por outros atos decisórios⁹². Gustavo⁹³, lembrando a definição de Meirelles, inclui também os atos que, mesmo sem emitir juízo de valor, “[...] se limitam a certificar ou atestar um fato [...]”, como uma certidão de tempo de serviço de agente público.

Os atos enunciativos, consubstanciados em juízos de valor, por dependerem de outros atos administrativos dos quais serve de subsídio, são considerados *atos acessórios* na distinção tipológica de Moreira Neto.⁹⁴

Com efeito, para Meirelles, no que o segue Gustavo, esses atos não podem ser considerados atos administrativos, estes, sim, os *atos principais*:

[...] Aplicando essa classificação, tem-se que a decisão administrativa em relação ao Parecer jurídico que a instrui, é sempre o ato principal, ou seja, é a manifestação de vontade que contém a definição competente sobre uma questão administrativa, cabendo à peça opinativa, na qualidade de ato acessório, trazer um aporte específico sobre as relações de direito envolvidas e, como se expôs, tornando-se juridicamente eficaz apenas quanto a este adminículo.⁹⁵

Como disse, pareceres são acessórios que prestam *ajuda*, subsídio, adminículo ao ato principal. Não fazem *parte* do ato principal, nem com ele se confundem; apenas lhe dão contribuição.

Essa noção tem reflexos na responsabilidade do emissor do parecer. Como regra geral de Direito, atos acessórios seguem o principal, e não o contrário. Isso implica que o emissor do ato principal não pode se escorar no emissor do ato acessório, pois decide independente dele. Em regra, entre o ato posteriormente tido por irregular e o parecer jurídico aprovador, não há nexos de causalidade idôneo para responsabilizar.

Amorim designa o parecer jurídico de ato enunciativo, também chamado de ato de conhecimento ou opinião⁹⁶, “[...] já que os pareceres são apenas opiniões dadas por agentes especializados na matéria, e não um ato de administração ativa [...]”. É ato opinativo, conforme o julgamento do MS 24.073/DF, citado acima.

⁹² Idem, 2010, p. 146.

⁹³ AMORIM, p. 329. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

⁹⁴ MOREIRA NETO, 2008, p. 12.

⁹⁵ Idem, op. cit.

⁹⁶ AMORIM, p. 329. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

Até serem acolhidos pelo órgão decisório, pareceres são meros atos acessórios; depois de acolhidos, o ato administrativo não é mais o parecer, mas sim o ato de aprovação (manifestação de vontade) da autoridade.

Verificada a natureza jurídica e a classificação, resta cristalizar o conceito de parecer.

4.2 CONCEITO

Parecer é a “[...] fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentadamente, opinião técnica sobre matéria submetida à sua apreciação”.⁹⁷ Funcionalmente, as definições de Carvalho Filho⁹⁸ e Amorim⁹⁹ são muito semelhantes.

Em outras palavras, parecer é a resposta fundamentada do consultor a uma dúvida jurídica do consulente. Por sua simplicidade, esse conteúdo essencial de definição parece ser uniforme entre os autores. Tanto que o Min. Marco Aurélio de Mello, nos debates do MS 24.631/DF, chegou a fazer o espontâneo comentário: “[...] Senhor Presidente, é acaciano: *parecer, enquanto parecer, é parecer... é o que parece àquele que se defronta com a matéria.*”¹⁰⁰

Amorim esclarece que o parecer se trata de manifestação de opinião de um *técnico*. “É preciso lembrar que essa opinião será *técnica*, com a autoridade que possui o especialista que o elabora – e, por isso mesmo, é solicitado a fazê-lo.”¹⁰¹ No parecer *jurídico*, o técnico é o advogado, na atuação de sua função privativa de consultoria jurídica, conforme art. 1º, inciso II do Estatuto da OAB¹⁰². Ele é o agente consultivo.

Observa também que os pareceres (jurídicos ou não) costumam ser corriqueiramente requisitados, a exemplo de uma consulta feita à assessoria jurídica de órgão acerca

⁹⁷ GASPARINI, 2012, p. 143.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, 2010, p. 153.

⁹⁹ AMORIM, p. 326. BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹⁰⁰ BRASIL, fev. 2008, p. 298.

¹⁰¹ AMORIM, p. 327. BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹⁰² BRASIL, 1994.

da legalidade de multa aplicada por autoridade administrativa a um particular; ou até mesmo de consulta feita a junta médica acerca do estado de saúde de servidor em licença.

Em ambos os exemplos acima, um órgão que decide submete sua dúvida a órgão que opina. Vê-se que a conceituação confirma a natureza jurídica analisada anteriormente: o parecer trata-se de mera opinião técnica, que não se confunde o ato administrativo que o acolhe.

Como dito, a opinião do advogado diz respeito à técnica *jurídica* da questão a ele submetida, nunca a técnica administrativa, cuja análise cabe ao gestor. No âmbito da consultoria jurídica da União, assim recomenda o Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU:

[...]

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado

[...]

b) Fonte

É oportuno que os advogados públicos não invadam área de conhecimento técnico alheio ao Direito, para, por exemplo, dissentir da classificação feita por idôneo agente público acerca do objeto licitatório. A observação não inviabiliza que o Advogado Público expresse sua opinião ou faça recomendações, ressalvando a tecnicidade ou discricionariedade do assunto.

A prevalência do aspecto técnico ou a presença de juízo discricionário determina a competência da autoridade administrativa pela prática do ato, bem como sua responsabilidade por ele.

[...] ¹⁰³

4.3. CLASSIFICAÇÃO

Doutrina e jurisprudência costumam dividir os pareceres em *facultativos*, *obrigatórios* e *vinculantes*.

¹⁰³ BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. Brasília: CGU/AGU, 2011.

Os *facultativos* são aqueles pelos quais a Administração Pública encomenda a dúvida jurídica por conveniência. Gasparini destaca que esta categoria é exigida da própria natureza do parecer ao dizer: “Dado seu caráter meramente opinativo, o parecer é *facultativo*, não obrigando a Administração Pública nem os administrados aos seus motivos e conclusões”.¹⁰⁴ O parecer facultativo só depende da solicitação do órgão decisório.¹⁰⁵

Carvalho Filho faz, por assim dizer, uma *definição excludente ou subsidiária* da categoria: “[...] em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato; diz-se, então, que o parecer é *facultativo*.”¹⁰⁶ Ou seja, *é facultativo o parecer não obrigatório*.

Exemplo de aplicação é a situação em que o servidor não comparece ao local de trabalho por dois dias sem justificativa. O chefe imediato, com dúvida quanto à possibilidade de cortar o ponto antes de assegurar ao servidor o contraditório, envia a questão ao órgão jurídico. Observa-se que, nesse caso, o parecer é facultativo já que *dispensável*, por ausência de previsão legal para a prática do ato administrativo sobre o qual paira a dúvida.¹⁰⁷

Já os pareceres *obrigatórios* são aqueles exigidos por lei como requisito para a prática de determinado ato. Destaque-se que a obrigação é da *solicitação* do parecer, e não da adoção de seu conteúdo, meramente opinativo.¹⁰⁸ No parecer obrigatório, a oitiva do órgão jurídico é *indispensável*.¹⁰⁹

Tal categoria tem previsão no art. 42 da Lei do Processo Administrativo Federal¹¹⁰, *in verbis*:

Art. 42. **Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo**, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

¹⁰⁴ GASPARINI, 2012, p. 143.

¹⁰⁵ MOREIRA NETO, 2008, p. 12.

¹⁰⁶ CARVALHO FILHO, 2010, p. 151.

¹⁰⁷ AMORIM, p. 332. BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹⁰⁸ AMORIM, p. 332. BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, 2008, p. 12.

¹¹⁰ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 fev. 1999. Grifo nosso.

Exemplo prático é a lei que exige, no âmbito municipal, que todos os recursos administrativos encaminhados ao Chefe do Poder Executivo sejam apreciados pela assessoria jurídica. Nesse caso, o parecer exarado pelo Procurador Municipal, por exemplo, será obrigatório.¹¹¹

Nos termos da classificação de Amorim, o parecer vinculante não deixa de ser um *parecer obrigatório especial* porque acrescenta ao gênero do parecer obrigatório uma característica própria de sua espécie: vincular o consulente. Em outras palavras, é um parecer obrigatório com um *plus*. Assim, “[...] são obrigatórios tanto a sua solicitação como o acatamento da opinião neles dada”¹¹². Isto é, o parecer vinculante é *duplamente obrigatório*.

Por fim, os pareceres *vinculantes* são aqueles em que o Poder Público “[...] está obrigado não só a pedi-los, mas também a adotá-los e a agir como neles se recomenda [...]”¹¹³. São fórmulas resultantes da obrigação de sua *solicitação* e da *adoção de seu conteúdo* pela autoridade administrativa. Eles “[...] impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo.”¹¹⁴

Precisamente, o *conteúdo da vinculação* é o elemento distintivo entre as duas categorias. Segundo Moreira Neto, o parecer obrigatório e o parecer vinculante são, respectivamente, em (1) e (2):

“(...) o conteúdo da vinculação será diferente nas duas distintas hipóteses de obrigatoriedade: (1) na hipótese em que o agente gestor administrativo esteja obrigado por lei à *audiência obrigatória* do órgão jurídico para a validade do ato decisório, embora ele possa discordar motivadamente de suas conclusões de direito, e (2) na hipótese em que o agente administrativo esteja obrigado por lei não apenas à audiência como à observância obrigatória das *estritas conclusões* de direito do seu ditame, caso em que delas não poderá discordar, nem mesmo motivadamente, restando-lhe apenas, como alternativa da decisão que lhe cabe prolatar, determinar novas providências aperfeiçoadoras.”¹¹⁵

¹¹¹ AMORIM, p. 333. Idem, 2010.

¹¹² AMORIM, p. 333. Idem, 2010.

¹¹³ Idem, p. 332. Idem, 2010.

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, 2010, p. 152.

¹¹⁵ MOREIRA NETO, 2008, p. 11.

O parecer obrigatório exige, do gestor público, *audiência* da consultoria; enquanto que o parecer vinculante exige, por assim dizer, *concordância* com a consultoria no que se refere à sua conclusão em sua análise jurídica.

