Nº 34 – abril/maio/junho de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS

José Vicente Santos de Mendonça
Mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Professor da pós-graduação da Cândido Mendes, da UERJ e do Instituto Brasileiro do Petróleo.

I – Colocação do problema.

Este texto propõe quatro *standards* operacionais que, construídos a partir de decisões judiciais, lições doutrinárias e reflexões práticas, pretendem contribuir para uma melhor compreensão da responsabilidade do parecerista público. Ele 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 escusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, considerando que a heterogeneidade de idéias é valor constitucional comprovadamente útil à produção dos melhores resultados possíveis ao Direito.

Defenderemos, como sub-tese, que, embora devamos ser pragmáticos na atuação profissional, não podemos ignorar o interesse público.[1] Defenderemos, então, que somos todos capazes de detectar quando um advogado está defendendo interesse legítimo *dentro* do Direito, e quando está "advogando uma tese", no sentido crítico-ordinário da expressão: quando está mitificando juridicamente uma conduta ilegal. Tal postura não se encaixa na liberdade profissional de opinião[2], inserindo-se apenas superficialmente dentro da abrangência do quarto *standard*. Trata-se, afinal, de hipótese de dolo, só que disfarçado.

---

[1] Não desconhecemos o debate acerca da inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público. Para este artigo, vamos adotar a expressão "interesse público" no sentido depurado de "melhor interesse público", o qual não antagoniza de modo necessário com o interesse privado. Cf., por todos, SARMENTO, Daniel (coord.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[2] Art. 2º, parágrafo terceiro, da lei federal n.º 8.906/94: No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. Ainda, art. 31, parágrafo primeiro: O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

A idéia do artigo é sistematizar algumas noções pertencentes ao conhecimento convencional com vistas à facilitação de seu uso, e, além disso, vindicar a assunção de postura conscientemente ousada por parte dos consultores públicos: até o limite da heterodoxia opinativa, há Direito; para além daí, grassa a má-fé e o auto-engano.

II – Algumas decisões relevantes.

Para o desenvolvimento dos nossos *standards* vamos analisar as três decisões do STF mais recentes a respeito do tema. Decisões das cortes de contas vão aparecer de modo incidental, muito embora elas, junto com a atuação do MP, sejam a fonte propulsora das questões debatidas no STF.

A primeira decisão do STF é a que foi tomada no **Mandado de Segurança n.º 24.073-3 – Distrito Federal**, cujo julgamento se deu em 6 de novembro de 2002, sendo relator o ministro Carlos Velloso.[3] Este foi, durante um bom tempo, o *leading case* sobre o assunto. No caso, o Tribunal de Contas da União, por intermédio de sua Primeira Secretaria de Controle Externo, motivada por notícias publicadas no Jornal do Brasil, realizou auditoria na Petrobras e detectou ilegalidade na contratação direta, sem licitação, da empresa de consultoria Arthur D. Little – ADL. A partir daí, o TCU pretendeu responsabilizar, de modo pessoal e solidário (aos diretores da empresa), os diversos advogados da Petrobras que atuaram no caso e prolataram pareceres favoráveis à contratação direta da ADL.

O mandado de segurança sustentou a inconstitucionalidade do controle do Tribunal de Contas para examinar a atuação dos impetrantes, porque estes não haveriam atuado como administradores, mas tão-somente como advogados. A responsabilização violaria, ainda, a isenção técnica da atuação profissional dos advogados; sem falar que as opiniões legais haveriam sido redigidas com base nas informações fornecidas, aos consultores, pelas diversas unidades especializadas da Petrobras. O TCU, por sua vez, defendeu seu ato, afirmando que os pareceres jurídicos "constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões dos ordenadores de despesas." A essência da responsabilização estaria na "conduta dos pareceristas em não averiguar com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações (...)."

O STF discordou do TCU. No voto do relator, adotado à unanimidade, argumentou-se que pareceres não são atos administrativos, mas "opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica." O ato administrativo seria o que lhe seguiria, não a opinião jurídica em si. E, em trecho que nos interessa de modo especial, afirmou-se: "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, o parecer emitido com evidente má-fé,** oferecido, por exemplo, perante administrador inapto."

O relator continuava: "Ora, o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, **para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido**

[3] Todas as citações a seguir foram realizadas com base no texto integral da decisão disponível na página do STF na Internet (http://www.stf.jus.br). Acesso em: 10 de julho de 2009. Todos os negritos são nossos.

largo, ou que cometeu erro grave, inescusável." Como não era essa a hipótese – tratava-se, apenas, de discordância quanto à melhor interpretação jurídica –, inexistiria qualquer ilícito na atuação dos advogados.[4]

Os outros ministros, em seus votos, acrescentaram observações interessantes: para Gilmar Mendes, tratava-se de um desses casos emblemáticos em que se pretende rever discussões jurídicas com base na opinião do Tribunal de Contas ou de um único membro do MP. Para Nelson Jobim, o caso mostrava o "exagero da visão, quase de pensamento único, pretendida pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas." Acabava que divergir do TCU significava ter responsabilidades (ou ter que responder por alguma imputação delas), inclusive em questões jurídicas. E o ministro Sepúlveda Pertence, espirituoso, observando que, nos votos precedentes, havia sido registrado certo temor do Ministério Público, afirmou que, se a moda pegasse, o próprio MP, emissor de algumas centenas de pareceres diários, acabaria tendo que pagar "por todas as culpas que tem e não tem."

