Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 11 – julho/agosto/setembro de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O ADVOGADO PARECERISTA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Prof. Roberto Wagner Lima Nogueira
Mestre em Direito. Professor de Direito Público das Universidades, Católica de Petrópolis – UCP e Estácio de Sá – Juiz de Fora- MG. Procurador do Município de Areal-RJ.

1. INTRODUÇÃO

O advogado público quando chamado a dar uma consulta jurídica nos autos de um processo administrativo, opina. Esta opinião é na lição clássica de Hely Lopes Meirelles, um ato enunciativo, que não cria direitos e obrigações como sói acontecer no caso de um ato administrativo, logo, o agente público que terá que decidir o caso submetido à consulta do advogado, é que emitirá o ato administrativo de cunho decisório.

Seguindo este raciocínio, não é difícil perceber, que o advogado parecerista não praticará ato algum de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), caso ofereça interpretação jurídica dissonante da do Ministério Público ou do Tribunal de Contas, (exceto é claro, nos casos de evidente dolo) quando da averiguação das contas daquele administrador onde resta vinculado o atuar do advogado parecerista.

Pois bem. As coisas não têm sido tão simples assim. Os Tribunais de Contas e o Ministério Público, sob a alegação de discordarem da interpretação conferida ao direito pelo administrador que decidiu (ex: contratar sem licitação com base em parecer da procuradoria ou órgão jurídico similar), com base em opinião de seu órgão jurídico, vem imputando aos advogados públicos a condição de co-réus, arrolando-os ao lado dos administradores públicos no pólo passivo de uma ação de improbidade administrativa.

Esta situação vem se tornando alarmante, e em muitas das vezes

inibindo até mesmo o exercício da profissão do advogado público, porquanto este se sente ameaçado ao não poder conferir interpretação jurídica dissonante da dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. Ainda que a interpretação jurídica, como sabemos desde Hans Kelsen, apenas nos ofereça uma moldura, dentro da qual várias interpretações se revelam pertinentes.

2. COLOCAÇÃO DAS IDÉIAS

Aqui vai nossa crítica veemente a tal conduta exacerbada do Ministério Público. Somos conscientes de que "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado..." (art. 127, da CF). Porém, não é menos verdade que o Advogado também é "Indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão..." (Art. 133, da CF).

Razão pela qual, com todas as vênias possíveis, não é cabível arrolar advogado como réu em ação de improbidade administrativa, por ter o mesmo oferecido PARECER (leia-se: interpretação jurídica), repita-se PARECER (interpretação jurídica), ato não decisório, meramente consultivo, opinativo, nos autos de um processo administrativo.

Aliás, ainda sobre o tema PARECER DE ADVOGADO PÚBLICO, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já teve oportunidade de reconhecer a IMUNIDADE MATERIAL do advogado-geral da União por pareceres ofertados no exercício de sua profissão, nos autos do Inquérito 1674, julgado no Pleno em 06.09.01, citado no voto do Min. Maurício Corrêa nos autos do Mandado de Segurança 24.073-3-DF (www.stf.gov.br).

A bem da verdade, o advogado parecerista "Opina", é lógico que opinar é diferente de decidir, o parecer não é um ato administrativo de cunho decisório, é apenas e tão-somente uma opinião que não cria nem extingue direitos, como sói acontecer com os atos de conteúdo decisórios, razão pela qual o juízo do procurador não vincula a autoridade que tem poder decisório. Neste sentido é a lição segura do Professor e Procurador de Justiça no Rio de Janeiro, Dr. José dos Santos Carvalho Filho, "Manual de Direito Administrativo", 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 132, verbis,

> *Sendo juízo de valor do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem poder decisório, que pode ou não adotar a mesma opinião. Sublinhe-se, por oportuno, que o agente a quem incumbe opinar não tem poder decisório sobre a matéria que lhe é submetida, visto que coisas diversas são opinar e decidir.*

Advogado, procurador, assessor jurídico, diretor jurídico, na condição de pareceristas não ordenam despesa, não gerenciam, arrecadam, guardam, ou administram quaisquer bens, dinheiros ou valores públicos, claro fica a ausência de tipificação no art. 10 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa como vem tentando enquadra-los erroneamente o Ministério

Público.