O erudito publicista também usa terminologia que pode evitar eventual confusão quanto ao conteúdo da vinculação (ou obrigação). O parecer que vincula a solicitação é por ele chamado de *indispensável*, e não de obrigatório.¹¹⁶

Exemplo prático de parecer vinculante é o parecer *médico* no caso de aposentadoria por invalidez - a decisão administrativa de concessão da aposentadoria está vinculada à conclusão tomada no parecer. Esse é o caso do que Meirelles chama de parecer técnico, que provém de órgão ou agente especializado na matéria, “[...] não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.”¹¹⁷

Todavia, consoante reconhece Mendonça, apoiado na opinião de Maria Sylvia Di Pietro, não há exemplos de parecer *jurídico* vinculante no Brasil.¹¹⁸

Como visto, opinião é um elemento básico do conceito de parecer. Já que essa categoria mitiga o elemento opinativo, há autores que não o consideram parecer, mas sim decisão. O parecer vinculante, a rigor, não seria um parecer, eis que desvia de sua natureza jurídica. “O parecer vinculante é, no mínimo, estranho, pois se a autoridade competente para decidir há de observar suas conclusões, ele deixa de ser parecer, opinião, para ser decisão”.¹¹⁹

Carvalho Filho é enfático:

[...] se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo é tipicamente *decisório*, e não meramente *opinativo*, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à

¹¹⁶ Idem, 2008, p. 12.

¹¹⁷ MEIRELLES, 2009, p. 197.

¹¹⁸ MENDONÇA, J.V.S. 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: 16 mai. 2012.

¹¹⁹ GASPARINI, 2012, p. 143.

conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de *status* jurídico. [...] ¹²⁰

Não obstante a discordância terminológica e a inexistência de exemplos no Brasil, a lei prevê a existência desse tipo de parecer, como se vê:

Art. 42. ¹²¹

[...]

§ 1o Se um parecer obrigatório e *vinculante* deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

[...]

Assim, a lei adotou a tradicional diferenciação tripartite. Carvalho Filho, em posição consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro, embora concorde que o parecer vinculante contém *desvio de qualificação jurídica* (eis que parecer, por definição, é ato opinativo), reconhece que o instituto jurídico *pode ser admitido se a lei o exigir expressamente*. ¹²²

Amorim ¹²³ faz interessante menção ao Código de procedimento Administrativo de Portugal, que conceitua os três tipos de pareceres:

Subseção III

Dos pareceres

Artigo 98º

(Espécies de pareceres)

1 – Os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não por lei; e são vinculativos ou não vinculativos, conforme as respectivas conclusões tenham ou não de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão.

2 – Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres referidos na lei consideram-se obrigatórios e não vinculativos.

Há ainda outra distinção que pode ser feita. Gasparini ¹²⁴ observa que, em regra, o parecer é individual - tem eficácia tão-somente ao ente público consulente. Todavia, poderá ser *normativo*, caso em que expande seus efeitos para casos idênticos de outros órgãos no futuro.

Essa é a hipótese em que

¹²⁰ CARVALHO FILHO, 2010, p. 153.

¹²¹ BRASIL, 1999.

¹²² CARVALHO FILHO, 2010, p. 152.

¹²³ AMORIM, p. 333-334. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹²⁴ GASPARINI, 2012, p. 143.

o parecer esgota, de forma profunda e estudada, o tratamento a ser dispensado a determinada questão. Concordando com esse tratamento, determinada autoridade decisória resolve, então, estendê-lo a todas as demais hipóteses idênticas que vierem a ocorrer, passando, assim, a representar uma *orientação geral* para os órgãos administrativos.¹²⁵

O autor observa que tal possibilidade encerra uma contradição aparente, já que a norma (imposição geral e abstrata) não guarda correspondência com o caráter opinativo e individual do parecer.

Todavia, nesse caso, “[...] a normatividade não é propriamente do parecer, mas da solução que deu a determinada questão, devidamente aprovada pela autoridade competente [...]”, de forma que “[...] sem a aprovação formal da autoridade decisória e sem sua indicação de que o tratamento deve ser estendido aos demais órgãos, o parecer não poderia ter tais efeitos [...]”¹²⁶ Dessa forma, o parecer normativo é válido.

Em lapidar conclusão acerca do estudo da classificação de pareceres, observa que esta não se trata de discussão meramente teórica. Mas possui repercussão prática, especialmente no tema que se desenvolve neste trabalho.

Quanto à responsabilidade do emissor do parecer, Amorim entende que “[...] é preciso analisar de maneira detida qual é *tipo de parecer* envolvido no caso (obrigatório, facultativo e vinculante) e qual o *grau de sua ligação* com a ilegalidade detectada [...]”.¹²⁷ *Tipo de parecer e grau de ligação*: esses são os pontos na pauta dos debates do tema do STF e da doutrina.

Mendonça, discordando parcialmente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende que somente o grau de ligação interfere no assunto da responsabilidade. Para ele, “[...] a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista [...]”¹²⁸

¹²⁵ CARVALHO FILHO, 2010, p. 153.

¹²⁶ Idem, loc. cit.

¹²⁷ AMORIM, p. 334. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹²⁸ MENDONÇA, 2009, p. 6.

4.4. ESTRUTURA FORMAL

Em Direito, espera-se que a natureza jurídica de um ente reflita em sua estrutura. Com o parecer não é diferente. A essência do parecer repercute em sua forma. O parecerista opina; por isso conclui, em geral, com a fórmula: “É o que me parece.”. A autoridade administrativa decide; por isso conclui com termos de “aprovo”, “determino”, “ordeno”.

O parecer é uma das peças profissionais administrativas que apresentam maior simplicidade formal. Não exige formalidade técnica excessiva em sua elaboração.¹²⁹ Isso, todavia, não diminui as habilidades exigidas do advogado em sua função privativa de consultoria¹³⁰:

A elaboração de um parecer jurídico exige de seu autor competência no assunto, assim como habilidade na redação, devendo considerar os princípios técnicos da linguagem escrita (conhecimento do vernáculo) e os princípios éticos e técnicos inerentes à matéria em análise. Em outras palavras, o parecerista deve saber escrever corretamente (ortografia e gramática), aliando seus conhecimentos jurídicos para resolução da questão à ética que deve pautar sua decisão.

A estrutura essencial consiste em relatório, fundamentação, conclusão e ementa. Não há uma lei específica que fixa tais requisitos, os quais são resultado da uniformização da prática administrativa¹³¹. A peça lembra sobremaneira uma sentença, ainda que não possua efeitos cogentes¹³².

Uma vez que o parecer consiste em resposta a caso submetido ao órgão jurídico, possui partes ou interessados do processo, as quais podem ser pessoas físicas ou jurídicas em relação com a Administração ou com a própria Administração Pública - no caso de questão acerca de procedimento de questão interna da própria entidade administrativa, ela própria a interessada.¹³³

Detalhadamente, a estrutura pode ser dividida em sete etapas ou tópicos:

¹²⁹ ARAS, J. **Prática Profissional de Direito Administrativo**. 2 Ed. 2011, Salvador: Juspodivm, p. 351.

¹³⁰ GUIMARÃES, D.F.; SILVA NETO, R.F. **Manual do Parecer Jurídico – Teoria e Prática**. 2012, Salvador: Juspodivm, p. 47

¹³¹ AMORIM, p. 330. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹³² GUIMARÃES; SILVA NETO, 2012, p. 48.

¹³³ GUIMARÃES; SILVA NETO, 2012, p. 47.

1) *Timbre*: indica o órgão emissor do parecer. *Verbi gratia*: “Advocacia-Geral da União – Consultoria-Geral da União – Consultoria Jurídica da União no Estado do Espírito Santo”.

2) *Índice/preâmbulo/cabeçalho*: indica o interessado, o número do processo e o número e ano da peça. *V.g.*: “Parecer Jurídico nº 10/2012 – AGU/CGU/CJU-ES”.

3) *Ementa*: descrição discursiva do assunto através de apertada síntese, o que exige clareza e concisão.

A ementa possui dois componentes: a) *Verbetação*: é o cabeçalho propriamente dito. Consiste em frases nominais com separação dos verbetes por pontos. *V.g.*: “Licitação. Lei nº 8.666/93. Dispensa. Rol taxativo. Impossibilidade”; b) *Dispositivo*: tese jurídica do parecer sintetizada. *V.g.*: “Tendo em vista que o rol de dispensa de licitação previsto na Lei nº 8.666/93 é taxativo, não são juridicamente aceitáveis outras hipóteses de contratação direta”.

4) *Comunicação*: é o conteúdo do parecer.

4.1) *Relatório*: indicação do nome, qualificação dos interessados e sinopse da dúvida. É o “breviário fático”. Delimitando o campo de análise, permite um entendimento da questão de modo mais célere.

Além disso, resume as principais ocorrências do processo, o que é relevante, já que “[...] muitas vezes uma simples remissão às peças mais relevantes do caderno processual é suficiente para fundamentar uma negativa de assessoramento pelo parecerista.”¹³⁴

O relatório se divide em: a) *Fundamentação*: contém as premissas que sustentam a conclusão do parecer. Consiste no enfrentamento dos pontos controvertidos de forma, preferencialmente, dedutiva; b) *Dispositivo/conclusão*: parte final do parecer. Resultado lógico das premissas. É a resposta propriamente dita à consulta formulada, consistente nas recomendações do consultor à dúvida do gestor.

¹³⁴ Idem, 2012, p. 52.

5) *Fecho*: submete a opinião à autoridade que irá decidir a questão, demonstrando sua natureza meramente opinativa. *V.g.*: “É o parecer, que submeto à apreciação superior”.

6) Local e data e firma do parecerista com indicação de seu nome e cargo.^{135 136}

É de se observar que, apesar de simples, o parecer é peça *técnica*, como denota a necessidade de conexão lógica entre fundamentação e conclusão, e *acessória*, como indica o fecho.¹³⁷

Em conclusão, no tocante à influência do dispositivo na responsabilização dos envolvidos na emissão do parecer, Silva Neto aponta que as recomendações ou encaminhamentos “devem ser redigidos de forma simples, clara, objetiva e inteligível ao Consultente, sendo uma boa forma a consignação em itens numerados.”¹³⁸

Há interessante julgado do Tribunal de Contas da União (TCU), no qual se mostra a repercussão da (boa ou má) qualidade redacional do dispositivo:

[...]

7. Assim, persiste ainda a responsabilidade pelo conteúdo do parecer ou pela **maior ou menor eficácia do parecerista em informar corretamente o administrador acerca da decisão a ser tomada**. Ao não alertar o gestor para as manifestas ilegalidades implícitas na contratação pretendida, o parecer deixa de cumprir a função precípua que lhe reserva a lei, atraindo inevitavelmente a responsabilidade dos seus autores, salvo o erro de avaliação ou a omissão escusáveis, excludentes que reputei inexistentes no caso.¹³⁹

A fundamentação é também tópico relevante nesse assunto, até porque serve de base à conclusão. Com efeito, é dever do parecerista registrar as posições divergentes ao seu entendimento, de maneira que o administrador – órgão decisório – tenha recursos suficientes para proferir eventual decisão contrária à consultoria – órgão opinativo.¹⁴⁰ É o que diz a própria Boa Prática Consultiva - BPC nº 19 da AGU:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 19

¹³⁵ GUIMARÃES; SILVA NETO, 2012, p. 47.