A segunda decisão do STF que nos interessa é a havida no **Mandado de Segurança n.º 24.584-1 – Distrito Federal**, julgado em 9 de agosto de 2007. O relator foi o ministro Marco Aurélio e a decisão foi tomada por maioria, vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. O caso envolve, de um lado, procuradores federais junto ao INSS, e, de, outro, mais uma vez, o Tribunal de Contas da União. A situação de fato é a averiguação da regularidade dos custos da prestação dos serviços da Dataprev ao INSS, e a análise da juridicidade de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD. O Tribunal de Contas pretendia chamar todos os procuradores que atuaram administrativamente junto à formalização e execução do convênio para que, sob pena de multa, apresentassem justificativas para seus atos de aprovação do ajuste. O mandado de segurança foi impetrado com base na liberdade profissional, na ausência de atuação dos advogados como administradores, na impossibilidade de que os procuradores conhecessem todos os detalhes técnicos da avença. O pedido era para que sequer fossem ouvidos pelo TCU.

O relator, ministro Marco Aurélio, iniciou seu voto fazendo uma diferenciação entre sua posição no caso anterior – em que votou pela concessão da segurança –, e, nesse, porque, em sua opinião, a hipótese da Petrobras era de simples parecer opinativo, enquanto que, na presente, tratava-se de *aprovação* da minuta de convênio e aditivos pela assessoria jurídica, exigida pelo art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93.[5] Afirmando que "o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de conseqüência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública", votou pela obrigação de que os impetrantes apresentassem explicações ao TCU, e, se fosse o caso, acionassem o Judiciário para afastar as glosas inadequadas que eventualmente poderiam ser feitas pelo órgão.

O ministro Joaquim Barbosa, após argumentar que a questão não se resolvia na mera afirmação da irresponsabilidade opinativa dos advogados públicos,

[4] No voto do relator, afirma-se, ainda, que a sede própria para eventual responsabilização dos advogados seria a OAB, não os Tribunais de Contas. Não analisaremos essa linha de argumentos neste trabalho.

[5] Art. 38, parágrafo único, da Lei federal n.º 8.666/93: As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

apresentou lição, do administrativista francês René Chapus, que diferenciava os pareceres jurídicos em três espécies: os *facultativos*, nos quais a prolação da opinião é facultativa, e o administrador a ela não se vincula; os *obrigatórios*, quando a manifestação é obrigatória e, caso dela discorde, a autoridade deve submeter novo ato a análise; e os *vinculantes*, quando, ou a autoridade age conforme o parecer ou, simplesmente, não age. O parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio – porque com as ressalvas do dolo e da culpa –, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres havidos com base no art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93. Em tempos de *accountability* republicana, todas as autoridades públicas, incluindo advogados públicos, deveriam prestar contas por seus atos, razão pela qual denegava a segurança.

Seguiu-se discussão sobre a qualificação da causa – estar-se-ia tratando de uma pretensão de insubmissão total ao TCU, à simples conta de se ser advogado público, ou de exigência de que os advogados fossem à Corte de Contas para explicar fatos que nada tinham a ver com sua atuação profissional? O ministro Gilmar Mendes, terceiro a votar, abriu a linha divergente afirmando que a imputação seria imprópria, porque não haveria má elaboração de pareceres ou qualquer responsabilidade de advogado por prestação de contas de convênio; citando o precedente do MS n.º 24.073.3-DF, concedeu a ordem.

O próximo a votar, Carlos Ayres, concordou com o relator e votou pela denegação da segurança: o Tribunal de Contas não acusava ninguém de nada, mas, apenas, queria explicações. Eros Grau, por sua vez, defendeu que a regra da lei de licitações seria análoga à das contratações privadas – o advogado seria, tão-somente, um fiscal da forma. Acompanhou, então, a dissidência aberta por Gilmar Mendes, concedendo a segurança. Cezar Peluso, em voto interessante, discordou do pressuposto de fato adotado pelo ministro Gilmar – a correção das manifestações jurídicas –, apontando uma série de aspectos da imputação do TCU ao qual a inicial do mandado de segurança sequer fazia menção (a verdadeira acusação seria a de que os agentes administrativos haveriam faltado a seu dever específico de servidores incumbidos da consultoria jurídica). Seria recomendável, à luz do caso, e diante da inexistência de imunidade absoluta de quem quer que fosse, que o Tribunal de Contas chamasse os procuradores para explicações, pelo quê denegava a ordem. O voto de Ricardo Lewandowski foi simples: acreditando que os advogados públicos, assim como os magistrados, são, em regra, irresponsáveis[6] por suas opiniões, **salvo casos de erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa** – o que parecia ser a hipótese –, ele, também, denegava a segurança. A ministra Cármen Lúcia, discordando da maioria e acompanhando Eros Grau e Gilmar Mendes, apenas acrescentava que não acreditava na irresponsabilidade absoluta dos advogados, e que, neste caso, os impetrantes poderiam ser ouvidos pelo TCU, ainda que tecnicamente não na qualidade de responsáveis, já que parecer não configuraria ato administrativo. Ellen Gracie, certa de que a matéria já havia sido suficientemente debatida, acompanhou o relator e denegou a segurança.