Frisa-se que sobre o assunto, imputação de responsabilidade a advogado público parecerista, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem decisão paradigmática, razão pela qual, faremos doravante uso deste decisivo precedente da Corte Maior brasileira.

Nos autos do MS 24.973/DF o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, apreciou questão similar sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, chegando-se a seguinte conclusão, verbis:

> *"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." ("DJ" 31.10.2003).*

Urge aqui ser trabalhada algumas das passagens marcantes desta decisão proferida no MS 24.073-DF julgado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Iniciamos pelas lições do Min. Relator Carlos Velloso,

> *O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que uma 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.*

Continua Carlos Velloso: Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:

> *Pareceres – Pareceres administrativos 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 subseqüente. 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, pág. 185).

Ainda com Carlos Velloso, destaca-se que o Ministro, forte em Celso Antonio Bandeira de Mello, disse,

> *Não obstante Celso Antonio Bandeira de Mello 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 Antonio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 13ª ed. 2001, p. 377).*

Passada esta fase de fundamentação doutrinária, o Min. Relator Carlos Velloso acentua com suas próprias palavras,

> *É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, não é decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão "informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecida nos atos de administração ativa."*
>
> *Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.*
>
> *Este é o primeiro fundamento que me levar a deferir a segurança.*

Para Carlos Velloso uma segunda questão favorável ao advogado parecerista é esta,

> *O advogado, segundo a Constituição Federal, "é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e nos limites da lei".*

Também são nesta direção, as lições sempre lúcidas do Professor Luís Roberto Barroso, consagrado constitucionalista, que assina a inicial deste MS 24.073-DF que chegou ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ouçamos as palavras dele, Barroso, citadas como fundamentos de decidir por Carlos Velloso,

> *Certo é, bem esclarece a inicial, "que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes do ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: "Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa". Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, "de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nesta hipótese.*

É imperioso ainda continuarmos ouvindo as palavras sábias, ponderadas e de extrema sensibilidade jurídica, proferida pelo Min. Carlos Velloso, veja-se,

> *Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto da lei, o que acontece invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinado questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave inescusável.*

Na decisão do MS 24.073-3-DF, que foi unânime a favor dos impetrantes Rui Belford Dias e outros, advogados públicos, ainda votaram e de forma profundamente técnica e escorreita, os ministros Gilmar Mendes, Nélson Jobim Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence. Veja-se nesta oportunidade, o voto do Min. Gilmar Mendes, que já antevia a esdrúxula possibilidade de um advogado público responder por improbidade administrativa à luz da ira cega do Ministério Público. In verbis,

> *O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sr. Presidente, tenho a impressão de que estamos diante de um desses casos emblemáticos que, infelizmente, tornam-se cada vez mais comuns. Certamente, depois de prestar contas ao Tribunal de Contas, os mesmos consultores jurídicos terão de faze-lo também, sobre a correção dos seus pareceres ao Ministério Público, e responderão a alguma ação de improbidade administrativa. Já temos exemplos claros desses casos no âmbito da advocacia pública: discussões sobre teses jurídicas que agora têm de ser verificadas novamente em face da opinião de um determinado procurador.*
>
> *Não tenho a menor dúvida de que, para conceder a segurança, basta o fundamento constitucional. O advogado, aqui, como eventualmente um outro consultor-técnico, certamente não se enquadra na hipótese constitucional invocada pelo Tribunal de Contas.*
>
> *Por isso, defiro a ordem.*

Trazendo à colação, um interessante caso de juiz sendo processado por ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público, é esclarecedor e tragicômico o voto do Min. Nelson Jobim no MS 24.073-3-DF, porque revela os exageros perpetrados pelo Ministério Público, veja-se,

> *O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Sr. Presidente, pelas informações contidas no voto do Relator, só faltava o Tribunal de Contas também envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados. E isso está perto. No momento em que se fala de "doutrina pertinente", a impertinente pratica o ato de improbidade.*
>
> *(...) Só lembraria, na linha das observações do Ministro Gilmar Mendes, que, no Rio de Janeiro, um determinado juiz de Direito está respondendo a uma investigação no Ministério Público em relação à improbidade administrativa. Por questões de Direito, em algum momento do tempo, havia sido membro de um dos conselhos do Botafogo e, em certas ações envolvendo o time, ele não se deu por impedido. Por isso, membros do Ministério Público entenderam que ele havia praticado improbidade administrativa. O caso específico mostra*

claramente o exagero da visão, quase de pensamento único, pretendidas pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas.