¹³⁶ AMORIM, p. 331. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹³⁷ Idem, p. 332. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹³⁸ Idem, 2012, p. 54.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Nega provimento a embargo de declaração. Acórdão nº 2739/2010. Secretaria de Estado de Saúde de Tocantins e José Renard M.P. e Maria das Graças R.H. Relator Min. Augusto Nardes. Brasília, 13 out. 2010. **Diário Oficial da União**, out. 2010. Grifo nosso.

¹⁴⁰ GUIMARÃES; SILVA NETO, 2012, p. 52.

a) Enunciado

O Órgão de Consultivo, sempre que possível, deve alertar o Órgão assessorado a respeito do eventual entendimento jurídico divergente e da respectiva fundamentação, em relação à tese que adota em sua manifestação.

b) Fonte

A orientação promovida pelo Órgão Consultivo é quanto ao controle de legalidade da Administração, mas não implica, necessariamente, a deliberação, que é prerrogativa do gestor. Caso este não acate o entendimento jurídico aviado no assessoramento, o registro das posições divergentes permitirá ao gestor cotejar os elementos necessários para a fundamentação de sua posição, consoante art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99.

Ao agir dessa forma, o Órgão Consultivo contribuirá para demonstrar que a Administração estava diante de duas ou mais opções juridicamente sustentáveis, afastando, assim, eventual responsabilização pessoal do Gestor pela decisão adotada, além de possibilitar uma defesa mais eficiente do ato praticado, seja em Juízo, pelos Órgãos de Contencioso da AGU, seja perante o Tribunal de Contas da União, pelo Departamento de Assuntos Extrajudiciais (Deaex) da CGU, em se mostrando isto necessário.¹⁴¹

5 RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO

¹⁴¹ BRASIL, 2011.

Nos capítulos anteriores, foram fundadas alguns fundamentos do núcleo deste trabalho: 1) função do advogado de Estado, o regime jurídico e os princípios constitucionais aos quais se submete; 2) função privativa de consultoria jurídica; 3) conceito, natureza jurídica, estrutura formal e classificações do parecer jurídico. Assim será possível perceber com maior clareza os contornos jurídicos da responsabilidade do advogado de Estado parecerista.

De início, importa destacar que nem doutrina nem jurisprudência admitem a *irresponsabilidade* do advogado de Estado. Sem dúvida, a inviolabilidade do advogado, assegurada pelo texto constitucional no art. 133, não é salvo-conduto para a prática de atividades ilícitas. Mendonça que isso, no mínimo, não se coaduna com a ideia de Estado de Direito.¹⁴²

Em seu voto no MS 24.631/DF, o Min. Joaquim Barbosa destaca que a impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados públicos é “afirmação apodítica”¹⁴³, a permitir formação de “círculo vicioso de irresponsabilidade e impunidade”¹⁴⁴. Conforme trecho de julgamento do TCU transcrito pelo eminente Ministro, “[...] o administrador sustentaria a correção do ato, por julgar-se respaldado em exame técnico de parecerista habilitado este, por sua vez, valer-se-ia [...] da inviolabilidade de sua opinião [...]”¹⁴⁵ Na verdade, nem um, nem outro podem defender-se dessa forma, como visto, já que quem opina (o advogado) não decide; e quem decide (o administrador) não está vinculado.

No julgamento do MS 24.584/DF, a Min. Carmen Lúcia também destacou que não acreditava na irresponsabilidade absoluta os advogados.¹⁴⁶

No julgamento do HC 78.553/SP do STJ, a Min. Maria Thereza de Assis Moura lembra que a liberdade de exercício da profissão do advogado confia-se nos limites da lei.¹⁴⁷

O advogado pode ser responsabilizado no exercício de suas funções. Ora, a prerrogativa da inviolabilidade é concedida em razão da função definida por lei, e não

¹⁴² MENDONÇA, 2009, p. 5.

¹⁴³ BRASIL, 2008 fev., p. 282.

¹⁴⁴ Idem, 2008 fev., p. 144.

¹⁴⁵ Idem, 2008 fev., p. 287.

¹⁴⁶ Idem, 2009, p. 4.

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Denega a ordem a cassa a liminar. OAB e TJ/SP. HC 78.553/SP. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 09 out. 2007. **Diário de Justiça**, out. 2007, p. 319.

da pessoa. O advogado é inviolável em razão da finalidade pública visada na atividade por ele exercida. É dizer, não existe inviolabilidade para desvio de legalidade.

A esse respeito, Cavalieri lembra

A advocacia, dada a relevância do seu papel social, foi colada na Constituição entre as *funções essenciais da Justiça*, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública. Para proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição (art. 133) lhe assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações, nos limites da lei. *Mas em contrapartida, deve responder por seus atos quando violadores de deveres profissionais.*¹⁴⁸

No Capítulo 3, mencionou-se que a atividade privativa de consultoria jurídica não é atividade burocrática, mas de pesquisa, a exigir do advogado independência e isenção (art. 18 do Estatuto da OAB)¹⁴⁹.

Sabe-se o espaço no qual a Advocacia Pública opina possui limitações. Isto é, em razão da natureza plurissemântica¹⁵⁰ de seu objeto de estudo, o advogado pode ter *mais de uma* opinião legalmente viável sobre o mesmo fato jurídico em um dado momento e espaço, todavia nunca, um *número interminável* de opiniões legalmente viáveis. Isto é, existem opiniões insustentáveis em face do ordenamento jurídico.

Dito de outra forma,

[...] o parecer é um espaço institucionalmente *controlado* do exercício de opinião profissional, o que significa que *nem todas as opiniões são juridicamente possíveis*: o advogado público, se é um viabilizador de políticas públicas, não deve se tornar um engenheiro do impossível.¹⁵¹

Evidente que tal delimitação não desmerece a necessária isenção técnica e independência profissional do advogado. Não se limita ou se expande a liberdade por motivos pessoais. Também, não há presunção de antijuridicidade na atividade

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 389, grifo nosso.

¹⁴⁹ BRASIL, 1994.

¹⁵⁰ COELHO tratou do contato entre o texto jurídico e os problemas jurídicos concretos: “[...] a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas nem pelo mais profético dos legisladores históricos [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 58)

¹⁵¹ MENDONÇA, 2009, p. 1.

advocatícia. Pelo contrário, há presunção de juridicidade com relação a seu comportamento funcional e sua manifestação nessa qualidade.

Em verdade, sem liberdade, arrisca-se dizer que não haverá advocacia. Moreira Neto maximiza: “a Advocacia de Estado [...] tem no medo o seu pior inimigo”¹⁵². A atividade demanda “[...] segurança e de serenidade para uma atuação profícua, em benefício dos sagrados valores que deve sustentar”¹⁵³. A responsabilização do advogado de Estado pela prolação de pareceres deve ser apreciada sob a ótica dos princípios constitucionais das procuraturas, *notadamente a independência funcional e a inviolabilidade*¹⁵⁴.

Dessa forma, sem prejuízo de sua liberdade profissional, o advogado de Estado poderá ser responsabilizado pelas opiniões jurídicas que profere.

Nos itens seguintes, serão expostos elementos teóricos e normativos que determinam as *hipóteses* em que é possível a responsabilização e a *competência* para apuração da mesma.

5.1. ELEMENTOS DE TEORIA DO ESTADO: NOVAS MANIFESTAÇÕES DE PODER

Moreira Neto faz relevante explicação da influência do paradigma atual de separação dos Poderes no assunto da responsabilidade do parecerista.¹⁵⁵

A sequência de revoluções liberais (inglesa, norte-americana e francesa) exacerbou o valor *independência* no sistema de separação dos poderes. Isto é, durante o

¹⁵² MOREIRA NETO, 2008, p. 22.

¹⁵³ Idem, 2008, p. 22.

¹⁵⁴ Idem, 2008, p. 4.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, 2008, p. 5.

modernismo, acentuou-se o *viés autonômico* os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que eram vistos de forma estanque, pouco móvel.

A concepção liberal de Estado de Direito desenvolveu um ordenamento jurídico fundado sobre noções rígidas de soberania nacional, de poderes públicos, de contrato social e de democracia.¹⁵⁶

No entanto, após sucessivas mudanças no constitucionalismo, destacando-se a principal virada doutrinária no século XX, passaram a surgir *estruturas poliárquicas*. No pós-modernismo, as sociedades pluralistas demandaram a criação de novas *funções estatais autônomas*, para além da configuração clássica tripartite. Assim,

[...] o legislativo, o judiciário e o executivo... passaram progressivamente a coexistir e a se inter-relacionar com outros órgãos e complexos orgânicos, instituídos ou reinstituídos especialmente para desempenhar as novas funções constitucionalmente autônomas.¹⁵⁷

Cresceu o número dos centros institucionais de poder porque o Estado precisou atuar em novas frentes. Passou a inserir-se, cada vez mais, em áreas econômicas e sociais, o que exigiu a inauguração de órgãos, atribuições e competências até então inexistentes.¹⁵⁸ V.g., atualmente há as Funções Essenciais à Justiça (Advocacia Pública, Ministério Público e Defensoria Pública) e os Tribunais e Conselhos de Contas (arts. 73 e 75 da CR/88), como funções constitucionalmente autônomas.

Ronny explica porque essa configuração constitucional, inaugurada em 1988, mostra uma nova concepção com relação à separação dos poderes:

A distribuição ordenada pela Constituição tem sentido e propósito. O constituinte, ao assim estabelecer, demonstrou sintonia com as mudanças que refletiram no Estado Moderno e que tornaram inadequada ou insuficiente a teoria da separação dos poderes, em compleição original.¹⁵⁹

A técnica de controle por freios e contrapesos “[...] teve que necessariamente se expandir para abranger as novas configurações assumidas pelo Poder do Estado.”¹⁶⁰

Cada função constitucional autônoma possui seus *atos próprios*. Nesse sentido, a tradicional classificação tríade dos atos (atos legislativos, judiciais e administrativos)

¹⁵⁶ TORRES, p. 141. In: GUEDES; SOUZA, 2009.

¹⁵⁷ Idem, 2008, p. 6.

¹⁵⁸ TORRES, loc. cit.