O Supremo, portanto, denegou a segurança, por maioria, entendendo que os procuradores federais poderiam, sim, ser chamados ao TCU para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, mas abriu espaço, como

[6] No original está escrito "responsáveis", mas se trata de erro formal, porque, do contrário, a frase, lida em seu todo, não faria sentido.

não poderia deixar de ser, para questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas em desfavor dos advogados públicos.

O terceiro precedente é o **Mandado de Segurança n.º 24.631-6 – Distrito Federal**, julgado em 9 de agosto de 2007, com relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A hipótese versava sobre imputação do Tribunal de Contas da União em desfavor de procurador autárquico do DNER que proferiu parecer admitindo a celebração de acordo judicial para pagamento de dívida da autarquia. O valor acabou sendo pago, mas por acordo extrajudicial, e isso quando já havia sido emitido precatório. O TCU alegava quebra na ordem cronológica do precatório e violação à legalidade, impessoalidade, razoabilidade, indisponibilidade dos bens públicos, moralidade e isonomia. O procurador, na defesa, sustentou a extrapolação das atribuições do TCU e o malferimento a dispositivos constitucionais e legais relacionados à advocacia pública.

O ministro relator, depois de, mais uma vez, ressalvar que não acreditava numa irresponsabilidade absoluta dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, não se podendo assim interpretar a jurisprudência do STF, voltou a discorrer sobre o que considerava os parâmetros ideais para a responsabilização dos pareceristas públicos. Trazendo novamente a tripartição doutrinária de René Chapus – pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes –, indicou sua proposta dos dois parâmetros de responsabilização. Quando a lei nada fala, o parecer é facultativo e não há, com a ressalva do dolo ou do erro inescusável, responsabilidade. Quando a lei vincula a atuação administrativa à manifestação favorável, há compartilhamento de responsabilidades entre administrador e parecerista, e, desse modo, "o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois **ele é também administrador nesse caso**."

Descendo às minúcias do caso, Joaquim Barbosa concluiu que o parecer era facultativo, e mais: que a atribuição de responsabilidade do TCU ao parecerista era arbitrária, pois este havia opinado a favor de transação judicial, e o acordo supostamente lesivo tratava de transação extrajudicial. O TCU pretenderia responsabilizar quem "potencialmente" tinha dado ensejo à irregularidade, mesmo quando inexistissem provas ou indícios da participação do procurador. Todos os demais ministros concordaram com o relator, mas houve divergência em relação à correta configuração da idéia de "parecer obrigatório" (ou "vinculante"), pois, para Carlos Britto e Marco Aurélio, a atuação do advogado no processo administrativo não o transformaria, obrigatoriamente, em administrador em sentido técnico (Marco Aurélio chegou a afirmar: "Senhor presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer.")

É claro que existiriam outros precedentes mais antigos do próprio STF[7], ou do STJ[8], ou as muitas e variadas decisões dos tribunais de contas, as quais, quase

[7] Por exemplo, *apud* o voto de Maurício Corrêa no MS n.º 24.073-3, o Inquérito n.º 1674, julgado pelo pleno do Supremo em 6 de setembro de 2001, relator originário o ministro Ilmar Galvão, e, para o acórdão, o ministro Sepúlveda Pertence, no qual se reconheceu a imunidade material do Advogado Geral da União para o exercício de sua função.

[8] No Recurso em *Habeas Corpus* n.º 7165 – RO –, julgado em 21 de maio de 1998, relator o ministro Anselmo Santiago, uma procuradora do estado de Rondônia havia sido denunciada pelo MP, como incursa no art. 89 da Lei n.º 8.666/93, à conta de parecer em que afirmou a possibilidade de uma contratação direta sem licitação. O relator entendeu que a denúncia era "despropositada, abusiva até." "Não é plausível a *persecutio criminis* contra quem simplesmente, no pleno exercício de suas funções, emite opinião sobre matéria teórica, referendada por sua Chefia, pouco importando que espertalhões venham a usar seu trabalho para, em etapa posterior, se locupletarem às custa do

sempre, buscam responsabilizar o advogado público.[9] Importa-nos, contudo, por óbvias razões institucionais, as decisões do STF, em especial sua *ratio decidendi*, que se pode resumir da seguinte forma: (1) os advogados públicos *não* são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a idéia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, o consultor público seria co-responsável pelo ato administrativo.

Nossos quatro *standards* foram construídos a partir da lógica decisória do Supremo mas a ela não se limita. Os dois primeiros – o do dolo e o do erro evidente e inescusável – são-lhe diretamente tributários, o terceiro é uma recomendação da prática, e o quarto, o da necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias como valor constitucional e como dado pragmaticamente útil, é construção que pouco aparece na doutrina e na jurisprudência brasileira (as quais preferem falar, em sua maioria, na liberdade de ofício do advogado).