Já o voto do min. Maurício Corrêa, faz menção a já consagrada IMUNIDADE MATERIAL do advogado parecerista quando no exercício de sua profissão, veja-se:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA – No inquérito 1674, julgando no Pleno em 06.09.01 – Relator originário o eminente Ministro Ilmar Galvão e, para o acórdão, o Ministro Pertence -, reconhecemos a imunidade material do advogado geral da União no exercício de sua função. Ora, o parecerista de uma empresa de economia mista como o Banco do Brasil, ao emitir um aconselhamento de como proceder-se diante da necessidade ou não de licitação, deve submeter-se ao controle fiscal do Tribunal de Contas? Claro que não.

Por fim, ainda em favor da tese encampada pelo acórdão sob comento, ou seja, o advogado parecerista apenas opina e não produz ato administrativo, portanto, não cria direitos e obrigações, é também o voto do Min. Sepúlveda Pertence do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos do MS. 24.073-DF, verbis:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator por ambos os fundamentos: não se enquadra na competência do Tribunal de Contas multar advogados por pareceres dados no exercício de sua função, independentemente da questão de estar ou não a sociedade de economia mista sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas, matéria de outros casos pendentes: também acolho o problema da IMUNIDADE DO ADVOGADO. (grifos do requerido)

Feita a citação de leading case do STF, é de bom tom repercutirmos a melhor doutrina sobreo tema: improbidade administrativa e advogado público. Neste particular, merece citação Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ambos Promotores de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, que em conjunto escreveram, a aplaudida obra: "Improbidade Administrativa", 1ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pág. 176/177, onde verberam as condições indispensáveis para análise da atuação do advogado público frente aos ditames do art. 2º da Lei 8.429/92, verbis:

A consubstanciação da improbidade, no entanto, pressupõe que o ato tenha sido analisado em conformidade com as peculiaridades da profissão, em especial a independência na livre valoração dos fatos e na adoção de medidas que entenda adequadas ao caso. Fosse outra a solução, a imensa maioria dos causídicos que defendem as pessoas jurídicas de direito público deveria ser considerada ímproba, pois o insucesso nas demandas judiciais e o prejuízo ao erário são constantes, o que decorre do fato de o Poder Público ser um dos principais descumpridores da lei em nosso país.

Ainda sobre o tema, improbidade administrativa e procurador público, advogado público, quando na condição de pareceristas, é decisivo mencionar a doutrina já clássica e de referência constante em julgados, do eminente jurista carioca, Mauro Roberto Gomes de Mattos, cujo título é: "O Limite da

improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92", 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 70/82. Diz Mauro Gomes Mattos e sua pena precisa,

> *A função do Consultor Jurídico ou do Procurador de determinado órgão jurídico da Administração é de, quando consultado, emitir uma peça (parecer) técnico-jurídica proporcional à realidade dos fatos, respaldada por embasamento legais.*
>
> *Se é a melhor orientação ou não, não está sob censura este ponto, pois compete ao advogado com vínculo público emitir um juízo de valor autêntico, lastreado em fundamentos jurídicos compatíveis com raciocínio desenvolvido, sem aberrações ou atrocidades.*

Fazendo uma nítida distinção entre administrador público (que decide!) e o parecerista (que opina, porém, não decide!), são como de hábito, valiosas as palavras do consagrado doutrinador, Mauro Gomes de Mattos, verbis:

> *Não pode o parecerista ser alçado à condição de administrador público quando emana um pensamento jurídico razoável, construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal.*
>
> *Transportar o parecerista à condição de administrador público para fins de responsabilização, via ação de improbidade, por ele ter esposado posicionamento técnico embasado, é pura violação ao art. 133 da CF.*
>
> *(...)*
>
> *Não é qualquer ato que dá azo à responsabilidade do Consultor Jurídico (advogado), pois é preciso tratar-se de erro grave, onde seja caracterizada a falha grosseira, com culpa. No caso da improbidade, somente a caracterização do dolo.*
>
> *Nessa réstia, e inclusão de Consultor Jurídico no pólo passivo da ação de improbidade, por ele ter emitido seu parecer e a posteriori ser entendido que a licitação não poderia ter sido dispensada ou declarada inexigível, se afigura como ilegal, quer pelo fato de o advogado não poder ser alçado à figura de administrador público, quer quando ele exara um ato (parecer) subcensura.*
>
> *A participação pura e simples do relato dos fatos conjugados com ordenamento legais que entendem ser aplicáveis a espécie retira do cenário da ação de improbidade a inclusão do Consultor Jurídico de seu pólo passivo, em virtude de não lhe caber fiscalizar o mérito do ato administrativo da autoridade competente, e sim externar o seu ponto de vista sobre determinada matéria jurídica.*
>
> *Assim, não existe o enquadramento do Consultor Jurídico no inc. VIII do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, estando o seu ato jurídico responsável e calcado em premissas sérias, fora do contexto da ação de improbidade.*
>
> *A Assessoria Jurídica não dispõe de competência para investigar a configuração de um "objeto singular", cabendo-lhe apenas o enquadramento*

> *dos fatos sob o prisma legal da sua ótica, dentro de uma certa coerência.*
>
> *Os pareceres são peças opinativas, não possuem efeito vinculante, exteriorizando uma opinião jurídica que não possui uma prescrição normativa acerca de determinado tema. (grifos do requerido). (Apud, Mauro Gomes de Mattos, op. cit. p. 74).*

Para finalizar este breve artigo, é de alvitre ouvirmos o próprio posicionamento da Procuradoria da República, quando do julgado paradigma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 24.073-3-DF, citado com precisão por Mauro Roberto Gomes de Mattos. Veja-se trecho do parecer da Procuradoria da República sobre o assunto: parecer jurídico, verbis:

> *A atividade dos advogados pareceristas é ato de conteúdo meramente enunciativo, ato administrativo que não declara vontade e não produz efeitos jurídicos passíveis de objeto do controle externo exercido pelo TCU. Parecer pela concessão da segurança.*

Por derradeiro, em outra oportunidade, também no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos do MS nº 24.631-6/160, em assunto análogo, assim se posicionou o eminente Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, citado na obra de Mauro Roberto Gomes de Mattos, verbis:

> *13. Ora, se o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão de administração pública não é ato administrativo, além disso, não tem o condão de vincular a decisão a ser tomada no momento da prática do ato ser vinculada, apenas, como meio de informação e elucidação, na há como o TCU pretender fiscalizar as opiniões veiculadas em pareceres, posto que estas não acarretarão qualquer ônus ao erário. Apud. "O Limite da improbidade Administrativa". Op. cit. p. 80/81.*

3. CONCLUSÕES

3.1. Sobre o tema PARECER DE ADVOGADO PÚBLICO, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já teve oportunidade de reconhecer a IMUNIDADE MATERIAL do advogado-geral da União por pareceres ofertados no exercício de sua profissão, nos autos do Inquérito 1674, julgado no Pleno em 06.09.01, citado no voto do Min. Maurício Corrêa nos autos do Mandado de Segurança 24.073-3-DF.

3.2. Opinar é diferente de decidir, o parecer não é um ato administrativo de cunho decisório, é apenas e tão-somente uma opinião que não cria nem extingue direitos, como sói acontecer com os atos de conteúdo decisórios, razão pela qual o juízo do procurador não vincula a autoridade que tem poder decisório.

3.3. Procurador, advogado, assessor jurídico na condição de pareceristas, não ordenam despesas, não gerenciam, arrecadam, guardam, ou administram quaisquer bens, dinheiros ou valores públicos, claro fica a ausência de tipificação no art. 10 e incisos da Lei de Improbidade

Administrativa como insiste erroneamente o Ministério Público.

3.4. Os pareceres são peças opinativas, não possuem efeito vinculante, exteriorizando uma opinião jurídica que não possui uma prescrição normativa acerca de determinado tema.

3.5. Dentre as condutas típicas arroladas no art. 10 da Lei nº 8.429/92, não se encontra um item sequer onde se possa enquadrar o agir de um operador do direito quando na função de parecerista, porquanto a participação deste é de caráter opinativo, elucidativo, materializada em ato administrativo enunciativo, sem qualquer conteúdo decisório.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O Advogado Parecerista e a Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.