¹⁵⁹ TORRES, p. 141. In: GUEDES; SOUZA, 2009.

¹⁶⁰ MOREIRA NETO, 2008, p. 6.

também não é mais suficiente para descrever os diversos atos próprios das instituições estatais autônomas.

Nesse quadro, “[...] harmonia e independência não de ser doravante entendidas como qualidades necessárias ao desempenho não apenas de três, como de todas as manifestações funcionais autônomas [...]”¹⁶¹

Dessa forma, em uma sociedade diversa e poliárquica, em uma República cujo fundamento é o pluralismo político (art. 1º da CR/88), é possível dizer que os órgãos públicos envolvidos na responsabilidade do parecerista (v.g., órgãos da Administração Pública, das Procuradorias e do Tribunal de Contas) são “[...] independentes e harmônicos entre si [...]” (art. 2º da CR/88).

A independência não é absoluta, mas *relativa*, já que temperada princípio da harmonia, “[...] expressamente manifestado nas hipóteses constitucionais de interferências funcionais expressamente previstas.”¹⁶²

Repita-se que, segundo o publicista, a interferência de um órgão constitucionalmente autônomo sobre outro é excepcional, sob pena de desnaturar a autonomia órgãos próprios e a natureza dos atos próprios, de maneira que “[...] devem estar sempre expressamente previstas na Carta, não podendo ser ampliadas ou estendidas por via interpretativa.”¹⁶³

Portanto, de pronto, sabe-se que a interferência de outros órgãos estatais, como o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas, nas consultorias jurídicas, deve ser feita com parcimônia, nos estritos termos da Constituição.

5.2 ELEMENTOS NORMATIVOS

¹⁶¹ Idem, loc. cit.

¹⁶² Idem, 2008. p. 7.

¹⁶³ Idem, 2008, loc. cit.

Antes de tratar especificamente da responsabilidade do consultor jurídico segundo o sistema jurídico nacional, importante trazer algumas luzes da matéria de responsabilidade civil sobre o assunto.

Não há unanimidade doutrinária em relação a quais são os pressupostos da responsabilidade civil¹⁶⁴. Para Cavalieri, em sua interpretação do regramento civil de ato ilícito (art. 186 do Código Civil de 2002), são três: a) conduta culposa; b) nexo causal; c) dano (p. 18)¹⁶⁵.

O renomado professor no assunto aponta que a responsabilidade do advogado (público e privado) pode ter relação com *cliente* ou relação com *terceiros*.

No primeiro caso (em relação ao cliente), a responsabilidade do advogado é contratual, salvo quando atua com vínculo empregatício (advogado de empresa), ou como defensor público e procurador de entidades públicas (Estado, Município, autarquia, advogado da união etc.), casos em que, pelos danos causados, responderá a pessoa jurídica de Direito Público ou Privado em nome da qual atua.

Leia-se, então, que a responsabilidade do advogado de Estado é extracontratual, o que é natural compreender, já que tal responsabilidade não decorre de violação dever gerado por negócio jurídico.

No caso do dano que envolva advogado privado, há possibilidade de responsabilidade no caso de culpa grave decorrente de erros grosseiros¹⁶⁶:

Mais comuns, tal como em relação aos médicos, são os casos de responsabilização do advogado por culpa grave decorrente de erros grosseiros, de fato ou de direito, e omissão negligente no desempenho do mandato, como, por exemplo, perder o prazo para contestar, para recorrer, para fazer o preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante.

Importante repetir que a inviolabilidade do advogado, com sede constitucional, não é direito absoluto. Com efeito, o Min. Sálvio de Figueiredo alertou que a “[...] a imunidade conferida ao advogado no exercício de sua bela e árdua profissão não constitui um *bill of indemnity*.”¹⁶⁷ Lembra Cavalieri¹⁶⁸:

¹⁶⁴ TARTUCE, F. **Direito civil**, v. 2. 7. São Paulo: Método, 2012. p. 342.

¹⁶⁵ CAVALIERI, 2008, p. 18.

¹⁶⁶ Idem, 2008, p. 390.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Não conhece do recurso. Sérgio Luiz Souza Araújo e César Eduardo Dias Costa. REsp 151.840/MG. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, 25 maio 1999, **Diário de Justiça**, ago. 1999, p. 128.

¹⁶⁸ CAVALIERI, 1998, p. 392.

[...] Resulta daí uma verdade elementar que nunca é demais lembrá-la: todo direito tem limite, mesmo os direitos chamados de absolutos, qual seja, o direito alheio; e quando esse limite é ultrapassado, configura-se o abuso de direito, ato ilícito gerador da responsabilidade. O abuso de direito é o outro lado de uma mesma moeda: se o exercício regular de um direito é ato lícito, a contrário senso o exercício anormal é ilícito, repellido pela ordem jurídica.

Na esfera penal, tal limitação foi feita no art. 7º, §2º do Estatuto da OAB¹⁶⁹, arrolando os casos de irresponsabilidade decorrentes da cláusula de inviolabilidade prevista na Carta Magna. No entanto, a imunidade penal prevista é independente da responsabilidade civil decorrente de eventual ato ilícito praticado no exercício da atividade advocatícia.

No caso de ato ilícito praticado por agente público, a regra, segundo o art. 37, §6º da CR/88, é a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público. Por regra geral, é a pessoa jurídica de direito público quem responde, e objetivamente.

Tanto o advogado privado quanto o advogado de Estado respondem *subjetivamente*, nunca objetivamente. Aliás, a espécie subjetiva é a regra da responsabilidade civil, sendo excepcionada nos casos em que seja possível aplicar a teoria do risco – por exemplo, no caso acima, de dano estatal, e no Direito do Consumidor¹⁷⁰. Acerca disso, escreveu Cavalieri:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação, sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.¹⁷¹

É pacífico o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo é *elemento essencial da responsabilidade civil* (Curso, p. 342)¹⁷².

Ademais, como visto, o Advogado de Estado, em razão do *munus* público exercido, exerce sua atividade profissional sob presunção de juridicidade. Com efeito, o art. 32, *caput* do Estatuto da OAB dispõe:

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

¹⁶⁹ BRASIL, 1994.

¹⁷⁰ Idem, 1998, p. 17.

¹⁷¹ Idem, 1998, p. 16.

¹⁷² TARTUCE, 2012, p. 342.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.¹⁷³

Tal norma, além de ser eco de pressuposto básico da responsabilidade civil, resguarda a independência profissional que deve ser mantida em qualquer circunstância, inclusive no caso do advogado empregado (art. 31, §1º do Estatuto da OAB).

Por fim, porque também fundamento normativo do assunto, faz-se remissão ao capítulo 2, em que são expostas as funções e o regime jurídico dos Advogados de Estado.

Em resumo, sabe-se, desde então, que é inadmissível, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilização do advogado de Estado antes que se passe pela culpa ou dolo. Em outras palavras, sendo o dolo e a culpa corretamente entendidos, antes que se comprove *má-fé ou violação de dever de agir do advogado estatal no exercício de sua função*.

5.3 RESPONSABILIDADE PELA INÉRCIA NA EMISSÃO DO PARECER

Antes que se fale da responsabilidade pela emissão do parecer, é bom pontuar que pode haver responsabilidade pela *falta de emissão* do mesmo, conforme preceitua o já referido art. 42 da Lei nº 9.784/99, no âmbito da administração federal direta e indireta.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 42 deixam claro que o servidor poderá ser responsabilizado pela demora ou falta de entrega do parecer no prazo fixado (15 dias,

¹⁷³ BRASIL, 1994, grifo nosso.

salvo norma especial ou comprovada necessidade), seja parecer obrigatório, seja vinculante. *Ipsis literis*:

Art. 42.

[...]

§ 1º. Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, *responsabilizando-se quem der causa ao atraso*.

§ 2º. Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, *sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento*.¹⁷⁴

Como se vê, a diferença no caso de falta do parecer obrigatório ou vinculante é a consequência quanto ao seguimento do processo. Na letra da lei, se não foi emitido o parecer vinculante, o processo não poderá prosseguir. Para Lilian Regina Gabriel Moreira Pires, tal disposição é descabida, sendo suficiente que a decisão, mesmo sem amparo do parecer, seja motivada.¹⁷⁵

O agente infrator pode ser qualquer agente público causador do atraso, o que inclui o dirigente do órgão de onde deva provir o parecer, bem como o próprio parecerista. Caso exista algum obstáculo efetivo para elaboração do parecer no prazo, o agente é quem deve demonstrar essa existência para se eximir da imputação veiculada em processo administrativo disciplinar.¹⁷⁶

5.4 RESPONSABILIDADE PELA EMISSÃO DO PARECER

Nesse ponto, a pergunta-chave é: o advogado de Estado emite parecer favorável com relação a ato posteriormente considerado irregular; havendo dano nessa situação, em quais hipóteses e sob o controle de qual órgão será possível a responsabilização do parecerista?

¹⁷⁴ BRASIL, 1999, grifo nosso.

¹⁷⁵ PIRES, L.R.G.M. In: FIGUEIREDO, L.V. (Coor.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 182.

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, J.S. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9784, de 29/01/1999)**. 2. ed. rev. amp. e atual., 2005, Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 204/205.

Como verificado, de acordo com o art. 32 do Estatuto, não se pode responsabilizar o parecerista por defender tese razoável (sem dolo ou culpa), mesmo que minoritária ou contrária ao entendimento do órgão de controle.¹⁷⁷

Por isso, embora seja indiscutível a possibilidade de responsabilização do advogado de Estado, o normal, é que o mesmo não seja pessoalmente responsabilizado em razão de entendimento defendido no parecer jurídico. Ora, o parecer é veículo de mera opinião jurídica e o advogado é inviolável no exercício da profissão (art. 133 da CF e art. 2º, parágrafo 3º do EOAB).

Esse foi, inclusive, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no MS 24.073-3/DF¹⁷⁸, sob relatoria do Min. Carlos Velloso, sendo este o *leading case* do assunto durante um bom tempo. Por unanimidade, a Corte decidiu pela possibilidade de responsabilização do advogado de Estado apenas no caso de culpa *lato sensu* ou erro inescusável.

Em decisão posterior, proferida no MS 24.631-6/DF¹⁷⁹, de Relator Min. Joaquim Barbosa, traçou entendimento inovador com relação ao anterior *leading case*, decidindo que, além da hipótese de culpa ou erro inescusável, é necessário que esteja em jogo a emissão de parecer vinculante para a responsabilização – caso em que, o advogado será co-responsável pelo ato administrativo.