Se concordamos, então, com o STF, não concordamos na íntegra, e o motivo é o seguinte: *a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista*. Esse parâmetro, a rigor a grande novidade do assunto nos últimos tempos, trazido por Joaquim Barbosa a partir de René Chapus, é critério formal, estático, quando a análise de uma responsabilização pessoal sempre se deve dar de modo subjetivo. É dizer, o problema não nos parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexo causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável.

Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a "decidir" conforme o parecer ou, então, a nada decidir. Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade *sempre* poderá refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a "decidir" conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir.[10]-[11]

---

erário público." Afirmou, ainda, que a denúncia seria uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida, nos termos do art. 18 da Lei da OAB, com ampla liberdade. Com uma única divergência, todos os demais ministros acompanharam o relator, dando provimento ao recurso. No *Habeas Corpus* n.º 78.553 – SP, julgado por unanimidade em 9 de outubro de 2007, sendo relator a ministra Maria Thereza de Assis Moura, entendeu-se que não era pelo simples fato de a impetrante ser advogada – no caso, procuradora do município de Santo André – que estaria livre de poder cometer, em tese, o crime descrito no art. 90 da Lei federal n.º 8.666/93. A liberdade de exercício da profissão de advogado, dizia a ministra, confinar-se-ia nos limites da lei. Daí a denegação da ordem.

[9] Assim, *v.g.*, acórdão TCU n.º 462/2003, plenário; ainda, acórdão TCU n.º 1.412.

[10] "(…) Dizer que a autoridade pede um parecer e é obrigada a curvar-se àquele parecer, eu confesso que não conheço exemplos aqui no Direito brasileiro." DI PIETRO, Maria Sylvia. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. *In: Boletim de Direito Administrativo*. Vol. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, p. 6, janeiro de 2008.

De resto, não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as conseqüências práticas do conceito (prestação de contas ao tribunal de contas etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião. Seguindo a linha acaciana do ministro Marco Aurélio, o administrador administra, e um parecer vai ser sempre um parecer: se é obrigatório ou não, isso não desnatura sua essência opinativa. Trata-se de construção doutrinária e apenas em certo sentido jurisprudencial – já que não foi adotada na íntegra pelo STF, e dois ministros dela discordaram expressamente – que não se encaixa ao nosso Direito.[12] O parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no STF e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo[13], arcando, é claro, com os riscos.

Falando no art. 38, parágrafo único, da Lei federal n.º 8/666/93, poder-se-ia pensar que é argumento em favor dos "pareceres obrigatórios responsabilizantes." Não é. A disposição é excepcional, e o importante, aqui, não é que o parecer é obrigatório – embora, nesse caso, ele o seja –, mas é que ele *aprova* alguma coisa. *É por isso* que essa modalidade, específica e qualificada de manifestação jurídica, gera responsabilidade a seus prolatores. Porque se torna, mercê da lei, um ato administrativo de aprovação, não mais, na essência, um parecer jurídico (obrigatório ou facultativo – tanto faz).

Conclusão: não existem pareceres vinculantes no Direito brasileiro, mas, somente, pareceres obrigatórios e facultativos; não é a obrigatoriedade que atrai a responsabilidade, mas a culpa/dolo, o nexo causal e o dano; o parecer obrigatório não torna seu prolator um administrador, tanto que o verdadeiro administrador poderá decidir motivadamente de modo contrário a este; a hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, carreia responsabilidade aos pareceristas

---

[11] Mesmo na hipótese dos chamados "pareceres normativos", coisa mais próxima à idéia de "parecer vinculante" que conseguimos imaginar, sempre será possível rediscutir as hipóteses fáticas em relação aos quais ele irá incidir, ou o administrador poderá mudar seu curso de ação – confundindo-se o conceito com o de "parecer obrigatório" –, ou, mesmo, a autoridade poderá solicitar sua revisão diante de um novo quadro fático, doutrinário ou jurisprudencial. Não há, enfim, nada como uma vinculação absoluta da Administração Pública a um parecer.

[12] Há argumento conseqüencialista em favor da inexistência de relação automática entre obrigatoriedade de emissão de parecer e responsabilização do parecerista. É que, caso tal vinculação prevaleça, vai-se estimular que os agentes políticos, por intermédio de lei, inventem nova categoria de administradores, sem voto nem cargo de confiança, com quem possam dividir suas responsabilidades cotidianas: os advogados pareceristas. Logo não haverá parecer que não seja obrigatório, e, provavelmente, não haverá advogado que se preste a redigi-los. Um segundo possível argumento conseqüencialista em desfavor da vinculação é que, ao promover uma super-responsabilização dos advogados públicos, há estímulo psicológico para que nada mais funcione na Administração: sob risco pessoal, o "não" será sempre posição mais confortável. A lógica do resultado adotada pelo administrador público, na feliz expressão de Gilmar Mendes no MS n.º 24.5584, ficará eternamente apresada na "gaiola de ferro" da burocracia estatal, na não menos feliz expressão de Max Weber.