Em terceira decisão, exarada no MS 24.584-1/DF¹⁸⁰, julgada no mesmo dia da anterior, sob relatoria do Min. Marco Aurélio, decidiu pela possibilidade da oitiva de procuradores federais no TCU para apresentar explicações a respeito de seus pareceres emitidos nas hipóteses de culpa ou erro inescusável.

À luz desses três julgados, de posicionamentos doutrinários e de questões práticas, Mendonça sistematizou o assunto em quatro *standards* ou critérios operacionais, os quais serão desenvolvidos em seguida. Segundo o autor, o advogado estatal parecerista será pessoalmente responsável se:

(i) agir com dolo, ou (ii) cometer erro evidente e inescusável, e se (iii) não tomar providências de cautela, sendo certo que (iv) a interpretação do que é conduta dolosa e do que é erro evidente e

¹⁷⁷ AMORIM, p. 336. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

¹⁷⁸ BRASIL, 2003.

¹⁷⁹ BRASIL, fev. 2007.

¹⁸⁰ BRASIL, jun. 2007.

inescusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, considerando que a heterogeneidade de ideias é valor constitucional comprovadamente útil à produção dos melhores possíveis do Direito.¹⁸¹

Assim, a responsabilidade do parecerista passa pelos crivos do dolo, do erro evidente e inescusável, das providências de cautela e da diversidade opinativa. Os dois primeiros decorrem dos elementos normativos e da lógica decisória do Supremo. O terceiro é recomendação prática. O quarto é construção doutrinária e jurisprudencial¹⁸².

5.4.1 PRIMEIRO CRITÉRIO: DOLO

Cavaliere não vê nenhuma diferença, exceto com relação ao grau, entre o dolo e a culpa civil e o dolo e a culpa penal, já que possuem os mesmos elementos.¹⁸³

Segundo o civilista, dolo é a vontade intencionalmente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente. Assim, seus elementos são *representação* (previsão do resultado) e *consciência da ilicitude* (conhecimento de que o resultado viola o dever jurídico).¹⁸⁴

Assim, dolo pode ser traduzido como a circunstância de o parecerista atuar com má-fé, buscando, não a melhor interpretação jurídica que satisfaça o interesse público e privilegie a unidade do ordenamento, mas a prevalência de algum interesse não-republicano.¹⁸⁵ Em sua atuação funcional, é dever do advogado parecerista buscar o melhor interesse público¹⁸⁶. Se nisso se desvia intencionalmente, atua com dolo.

¹⁸¹ MENDONÇA, 2009, p. 1.

¹⁸² Idem, 2009, p. 6.

¹⁸³ CAVALIERI, 2008, p. 31.

¹⁸⁴ Idem, 2008, p. 31-32.

¹⁸⁵ MENDONÇA, 2009, p. 15.

¹⁸⁶ Idem, 2009, p. 2.

É o *standard* mais óbvio, porém o mais raro de ser verificado, eis que dificilmente incide de modo puro em razão da zona cinzenta existente entre a má-fé (ilícito) e erro escusável e liberdade de opinião (lícito).¹⁸⁷

Ressalte-se que os dois últimos *standards*, no campo da pragmática e da interpretação, podem clarificar sua incidência.

Também, a conduta dolosa dificilmente é comprovada diretamente do parecer. É verificada normalmente através de provas indiciárias, testemunhas, declarações, quebras de sigilo *etc.*¹⁸⁸

Ainda que seus elementos subjetivos sejam de difícil comprovação, esta não é impossível. Aliás, o Min. Relator Carlos Velloso no MS 24.073-3/DF¹⁸⁹, em seu voto, colhe um exemplo: o parecer oferecido perante administrador inapto.

Além disso, reconheça-se que prova é matéria processual, relativamente autônoma em relação ao instituto de direito material. Mendonça faz reveladora afirmação acerca disso:

[...] embora devamos ser pragmáticos na atuação profissional, não podemos ignorar o interesse público. Defenderemos, então, que somos todos capazes de detectar quando um advogado está defendendo interesse legítimo *dentro* do Direito, e quando está... *mitificando juridicamente uma conduta ilegal*. Tal postura... trata-se, afinal, de hipótese de dolo, só que disfarçado.¹⁹⁰

A Associação Nacional de Procuradores Municipais (ANPM) adota a tese de que o procurador só pode ser responsabilizado no caso de má-fé, como mostra o seguinte enunciado, inédito no tema, aprovado no VIII Congresso de Procuradores Municipais:

Enunciado 184 (AI VI): O Procurador Municipal, ao proferir parecer, somente será responsabilizado em caso de má-fé não sendo competente o Tribunal de Contas para a aferição de tal responsabilidade.¹⁹¹

¹⁸⁷ Idem, 2009, p. 7.

¹⁸⁸ Idem, 2009, loc. cit.

¹⁸⁹ BRASIL, 2003.

¹⁹⁰ Idem, 2009, p. 2.

¹⁹¹ VIII CONGRESSO DE PROCURADORES MUNICIPAIS, 2011, Rio de Janeiro. **Enunciados Aprovados**, 2011.

Adotando-se uma leitura literal (em que dolo é sinônimo de má-fé), essa posição parece parcialmente das decisões do STF e da redação do Estatuto da OAB, as quais, como visto, abarcam também a hipótese de culpa.

No mais, e quanto ao órgão competente para aferir a responsabilidade, entende-se que há acerto o enunciado, como se verá à frente.

5.4.2 SEGUNDO CRITÉRIO: ERRO EVIDENTE E INESCUSÁVEL

Embora Mendonça não faça essa observação em seu trabalho, equipara-se o erro evidente e inescusável à situação de *culpa grave*, em razão do elemento de evidência. Porque é possível que o dever jurídico violado não esteja em evidência, sendo genérico, e gere culpa nos termos do art. 186 do Código Civil.¹⁹² Nesse caso, haverá culpa não evidente ou culpa leve. O critério proposto, então, fala de violação de dever determinado, claro, evidente.

Não obstante, é provável que essa distinção não tenha tanta relevância prática. No caso concreto, hipóteses de culpa e culpa grave são geralmente imiscíveis. Nos julgados pesquisados, há várias referências ao grau da culpa pelo uso de expressões como “grosseiro” e “grave”, todavia não rigorosamente. Nos julgados, vez ou outra, tais expressões poderiam ser identificadas como sinônimos de “inescusável”.

Culpa consiste no *descumprimento de um dever de cuidado*, que o agente podia conhecer e cumprir. Em outras palavras, violação *inescusável* ou evitável. Observa-se que o elemento essencial da culpa é o *erro de conduta*, não importando a intenção do agente. A análise do erro é objetiva. Como explica o autor:

Diferentemente do dolo (também incluído no conceito de culpa em sentido lato), a culpa não é a vontade de praticar determinado ato ilícito. É, antes, a vontade de praticar ato lícito, mas o agente, por não adotar a conduta adequada, acaba por praticar ato ilícito. Vê, então, que há na culpa uma conduta mal dirigida a um fim lícito; uma conduta inadequada aos padrões sociais; ato ou fato que uma pessoa prudente

¹⁹² CAVALIERI, 2008, p. 34.

e cautelosa não teria praticado. É imprevisão do previsível, por falta de cautela do agente. *Há na culpa, em última instância, um erro de conduta.*” (grifo nosso)¹⁹³

O reconhecimento de tal conduta grave também é difícil, mas não impossível. Isso porque se trata da violação de *deveres cuja observância se espera de todo profissional médio*. Erros evidentes, deveres básicos de cuidado, de modo que Mendonça ousa dizer: “[...] a absoluta maioria dos advogados de boa-fé, com experiência em Direito Público [...] é capaz de detectar um erro inescusável de um colega”. E exemplifica:

Não estamos falando de interpretações divergentes [...] não estamos falando da adoção de teses superadas. Estamos falando de erros claros [...] Aos exemplos, todos reais. Elaborar parecer jurídico referente a matéria atual de trânsito com base no revogado Código Nacional de Trânsito, lei federal nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. Enquadrar caso de dispensa de licitação em artigo inteiramente inaplicável da Lei de Licitações [...]”¹⁹⁴

O erro compreende a ação e a *omissão* (violação do dever de agir), “quando o procurador não detecta ilegalidades *claras*”¹⁹⁵.

Dessa forma, caso alguma dessas opiniões jurídicas tenha *induzido a administrador a erro e gerado prejuízo*, nada mais natural do que responsabilizar seu prolator¹⁹⁶, uma vez que o erro de conduta profissional foi *claro e inescusável* e há nexos causal entre a conduta culposa e o dano.

Evidente que equívocos são aceitáveis e comuns em qualquer prática profissional. Mas os deveres elementares de cuidado (por exemplo, revisão adequada) e a técnica jurídica média (por exemplo, razoável atualização legislativa) esperadas do advogado transformam eventuais equívocos em erros evitáveis.

Assim, se o gestor público causou prejuízo e foi influenciado pela opinião jurídica equivocada e indesculpável, será possível responsabilização pessoal do advogado.

Por último, esclareça-se que há “[...] impossibilidade de responsabilidade por incompetência institucional do órgão.”¹⁹⁷ Segundo Mendonça, o advogado não pode ser responsabilizado por desconhecer matérias de fato, estranhas à sua incumbência

¹⁹³ CAVALIERI, 2008, p. 33.

¹⁹⁴ MENDONÇA, 2009, p.7-8.

¹⁹⁵ Idem, 2009, p. 8.

¹⁹⁶ Idem, loc. cit.

¹⁹⁷ MENDONÇA, 2009, p. 8.

jurídica, relacionadas a preços de mercado e contabilidade, por exemplo. A aquisição desses conhecimentos é natural e desejável, mas nem sempre exigida.

Todavia, não se pode negar a responsabilidade do advogado por erro de fato se o dever de cuidado que o evita é esperado de qualquer profissional médio. Como visto, o tratar do advogado privado, Cavalieri aponta que é possível responsabilização por erro grosseiro, seja de fato, seja de direito, e dá o exemplo do primeiro caso: perda do prazo para recorrer. Analogamente, *mutatis mutandis*, parece não haver óbice para a responsabilização do parecerista, *v.g.*, no caso em que sua demora injustificada (uma demora colossal, *v.g.*) em emitir parecer tenha sido causa idônea de dano ao Erário. Outro exemplo, no caso de licitação, são preços grosseiramente exorbitantes.

Sobre os dois critérios já postos, colacionamos a ementa do primeiro julgado citado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo:** Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (MS 24073, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP-00379)¹⁹⁸

No polêmico MS 24.631, esses elementos também não foram questionados. Na parte que interessa, colacionamos também:

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

[...]

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**

¹⁹⁸ BRASIL, 2003, grifo nosso.

responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (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)¹⁹⁹

5.4.3 TERCEIRO CRITÉRIO: CONDICIONANTES DE CAUTELA

Diferente dos primeiros dois critérios, este *standard* não é elemento expressamente tratado na lei e na jurisprudência, também “[...] não é capaz, por si só, de disparar a responsabilização do consultor público”, sendo “responsável por, em situações de dúvida, orientar um eventual decisão desfavorável ao procurador”.²⁰⁰

Trata-se de critério *prático auxiliar*, porque a *omissão no uso* desses condicionantes ou seu *uso equivocado* podem contribuir para um juízo conclusivo de conduta profissional dolosa ou culposa.

Condicionante de cautela é “[...] qualquer estratégia pragmática que busque evitar a responsabilização do procurador ao demonstrar o exaurimento dos deveres ínsitos à função do parecerista público”.²⁰¹ De forma mais simples, é qualquer providência prática que demonstra o dever cumprido.

O primeiro exemplo de condicionante é o “[...] uso de expressões denotativas do término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa [...]”²⁰². Dito de outro modo, é a pontuação, no conteúdo do parecer, dos elementos jurídicos e não jurídicos sujeitos à apreciação. “A juízo do gestor público” e “a critério da autoridade competente” são exemplos de expressões utilizadas.

Interessante observar que, no MS 24.584, um dos fundamentos do pedido dos impetrantes (procuradores federais junto ao INSS) é a *impossibilidade de*

¹⁹⁹ BRASIL, fev. 2007, grifo nosso.

²⁰⁰ MENDONÇA, 2009, p. 9.

²⁰¹ MENDONÇA, 2009, p. 9.

²⁰² Idem, loc. cit.

conhecimento de todos os detalhes técnicos da avença, em que resta evidente a influência deste condicionante.²⁰³

A falta desse condicionante pode contribuir para a configuração do elemento culpa ao, por exemplo, ensejar dúvida acerca da distinção entre a conclusão jurídica a ser observada pelo gestor e a mera consideração de matéria administrativa feita pelo advogado.

Acerca disso, a AGU editou a BPC nº 07:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 07

a) Enunciado: **O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.**

b) Fonte: É oportuno que os advogados públicos não invadam área de conhecimento técnico alheio ao Direito, para, por exemplo, dissentir da classificação feita por idôneo agente público acerca do objeto licitatório. A observação não inviabiliza que o Advogado Público expresse sua opinião ou faça recomendações, ressaltando a tecnicidade ou discricionariedade do assunto.

A prevalência do aspecto técnico ou a presença de juízo discricionário determina a competência da autoridade administrativa pela prática do ato, bem como sua responsabilidade por ele.²⁰⁴

Já mau uso do mesmo pode ser evidência de má-fé, como no caso do uso de expressões pseudo-condicionantes. Nessa hipótese, o parecerista usa a expressão como “tática exculpante”, a fim de se exculpar um dever não cumprido. Isto é, usa a linguagem para dissimular sua conduta culposa ou dolosa. Tenta cobrir o conteúdo com a forma.

Todavia, “[...] a afirmação de que a decisão cabe ao administrador, colocada depois da opinião jurídica lavrada com erro evidente e inescusável, ou manifestamente dolosa, não isenta seu prolator de responsabilidade.”²⁰⁵

O segundo condicionante tratado por Mendonça é o *dever de informar acerca dos riscos jurídicos* inerentes a cada linha de ação administrativa possível. Os riscos

²⁰³ BRASIL, jun 2007.

²⁰⁴ BRASIL, 2011.

²⁰⁵ MENDONÇA, 2009, p. 9.

jurídicos incluem instabilidade e divergência jurisprudencial capazes de influir nos atos administrativos, na gestão e nas pessoas.²⁰⁶

É evidente que não se pode fazer referência a todas as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes. Basta que se proceda a uma pesquisa ampla o suficiente para mapear os principais riscos dos posicionamentos em análise, a fim de que a autoridade possa fazer uma opção *racional* porque *bem informada*.²⁰⁷

Nesse sentido, advertiu o Tribunal de Contas da União, em julgado referido:

[...]

7. Assim, **persiste ainda a responsabilidade pelo conteúdo do parecer ou pela maior ou menor eficácia do parecerista em informar corretamente o administrador acerca da decisão a ser tomada.** Ao não alertar o gestor para as manifestas ilegalidades implícitas na contratação pretendida, o parecer deixa de cumprir a função precípua que lhe reserva a lei, atraindo inevitavelmente a responsabilidade dos seus autores, salvo o erro de avaliação ou a omissão escusáveis, excludentes que reputei inexistentes no caso.²⁰⁸

Cabe ao autor de um parecer “[...] examinar com cautela todas as circunstâncias do caso concreto, apontando as possíveis divergências e revelando conhecimento técnico e jurídico sobre os fatos, a ciência e a lei”.²⁰⁹

Como se vê no voto *supra*, a conduta dolosa ou culposa pode ser verificada no caso em que o parecerista não informou ou mal informou o gestor público prejudicado acerca dos riscos jurídicos, com relação aos quais este poderia ter tomado providências para evitar o dano ocorrido.

Como último exemplo de condicionante, acrescenta-se a *exposição clara e organizada da opinião jurídica*. É inegável que o uso deficiente da redação pode produzir problemas de incompreensão ou compreensão errada do texto e, conseqüentemente, da situação jurídica nele veiculada. *V.g.*, no caso de ambigüidade. Isso pode contribuir para configuração da culpa ou dolo do parecerista.

A fim de erradicar essa falha, a AGU editou a BPC nº 02:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 02

²⁰⁶ Idem, loc. cit.

²⁰⁷ Idem, 2009, p. 10.

²⁰⁸ BRASIL, 2010. Grifo nosso.

²⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 529.

a) Enunciado

Ao elaborar suas manifestações jurídicas, o Advogado Público deve **redigir a conclusão de forma clara, apartada da fundamentação, com exposição especificada das orientações e recomendações**, se possível, com a utilização de tópico para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consulente fácil compreensão e atendimento da orientação do Órgão Consultivo.

b) Fonte

Em diversas Correições Ordinárias realizadas pela CGAU, observou-se a emissão de manifestações jurídicas que, nada obstante a robustez e o acerto técnico, afiguraram-se desprovidas de uma redação objetiva e clara quanto aos encaminhamentos propostos à autoridade pública consulente, o que tem o delicado potencial de inviabilizar a apreensão exata da conclusão da peça opinativa, eis que esta, ainda que dotada de formação jurídica, necessita do assessoramento jurídico pontual. Dessa forma, é imperioso que os Advogados Públicos busquem, nas conclusões de suas manifestações, expor as propostas de encaminhamentos de forma simples, clara, objetiva e absolutamente inteligível ao Consulente, podendo, inclusive, consigná-las em forma de itens sequenciados.²¹⁰

Semelhante é o teor do Acórdão nº 2739/2010 do TCU, referenciado *supra*.

Em suma, os condicionantes reais de cautela são padrões de prática profissional que auxiliam a verificação de ocorrência de dolo ou erro evidente e inescusável e, portanto, a aferição da responsabilidade do profissional.

5.4.4 QUARTO CRITÉRIO: HETEROGENEIDADE DE IDEIAS

Assim como o anterior, este *standard* não é capaz *per si* de responsabilizar o advogado de Estado. Trata-se de critério *interpretativo auxiliar*.

Como é sabido, o direito não é uma ciência exata e sua linguagem possui relativa indefinição. “*Perplexidades conceituais*” (Dworkin) surgem na descrição de leis por meio conceitos não claros (e não raros). Não há clareza quanto ao modo de resolver várias controvérsias²¹¹. No mesmo sentido, Kelsen explica que várias interpretações são possíveis dentro da moldura legal:

²¹⁰ BRASIL, 2011, nosso grifo.

²¹¹ MENDONÇA, 2009, p. 2-3.

La interpretación de la ley no tiene que llevar necesariamente a una decisión única, como si sólo ella fuese justa y recta, sino a varias decisiones, cada una de las cuales (desde el punto de vista de la norma que aplican) posee idéntico valor que las demás, si bien sólo una de ellas llega a ser Derecho positivo em la sentencia judicial. Cuando se disse que una sentencia está fundada em la ley, no quiere decirse outra cosa sino que está dentro dela marco representado por aquélla; significa que es uma, no la única de las normas individuales que son posibles dento del marco de la norma general.²¹²

A lição do jusfilósofo austríaco é lapidar e aplicável para a esfera judicial e administrativa: a decisão é *uma* norma individual, não a *única* dentre as possíveis dentro da moldura da norma geral. O objeto de estudo do Direito é plurívoco: uma mesma lei possui vários significados possíveis.

No plano constitucional, o pluralismo político foi consagrada como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso V da CR/88), aplicável tanto para a atividade do particular quanto para a atividade estatal. Para o particular, concretiza-se na liberdade de pensamento e expressão (art. 5º, incisos VI e IX da CF); para a Administração Pública, é dado “[...] pragmaticamente útil para obtenção de políticas públicas e de decisões objetivamente melhores [...]”²¹³ Ou seja, a diversidade de ideias é um excelente método para fazer com que prevaleçam os melhores argumentos. Na democracia, discordar é uma boa estratégia para melhorar as coisas.

À luz disso, a necessidade de heterogeneidade de ideias passa a servir de *filtro interpretativo* para os demais. Se a pluralidade de ideias é ínsita à atividade jurídica e valor constitucional fundamental, é necessário que os conceitos de dolo e erro inescusável sejam *interpretados restritivamente*²¹⁴. Dessa forma, evita-se que as hipóteses excepcionais de culpa sejam *generalizadas*. Ora, dolo e culpa grave não podem se tornar desculpa para que prevaleça a posição dos órgãos de controle. Assim disse Mendonça:

Em médio prazo, pensando em termos consequencialistas, o efeito disso seria o de uma auto-castração ideológica, na qual as consultorias públicas sequer teriam a chance de pensar *diferente* – talvez melhor, talvez pior – do que as referidas agências de controle.²¹⁵

²¹² KELSEN, Hans. **Introducción a la teoría pura del derecho.**

²¹³ MENDONÇA, 2009, p. 11-12.

²¹⁴ MENDONÇA, 2009, p. 12.

²¹⁵ Idem, loc. cit.