[13] "Os agentes administrativos, em princípio, não estão obrigados à observância de pareceres jurídicos, embora suas decisões, se os contrariar, devem apresentar motivação consistente para afastar os argumentos neles deduzidos." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência técnico-funcional da Advocacia de Estado. *In:* TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. (org.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro.* Vol. XVI – Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 3-23, aqui, p. 17.

apenas porque cria um ato administrativo de aprovação, não porque os pareceres ali referidos sejam obrigatórios.

Vamos, agora, ao primeiro *standard*: o dolo.

III – Primeiro *standard*: o dolo.

Ele é o mais óbvio, e, ao mesmo tempo, o mais difícil de ser caracterizado. É muitíssimo difícil conseguir configurar, de modo a justificar alguma responsabilização, o dolo, a má-fé, de um advogado público parecerista. A conduta dolosa vai ser verificada provavelmente a partir de provas indiciárias, testemunhos, declarações, quebras de sigilos telefônicos, mas nada que, diretamente, exsurja *do* parecer. Não há muita coisa a ser dita acerca desse *standard*, senão que dificilmente vai ser incidente de modo puro, ou porque o advogado público vai alegar erro escusável, ou porque imaginará que sua liberdade de opinião e de exercício profissional serão suficientes para escondê-lo (conferir item VI, *supra*).

IV – Segundo *standard*: o erro evidente e inescusável.

O que é erro evidente e inescusável numa ciência humana e não-exata como o Direito? Tão aberta a múltiplas interpretações? Em que muitos teóricos já chegaram a defender como, essencialmente, indefinida?[14] É questão complexa, quase impossível de ser respondida, certo?

Errado. A absoluta maioria dos advogados de boa-fé, com experiência em Direito Público (ou em qualquer área na qual estejamos focando a análise), é capaz de detectar um erro inescusável de um colega. Não estamos falando de interpretações divergentes em relação à maioria da doutrina ou da jurisprudência. Não estamos falando da adoção de teses superadas. Estamos falando de erros claros. Erros baseados no parâmetro consistente *no que se poderia exigir de um profissional médio*. Não de um super-advogado com uma equipe de devotados estagiários. Não de um jurista experimentado. De um advogado público, com a presunção de conhecimento trazida pela aprovação no concurso. Aos exemplos, todos reais.

Elaborar parecer jurídico referente a matéria atual de trânsito com base no revogado Código Nacional de Trânsito, lei federal n.º 5.108, de 21 de setembro de *1966*. Enquadrar caso de dispensa de licitação em artigo inteiramente inaplicável da Lei de Licitações. Aplicar a legislação da União relativa a pregão a hipótese em que a legislação estadual sobre o tema estabelece regra diversa e incompatível. *Et coetera.*

Caso alguma dessas opiniões jurídicas tenha induzido o administrador a erro e gerado prejuízo, nada mais natural do que responsabilizar seu prolator à conta do erro inescusável. Todos os elementos da responsabilização estão presentes: ação, nexo causal, resultado danoso, culpa. Não são cabíveis argumentos do tipo "o administrador é quem, de fato, decide, o parecer é apenas uma opinião" se, à luz do caso, o parecer foi, concretamente, o que induziu e motivou o ato danoso. Já é tempo de superarmos, de espírito aberto, o que chamaremos de "falácia da importância oportuna da opinião jurídica": quando se trata de destacar o relevo da função consultiva pública no controle interno de juridicidade, todos, corretamente, sublinhamos a importância *intrínseca* do parecer jurídico; mas, quando se trata de adentrar nos meandros da responsabilização do consultor, o parecer passa a não

[14] Essa é uma das teses tanto dos movimentos realistas quanto daqueles que derivam dos *critical legal studies*. Para os primeiros, v. a boa apresentação de GREEN, Michael Steven. Legal realism as theory of Law. *In: William and Mary Law Review,* vol. 46, n.º 6, 2005, pp. 1915-2000. Para os segundos, cf. a introdução de KELMAN, Mark. *A guide to Critical Legal Studies.* Cambridge: Harvard University Press, 1990.

valer muita coisa, é só mais uma opinião, quase um palpite, que, mesmo se levado a cabo, e ainda que grosseiramente equivocado, opera o milagre de transferir automática, irreversível e inteiramente a responsabilidade da prática do ato (que era seu único objeto e do qual tratava por inteiro e em extensão) à autoridade administrativa.

Por outro lado, há que se diferenciar o erro evidente e inescusável de situações nas quais a Administração, por desconhecimento ou má-fé, solicita que o procurador apresente parecer acerca de questões em relação às quais não detém conhecimento ou não possui formação profissional. Trata-se, aqui, de impossibilidade de responsabilidade por incompetência institucional do órgão. O advogado não sabe e não tem como saber – a não ser que lhe digam, valendo aí, *ipsis litteris*, a informação repassada – questões de fato. Por mais que a formação jurídica seja generalista e que, com o passar do tempo, advogados públicos adquiram certo tino (ou intuição, ou experiência) a respeito de questões técnicas não-jurídicas, em regra para detectar o que *não* soa bem, a grande verdade é que nenhum advogado precisa entender de informática, de contabilidade pública, de estatística, de técnica de extração de petróleo, de padrões do mercado para a compra de borrachas de escritório.[15]

Não é porque esteja desobrigado de conhecer questões fáticas e técnicas não-jurídicas que o advogado público vai se escusar de se manifestar conclusivamente a respeito de questões jurídicas: estratégia lamentavelmente comum é a de realizar interpretação restritiva do que é o "assunto jurídico", até o ponto em que só restem banalidades ou situações menores (numeração de páginas, análises formais acerca do respeito ao devido processo legal entendidas como sinônimo de saber se todos os interessados falaram nos autos etc.). O consultor *deve* suscitar as questões de fato para que, uma vez esclarecidas, tenha suficiente material com base no qual possa elaborar manifestação jurídica consistente. O advogado não é obrigado a saber tudo, mas é obrigado a perguntar tudo aquilo de que necessite para que seu trabalho final seja relevante.