Como desenvolvido antes, é certo que as opiniões jurídicas possíveis de serem defendidas no parecer não são infinitas. A norma legal possui uma moldura, fora da qual interpretações são insustentáveis. Não se pensa, então, em uma suposta indefinição *absoluta* do Direito. Além do mais, “[...] o argumento dos casos difíceis é aplicável, quando muito, a um percentual ínfimo de hipóteses”.²¹⁶

Nessa quadra, enunciando *limites formais e materiais*, Mendonça procura definir os contornos da moldura que cerca a diversidade de opiniões jurídicas na atuação do advogado de Estado parecerista.

Os limites formais são, (i) a *transcrição de dispositivos normativos*. Trata-se do limite mais evidente. Em face do nosso modelo de raciocínio jurídico influenciado pela escola romano-germânica (*civil law*), espera-se que o parecerista fundamente o trabalho precipuamente na incidência da lei no caso concreto.

A (ii) *consulta à jurisprudência atualizada*. Não se pode negar também, a notável influência do modelo norte-americano *common law* sobre o sistema jurídico brasileiro. Com efeito, os precedentes judiciais dos Tribunais Superiores têm obtido cada vez mais importância, a exemplo da criação, nos últimos anos, do efeito impeditivo das súmulas e da súmula vinculante.

O (iii) *apelo ao suporte doutrinário usual*. Segundo Mendonça, trata-se da “[...] submissão estratégica ao conservadorismo intelectual inerente ao mundo prático do Direito”²¹⁷. Isto é, no mundo jurídico, ainda que se reconheça que o majoritário não significa necessariamente qualidade, recomenda-se o apoio em lições já aprovadas e conhecidas, a “doutrina consagrada”, porque o entendimento é mais fácil a partir do que já se conhece e valoriza.²¹⁸

Em razão disso, a (iv) *introdução de inovações deve ser feita a partir de um nível aceitável de redundância*. Por força do conservadorismo da prática jurídica, “[...] as novidades devem conscientemente ser apresentadas como desenvolvimento de conhecimentos existentes, sempre em linguagem jurídica ordinária, ‘prática’, não-acadêmica.”²¹⁹

²¹⁶ Idem, 2009, p. 14.

²¹⁷ MENDONÇA, 2009, p. 12.

²¹⁸ Idem, 2009, p. 13.

²¹⁹ Idem, 2009, loc. cit.

Por último, também em razão do teor conservador da prática, (v) *rejeitar o uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais*. O parecer jurídico é opinião de uma pessoa, todavia prefere-se que esta esteja referendada por autores consagrados e decisões recentes dos tribunais superiores. Para o autor, “[...] o Direito é ciência opinativa que morre de medo de ser apenas opinião.”²²⁰

Encerrando-se os limites formais, resta o *limite material: a razoabilidade da tese defendida*. Pensamento jurídico razoável é o construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal²²¹, de modo que a “[...] se o parecer está devidamente fundamentado e se defende *tese jurídica aceitável*, com amparo em lição doutrinária ou jurisprudencial, não deve haver responsabilidade do advogado público.”²²²

Embora razoabilidade possa ser considerada “noção confusa” (Perelman), difícil de ser identificada, Mendonça defende essa possibilidade à luz da integridade, coerência sistêmica e pretensão de correção do Direito. Apesar das dúvidas, existem certos e errados. Essas características desejadas (coerência e correção) remetem aos elementos do sistema jurídico (ordenação e unidade), no pensamento de Canaris:

“A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito [...] A exigência de ‘ordem’ resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça [...] a idéia de ‘unidade da ordem jurídica’[...] constitui[...] uma emanção do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica [...]”²²³

Insista-se, há uma moldura que delimita a opinião jurídica. O argumento de Canaris é mais um reforço nesse sentido. Um “senso de ser apropriado” que existe numa interpretação sustentável não existe numa “advocacia de tese furada”²²⁴. Portanto, a relativa indefinição da razoabilidade não é motivo bastante para a negação de sua

²²⁰ Idem, 2009, loc. cit.

²²¹ GOMES DE MATTOS, apud MENDONÇA, 2009, p. 14.

²²² BALESTRA NETO apud MENDONÇA, 2009, p. 14.

²²³ Wilhelm Canaris, CLAUS. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 18-20.

²²⁴ GUNTHER apud MENDONÇA, 2009, p. 14.

análise, um instrumento útil para a resolução de problemas práticos no assunto da responsabilidade.

Dessa forma, a apuração do dolo ou erro evidente e inescusável do advogado de Estado parecerista deve passar pelo crivo interpretativo da pluralidade de opiniões. Essa diversidade, como visto, não é ilimitada e possui os marcos traçados pela imperatividade das normas, influência da jurisprudência, suporte doutrinário usual, conservadorismo prático e razoabilidade.

5.4.5. BREVE COMENTÁRIO AOS JULGADOS

Como verificado acima, o julgado do MS 24.631/DF inova com relação ao anterior *leading case* MS 24.073/DF. Inclui um parâmetro diferente dos acima esposados. Assim ementado, é o que se lê:

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. (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)²²⁵

Observa-se que esse julgado possui um elemento novo com relação ao precedente anterior: a ligação entre o caráter obrigatório do parecer e a responsabilização do parecerista.

Por isso, assim como ocorreu no MS 24.584/DF, o Min. Joaquim Barbosa, relator do MS 24.631/DF, tratou do assunto da responsabilidade a partir da classificação doutrinária dos pareceres em *facultativos, obrigatórios e vinculantes*. Segundo ele, “[...] a obrigatoriedade ou não da consulta tem influencia decisiva na fixação da natureza do parecer [...]”²²⁶

Em seu voto, “[...] nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista”. Isto é, se a lei nada diz, presume-se que o parecer é facultativo, opinativo, o que implica na irresponsabilidade do emitente.

Todavia, segundo o relator, no caso do parecer vinculante, há “efetiva partilha do poder decisório”, assim “[...] em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.”²²⁷ É o “co-autor do ato”²²⁸

Nesse caso, o “[...] advogado responderá pela má gestão administrativa, pois em tese ele também terá ‘praticado’ o ato lesivo ao erário.”²²⁹

Os ministros concordaram com o relator, todavia Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio discordaram quanto a este último fundamento: o fato de que o parecerista atua no processo administrativo não o torna obrigatoriamente administrador. “Ele atua não como administrador, como profissional jurídico, lidador jurídico, operador jurídico”, registram os debates no Pleno²³⁰.

²²⁵ BRASIL, fev. 2007, nosso grifo.

²²⁶ BRASIL, fev. 2007, 283.

²²⁷ Idem, 285.

²²⁸ Idem, 287.

²²⁹ AMORIM, p. 334. In: BOLZAN; MARINELA, 2010.

²³⁰ BRASIL, fev. 2007, 295-296.

Mendonça segue a posição dos dois ministros: “[...] o administrador administra, e um parecer vai ser sempre um parecer: se é obrigatório ou não, isso não desnatura sua essência opinativa”.²³¹

Moreira Neto também denuncia o equívoco:

[...] decisões que não façam o necessário discrimen entre funções de gestão pública e de advocacia pública, concorrem para debilitar essa elevada conquista do Estado de Democrático de Direito, ora em pleno desenvolvimento de suas potencialidades em defesa da cidadania, pois esta é, afinal, tônica e finalidade última de toda as espécies instituídas de funções essenciais à justiça.²³²

Como se vê, o autor também não inclui o parecer vinculante em sua sistematização de responsabilidade. Não está em nenhum dos quatro critérios. Isso porque, discordando de Joaquim Barbosa, o autor entende que *a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista*. Importa, sim, se o parecer, emitido com dolo ou culpa grave, efetiva e concretamente induziu a autoridade a erro (nexo causal). O parâmetro levantado no MS 24.631 é “[...] formal, estático, quando a análise de uma responsabilização pessoal sempre deve se dar de modo subjetivo”²³³

Marçal segue a mesma linha ao dizer:

[...] A natureza vinculante ou não do parecer relativamente à autoridade administrativa é irrelevante para determinar a extensão da responsabilidade do seu emitente. A responsabilidade do emitente do parecer – tenha ou não dito parecer cunho vinculante, seja ou não obrigatório – depende do conteúdo e das circunstâncias.²³⁴

Por exemplo, para Mendonça, a hipótese do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 carrega responsabilidade aos pareceristas não porque os pareceres ali referidos sejam obrigatórios, mas porque se tornam atos administrativos de aprovação, não mais, em essência, pareceres jurídicos (obrigatórios ou facultativos).²³⁵

Em conclusão, Ronny aponta que o julgamento dos MS 24.584 e 24.631 demonstram que “ainda há uma zona cinzenta em relação ao tema responsabilidade do

²³¹ MENDONÇA, 2009, p. 6.

²³² MOREIRA NETO, 2008, p. 18.

²³³ MENDONÇA, 2009, p. 6.

²³⁴ JUSTEN FILHO, 2010, p. 528.

²³⁵ Idem, 2009, p. 7.

parecerista, que merecerá nova análise pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal”²³⁶

5.5. ÓRGÃO COMPETENTE

Em razão do regime jurídico *híbrido* a que se submete (estatuto de carreira e Estatuto da OAB) o advogado de Estado, “[...] o órgão responsável pela apuração administrativa de eventuais irregularidades no exercício dessa atividade será a Corregedoria própria [...] ou a Ordem dos Advogados do Brasil, quando inexistir [...] órgão de correição”.²³⁷

Na esfera federal, a Orientação Normativa nº 1 prevê:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 21 DE JUNHO DE 2011
 [...]
 É OBRIGATÓRIA A INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, POR TODOS OS ADVOGADOS DA UNIÃO, PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL, PROCURADORES FEDERAIS E INTEGRANTES DO QUADRO SUPLEMENTAR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, DE QUE TRATA O ART. 46 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.229-43, DE 6 DE SETEMBRO DE 2001, PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA INSTITUIÇÃO.
OS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DE SEUS ÓRGÃOS VINCULADOS RESPONDEM, NA APURAÇÃO DE FALTA FUNCIONAL PRATICADA NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, OU QUE TENHA RELAÇÃO COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO EM QUE SE ENCONTREM INVESTIDOS, EXCLUSIVAMENTE PERANTE A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, E SOB AS NORMAS, INCLUSIVE DISCIPLINARES, DA LEI ORGÂNICA DA INSTITUIÇÃO E DOS ATOS LEGISLATIVOS QUE, NO PARTICULAR, A COMPLEMENTEM.²³⁸

Dessa forma, no entendimento da AGU, somente a Corregedoria é órgão com atribuição para apurar eventual dolo ou culpa na conduta profissional do parecerista.

²³⁶ TORRES, R. C. L. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 3 Ed. rev. Amp e atual. Salvador: Juspodivm. p. 226.