A jurisprudência do Supremo e a doutrina, quando tratam do erro inescusável, mencionam, também, a **omissão**. A omissão é erro, só que erro por não-agir, enquadrada no sentido da culpa *lata*. Há omissão a partir de falha no dever razoável de agir: quando o procurador não detecta ilegalidades claras (não estamos falando de sofisticados artifícios contábeis ou complexas questões relacionadas à delimitação do objeto contratado, porque, mais uma vez, recairíamos na incapacidade institucional para a detecção). Assuntos como a ausência de constituição jurídica da sociedade, procurações sem poderes específicos, inexistência de certidões negativas ou positivas com efeito de negativa juntadas aos autos, inabilitação para a contratação com a Administração. Outros exemplos poderiam ser citados, mas o que é importante que fique claro é que, se o procurador não detectou tais problemas, problemas que qualquer outro advogado público, em sua posição, poderia haver indicado, e se essa conduta gerou dano ao erário – nem

[15] "A atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a cláusula. Nessa atuação, foge ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, como a escolha discricionária do administrador, e os elementos técnicos não jurídicos, como aspectos de engenharia de uma obra ou compatibilidade e eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração." TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n.º 1605, 23 nov. 2007, pp. 7-8. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10689>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

que seja o dano consistente no atraso da contratação pública –, ele pode, em tese, vir a ser responsabilizado no plano civil e administrativo.

V – Terceiro *standard*: a não-adoção de condicionantes reais de cautela.

Esse *standard*, ao contrário dos que vimos até aqui, não é capaz, por si só, de disparar a responsabilização do consultor público. Mas ele é responsável por, em situações de dúvida, orientar uma eventual decisão desfavorável ao procurador.

O que são condicionantes de cautela? Por que eles devem ser "reais"?

Chamamos de condicionante de cautela toda e qualquer estratégia pragmática que busque evitar a responsabilização do procurador ao demonstrar o exaurimento dos deveres ínsitos à função de parecerista público. Analisemos, sem pretensão de exaustão, dois deles.

O **uso de expressões denotativas do término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa** é o primeiro condicionante. Com o termo complicado queremos significar expressões tão simples quanto "a juízo da autoridade competente", "a critério do administrador" e semelhantes. Elas indicam que a opinião jurídica acabou, e que, a partir dali, é hora de o administrador decidir. O condicionante tem seu valor, e prova disso é a popularidade da técnica e seu uso geralmente adequado, mas deixará de ser condicionante de cautela quando esconder uma hipocrisia. Explica-se.

Por vezes, o parecerista desenvolve argumento implausível, no curso da exposição não apresenta alternativa, e, ao final, acresce um "a juízo discricionário do administrador" como tática exculpante. Nesses casos, o condicionante deixa de ser cautela e vira covardia. É importante que os advogados consultivos ajam de modo criativo e viabilizante de políticas públicas legítimas (sendo que o juízo de legitimidade compete ao administrador ou ao legislador[16]), mas não ao ponto em que se vejam forçados a propor interpretações exóticas, e, para resguardo pessoal, adicionem expressões pseudo-exculpantes. Mais fiel ao interesse público será se o consultor simplesmente disser "não", ao invés de aceitar a extorsão de um amedrontado "sim".

A conseqüência prática dessa insinceridade estilística é simples: sua inefetividade. Assim como, dentro de certo contexto, o uso de verbos conjugados no futuro do pretérito não isenta o emissor da mensagem de responsabilização por dano à imagem ("fulano teria estuprado"), também a afirmação de que a decisão cabe ao administrador, colocada depois de opinião jurídica lavrada com erro evidente e inescusável, ou manifestamente dolosa, não isenta seu prolator de responsabilidade.

Outro condicionante de cautela é o **dever de informar acerca dos riscos jurídicos**. É dever do parecerista informar acerca da existência de riscos jurídicos na adoção desta ou daquela linha de ação. Por riscos jurídicos entenda-se instabilidade nos posicionamentos doutrinários capaz de se refletir em instabilidade jurisprudencial, divergência jurisprudencial capaz de anular a ação, riscos pessoais e/ou de responsabilização do ente federativo. É nesse sentido o trecho de Marçal Justen Filho, com nosso negrito:

> Ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação

[16] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *In:* TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. (org.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro.* Vol. XVI – Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 25-42, aqui, p. 35.

> associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. **A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões**. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.[17]

Alguns autores, ao operar uma falsa *reductio ad absurdum* na posição de Marçal, acreditam que o professor paranaense esteja exigindo que o advogado público conheça e faça referência a todas as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes.[18] Lógico que não é isso. Basta que se proceda a uma pesquisa ampla o suficiente para mapear os principais riscos dos posicionamentos em análise. Trata-se de apresentar os riscos jurídicos à autoridade de modo a que esta possa fazer uma opção *racional* porque *bem informada*.[19]

No próximo item, em que trataremos da preservação da heterogeneidade de idéias junto ao Direito e apresentaremos a noção de liberdade de opinião profissional, traçaremos, também, alguns possíveis limites a essa liberdade. Os limites poderiam ser vistos como condicionantes de cautela. Preferimos, contudo, chamá-los de limites à liberdade de opinião jurídica, porque, apesar de auxiliarem numa não-responsabilização do parecerista, dizem respeito, de modo específico, ao conteúdo da opinião ou às razões nas quais ela se vai basear.

---

[17] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 372.

[18] É o caso de Joel de Menezes Niebuhr: "Com o devido respeito, discorda-se do professor paranaense. (...) Ele não precisa tratar de todas as soluções possíveis e imagináveis, o que demandaria esforço extremado. Por exemplo, hoje, supõe-se, há mais de uma centena de títulos publicados sobre licitação pública. Na linha defendida por Marçal Justen Filho, o advogado teria que consultar todos, para inventariar todas as posições sobre a questão analisada. Isso porque, talvez, um autor defenda entendimento peculiar, que diverge do entendimento de todos os demais. Não se pode exigir dos advogados pesquisa de tamanho porte para a elaboração de mero parecer; que ele verifique o entendimento de autor por autor, de tribunal por tribunal." NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. *In*: *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*, n.º 129. Curitiba: Zênite, 2004, pp. 1024-1032.

[19] O parecer deve ser suficientemente claro e compreensível para que profissional não necessariamente formado em Direito, como o administrador público, consiga entendê-lo e, a partir daí, ponderar riscos e benefícios de cada posição. Há quem defenda que, como o administrador não seria tecnicamente competente para compreender as posições jurídicas, não poderia vir a ser responsabilizado pela adoção de uma delas, já que, afinal, fê-lo secundado pelo parecer. Isso, somado à idéia de que o parecer jurídico é "mera opinião", e, portanto, também não responsabiliza seu autor, gera um círculo de irresponsabilidade, como mencionado pelo ministro Joaquim Barbosa no julgamento do MS n.º 24.631-6, citando manifestação do TCU: o administrador não responde porque não seria capaz de entender muito bem a tese recomendada pelo parecer jurídico; o parecerista não responde porque seu parecer é só um palpite, e é ao administrador que cabe a decisão efetiva. No final, ninguém responde, todos agarrados às suas razões. Evidente que essa posição é insustentável. Cf., para uma defesa da tese da irresponsabilidade da autoridade que se baseou em parecer jurídico, CAMARROSSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. *In: Informativo de Licitações e Contratos.* Curitiba: Zênite, março de 1997, p. 229ss.

VI – Quarto *standard*: a necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias.

Como virtualmente todo artigo a respeito da responsabilidade do parecerista, o nosso também vai destacar que o Direito não é ciência exata e que várias questões jurídicas admitem mais de uma resposta. Essa importante verdade, porém, não é tão ubíqua como muitas vezes se quer fazer parecer. Por hora, admitamos a relativa indefinição da linguagem do Direito – o que gera uma relativa indefinição quanto a seus meios e quanto a seus propósitos – como causa da heterogeneidade de idéias no mundo jurídico e façamos uma defesa dessa última noção.[20]

Em primeiro lugar, o pluralismo de idéias deve ser mantido porque é, em si mesmo, valor constitucional (art. 1º, V, da CRFB-88). A expressão pluralismo político não pode ser lida de modo restritivo – como pluralismo na representação de partidos políticos –, mas de forma ampla, como pluralismo *de idéias*, de perspectivas a respeito da *polis.* E, naturalmente, incide junto à sociedade civil, mas também junto ao Judiciário, à Administração Pública e a seus órgãos de controle interno de legalidade. A diversidade de idéias e de perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais é, assim, diretamente tributária do texto da Constituição.

Não é só. A diversidade de idéias e o entrechoque de posições é, comprovadamente – isso não é força de expressão, como vai ficar claro no próximo parágrafo – um excelente método para fazer com que prevaleçam os melhores argumentos, ou que, na média, melhores decisões sejam proferidas. A opinião minoritária de hoje pode vir a ser o consenso de amanhã; para isso, basta que mudem juízes ou, numa mudança mais consistente, que mude a sociedade. Desnecessário ir longe: há quarenta anos, muitos setores achavam absurdo que um casal pudesse se divorciar ou que filhos havidos fora do elo matrimonial tivessem os mesmos direitos que os demais. Hoje em dia, tudo isso é, felizmente, passado. Nessa evolução mudaram pensamentos e leis, mas a jurisprudência e a doutrina desempenharam papel importante. Forçando limites, testando teses, abrindo espaços e searas de debate em exercícios cotidianos de "experimentalismo democrático"[21], tribunais e pareceristas administrativos são, muitas vezes, atores e testemunhas de revoluções silenciosas.[22]