²³⁷ TORRES, p. 160-161. In: GUEDES; SOUZA, 2009.

²³⁸ CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO, 2011, grifo nosso.

Nesse momento, lembre-se da nova concepção da separação dos poderes, fundamento teórico levantado por Moreira Neto *supra*. A interferência entre órgãos constitucionalmente autônomos (por exemplo, entre Tribunal de Contas e Procuradoria da União) deve ocorrer com respeito à independência e harmonia existente entre eles, apenas nos expressos termos da Constituição.

Os pareceres jurídicos são atos próprios de consultoria de Estado e, portanto, o controle sobre seus prolatadores deve ser dar por órgãos próprios. Segundo o publicista, o advogado também só responderá perante a Corregedoria do próprio órgão ou, como cláusula geral (no caso de lesão ou ameaça a direito - art. 5º, inciso XXXV da CR/88), o Judiciário. Isso porque a Constituição não deferiu a competência para aferir conduta profissional culposa aos órgãos da Administração Pública, tampouco aos órgãos de contas ²³⁹. Dessa forma, a Corregedoria é o juiz natural. Em suas palavras:

[...] a presunção de juridicidade, tanto de seu comportamento funcional, quanto de sua manifestação nesta qualidade, só pode ser afastada pelos órgãos constitucionalmente competentes para estabelecerem a culpa ou o dolo em sua atuação profissional e de, em consequência, lhes aplicar sanções em razão de vicioso exercício profissional, ou seja [...] apenas os referidos órgãos corporativos de controle interno por pares a que está sujeito o advogado de Estado e, por cláusula geral, o Judiciário.²⁴⁰

Como já visto no desenvolvimento do trabalho, a responsabilização é possível, todavia sempre perante o órgão competente. Dessa forma,

[...] não compete aos Tribunais de Contas aplicar multas ou sanções a membros da Advocacia de Estado em relação a atos praticados no exercício da função. No caso de responsabilização civil, penal ou nos casos de prática de ato de improbidade, o órgão competente para aplicação das penalidades cabíveis é o Poder Judiciário, como é natural a qualquer agente público.

Nesse sentido, equivocou-se a Corte de Contas no Acórdão nº 675/2006, cuja decisão impôs sanções pecuniárias por má gestão administrativa a Advogados de Estado. Tal posição faz “[...] confusão entre o *ato próprio do exercício da Advocacia de Estado* [...] com o *ato próprio de administração pública*, este sim, sob seu controle”²⁴¹

²³⁹ MOREIRA NETO, 2008, p. 13.

²⁴⁰ Idem, 2008, p. 12.

²⁴¹ Idem, 2008, p. 14.

Lembre-se que o MS 26.5484/DF prevê somente a possibilidade de oitiva dos procuradores perante o TCU, a fim de prestarem explicações. Caso tome conhecimento de algum desvio, não é dado o TCU impor sanções, devendo oficiar à Corregedoria competente para aferir eventual responsabilidade.

6 CONCLUSÕES

Em termos gerais, os elementos doutrinários, normativos, jurisprudenciais e pragmáticos expostos no núcleo do trabalho conduzem às seguintes conclusões.

- I) O advogado de Estado parecerista é agente na construção de um Estado de Justiça.
- II) Para que se alcance tal finalidade, é necessária a observância dos princípios constitucionais que regem sua atuação profissional, dentro os quais se destacam independência funcional e inviolabilidade, especialmente na atuação consultiva.
- III) Não se admite a irresponsabilidade do advogado de Estado parecerista.

IV) O advogado de Estado pode ser responsabilizado pela falta de emissão de parecer (seja obrigatório, seja vinculante), após procedimento administrativo em que se assegure oportunidade para apresentação de causa exculpante (contraditório e ampla defesa).

V) Segundo as três últimas decisões do STF no assunto, o advogado de Estado parecerista só poderá ser responsabilizado pela emissão de parecer no caso em que este seja emitido em razão de *dolo (má-fé)* ou *conduta culposa (erro evidente e inescusável)* e seja capaz de induzir a edição do ato administrativo gerador do dano.

VI) Para verificação dos critérios de dolo ou culpa, utilizam-se critérios auxiliares: os condicionantes de cautela e a preservação de heterogeneidade de ideias do Direito.

O primeiro é critério prático. São exemplos de condicionantes de cautela o uso de expressões indicativas do fim da opinião jurídica e o alerta para riscos jurídicos das posições divergentes. No parecer, a omissão de tais condicionantes pode contribuir para configuração da má-fé ou do erro evidente e inescusável.

O segundo critério é interpretativo. A necessidade de preservação da diversidade de opiniões jurídicas exige uma interpretação restritiva dos critérios anteriores. A heterogeneidade de ideias é relativa, e não absoluta, de modo que uma opinião jurídica é sustentável quando se enquadra em limites formais e um limite material. São limites formais: transcrição de dispositivos normativos; consulta à jurisprudência atualizada; apelo ao suporte doutrinário usual; introdução de inovações com resguardo da doutrina consagrada; rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais; e uso de linguagem clara. É limite material a razoabilidade da tese defendida.

VII) Em razão desses critérios e limites, o parecer é um espaço opinativo controlado, de maneira que nem todas as teses sustentadas nos pareceres são juridicamente possíveis. “O advogado público, se é um viabilizador de políticas públicas, não deve se tornar um engenheiro do possível” (Mendonça).

VIII) A responsabilidade do advogado de Estado parecerista só poderá ser aferida perante a Corregedoria de seu próprio órgão constitucionalmente autônomo.

7 REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Corregedor-Geral da Advocacia da União. Orientação Normativa nº 01. Dispõe sobre a inscrição obrigatória na OAB, dos membros das carreiras jurídicas que especifica, e sobre a apuração de falta funcional. **Boletim de Serviço nº 25**, 24 jun. 2011.

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO INTERINO. Portaria Nº 1.399, de 5 de outubro de 2009. Dispõe sobre as manifestações jurídicas dos órgãos de direção superior e de execução da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. **Diário Oficial da União Eletrônico**, Seção 1, p. 36-37.

AGUIAR, A. M. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, J.C.; SOUZA, L. M. (Coor.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 54.

AMORIM, G. H. P. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. *In*: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (orgs.). **Leituras complementares de Direito Administrativo: advocacia pública**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 321-350.

ARAS, J. **Prática Profissional de Direito Administrativo**. 2 Ed. 2011, Salvador: Juspodivm, p. 351.

ÁVILA, H. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito DA Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: jan. 2012. p. 3.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

BRANCO, P.G.G. Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública – Funções Essenciais à Justiça. *In*: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Sairava, 2009. p. 1037.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. Brasília: CGU/AGU, 2011.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado**, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Não conhece do recurso. Sérgio Luiz Souza Araújo e César Eduardo Dias Costa. REsp 151.840/MG. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, 25 maio 1999, **Diário de Justiça**, ago. 1999, p. 128.

BRASIL. Lei Nº 9.784 , de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 fev. 1999. Grifo nosso.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário oficial da União**, Brasília, 5 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário oficial da União**, Brasília, 18 abr. 1991.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, 11 fev. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Deu provimento ao Agravo Regimental. Agravo Regimental no Agravo 1297921/MS. Cleberson Wainner, Poli Silva e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, 15 maio 2012, **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Negou provimento ao Recurso Especial. REsp 73940/RS. Baldo S/A Comércio Indústria e Exportação e Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, 20 fev 2002, **Diário de Justiça**, 24 março 2003, p. 164.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Denega a ordem a cassa a liminar. OAB e TJ/SP. HC 78.553/SP. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 09 out. 2007. **Diário de Justiça**, out. 2007, p. 319.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Nega provimento a embargo de declaração. Acórdão nº 2739/2010. Secretaria de Estado de Saúde de Tocantins e José Renard M.P. e Maria das Graças R.H. Relator Min. Augusto Nardes. Brasília, 13 out. 2010. **Diário Oficial da União**, out. 2010. Grifo nosso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgada procedente a ação. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2652 / DF. ANAPE e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, Brasília, 08 mai. 2003. **Diário de Justiça nr. 221**, Brasília, p. 12, nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concessão da segurança. Mandado de Segurança nº 24.073-3 – Distrito Federal. Rui Berford Dias e outros e Tribunal de Contas da União. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, Brasília, 06 nov. 2002. **Diário de Justiça nr. 211**, Brasília, p. 15, out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Denegou a segurança. Mandado de Segurança nº 24.584-1 – Distrito Federal. Ildete Dos Santos Pinto e outros e Tribunal de Contas da União. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, 09 ago. 2007. **Diário de Justiça nr. 112**, Brasília, jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferiu a ordem. Mandado de Segurança nº 24.631-6 – Distrito Federal. Sebastião Gilberto Mota Tavares e Tribunal de Contas da União. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, Brasília, 09 ago. 2007. **Diário de Justiça nr. 018**, Brasília, fev. 2008.

CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

CARVALHO FILHO, J.S. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9784, de 29/01/1999)**. 2. ed. rev. amp. e atual., 2005, Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 204/205.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 389, grifo nosso.

CUNHA, L.C.C. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2011. p. 20-21.

CLAUS, W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 18-20.

FIGUEIREDO, L.V. (Coor.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 182.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

GUIMARÃES, D.F.; SILVA NETO, R.F. **Manual do Parecer Jurídico – Teoria e Prática**. 2012, Salvador: Juspodvm, p. 47

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 529.

KELSEN, H.. **Introducción a la teoria pura del derecho**.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed atualizada (Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

MENDES, G. F.; COELHO, I.M; BRANCO; P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, J.V.S. 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: 16 mai. 2012.

MOREIRA, J.B.G. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 401-402.

MOREIRA NETO, D. F. A responsabilidade do advogado de Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Vol. 63, 31 dez. 2008. Disponível em: <http://www.pge.proderj.rj.gov.br/sumario_rev63.asp>. Acesso em: 16 mai. 2012.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método. 2012. p. 39.

SARAIVA, P. L. A Tetradimensionalidade do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília ano 38, n. 153, p. 67-77, jan./mar. 2002.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

TARTUCE, F. **Direito civil, v. 2**. 7. São Paulo: Método, 2012. p. 342.

TORRES, R. C. L. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 3 Ed. rev. Amp e atual. Salvador: Juspodivm. p. 226.

UNIÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS. F.V. **Boletim Informativo dos Advogados Públicos Federais**, Ano 1, nº 10, set. 2011.

VIII CONGRESSO DE PROCURADORES MUNICIPAIS, 2011, Rio de Janeiro. **Enunciados Aprovados**, 2011.