Em interessante estudo, o professor americano Cass Sunstein detectou a importância da heterogeneidade de opiniões. Em painéis compostos por julgadores indicados pelos dois principais partidos políticos de lá – o partido republicano e o partido democrata –, as opiniões estereotipicamente características de cada posição política (por exemplo, ser favorável a um maior controle público nas atividades privadas seria posição caracteristicamente democrata, e invalidar políticas regulatórias, com base apenas no argumento da livre iniciativa, posição republicana) eram, ora reforçadas, ora neutralizadas, pela presença ou ausência de pessoas que pensassem de modo diferente. Assim, num painel com três juízes republicanos, as opiniões republicanas pessoais de cada juiz eram reforçadas, e o resultado final era *ainda mais* republicano do que a propensão individual de cada um. O mesmo valia

[20] Desenvolver a idéia de relativa indefinição dos meios e dos fins do Direito em HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 137-168; STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[21] Para a noção de "experimentalismo democrático", v. UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia.* São Paulo: Boitempo, 2004, esp. pp. 16-40.

[22] Um exemplo interno: antes mesmo da lei estadual n.º 5.034/07, por meio da qual o Estado do Rio de Janeiro reconheceu o dever de pensionar companheiros homossexuais de servidores públicos falecidos, a PGE-RJ, por intermédio de pareceres jurídicos, já opinava nessa linha.

para as opiniões tidas por democratas: o resultado, consolidado numa ambiência em o que único discurso possível era o de reforço, saía ainda mais democrata do que as posições singulares. Com a presença de um julgador discordante, os excessos eram neutralizados, e o resultado, mais moderado.[23]

Esse é um dos riscos daquilo que o ministro Nélson Jobim, em voto no MS n.º 24.073-3, referia-se como "pensamento único": potencializar ou revitalizar pensamentos extremos e tomar decisões ruins. A diversidade de idéias é, aqui, técnica de contenção, instrumento da "moderação" tão cara ao espírito republicano. O pluralismo de posições jurídicas é, então, valor constitucional e dado pragmaticamente útil para a obtenção de políticas públicas e de decisões objetivamente melhores do que as obtidas num ambiente monológico. Mas como isso pode incidir como *standard* na responsabilização do parecerista público?

Servindo como filtro interpretativo dos demais *standards*. Ou seja, tanto o que é dolo quanto o que é erro inescusável, sob a perspectiva da preservação da heterogeneidade de idéias no mundo jurídico, devem ser interpretados de modo **restritivo**. Do contrário, estar-se-ia correndo, sim, risco de "censura"[24], na medida em que opinião jurídica com a qual não se concorde pode vir a ser reputada "errada" ou "dolosa" por alguma instância de controle – tradicionalmente, pelos tribunais de contas ou pelo MP – e vir a justificar alguma equivocada demanda de responsabilidade. Em médio prazo, pensando em termos conseqüencialistas, o efeito disso seria o de uma auto-castração ideológica, na qual as consultorias públicas sequer teriam chance de pensar *diferente* – talvez melhor, talvez pior – do que as referidas agências de controle. Além do absurdo jurídico da posição, que consiste na violação ao pluralismo de idéias e à liberdade de opinião profissional, ela é, na essência, antipragmática, porque vai de encontro à possibilidade de aperfeiçoamento das idéias por intermédio do debate e da experimentação.[25] Vamos rejeitá-la não apenas porque é antijurídica, mas, também, porque é *ruim*.

Isso significa que o parecerista pode sustentar *qualquer* opinião? Claro que não. Defendemos que existem duas espécies de limites a essa liberdade de opinião profissional. A "imunidade do advogado público" (STF, inquérito n.º 1674) encontra limites **formais** e um limite **material**. Os limites formais dizem respeito ao modo como a opinião vai ser expressa; o limite material, a seu próprio conteúdo. A eles.

Como limites formais, temos (i) a **transcrição de dispositivos normativos**, (ii) **a consulta à jurisprudência atualizada**, (iii) o **apelo ao suporte doutrinário usual**, (iv) a **introdução de inovações a partir de um nível aceitável de redundância**, (v) a **rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais**.

A (i) **transcrição de dispositivos normativos** é o limite mais evidente à opinião jurídica. Nosso modelo de raciocínio jurídico é grandemente tributário do positivismo normativo de base legal: juízes e advogados gostam de pensar que estão argumentando com base em artigos de leis, mesmo quando os dispositivos normativos são, apenas, mais um dos vários *topoi* a serem considerados. O parecerista deve apresentar seu trabalho como, basicamente, uma análise acerca da incidência do artigo legal tal ao caso tal.

---

[23] SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent.* Cambridge: Harvard University Press, 2003, *passim.*

[24] AQUINO, Carlos Pessoa de. O advogado público. Sua independência e sua imunidade. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3233>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

[25] Desenvolver em POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

A (ii) **consulta à jurisprudência atualizada** é, também, um dos mais notáveis limites formais à externalização de opinião jurídica. Com o avanço da importância da jurisprudência sobre a da doutrina[26], faz-se mister encontrar referência em decisões judiciais, de preferência de tribunais superiores, fornecedoras de apoio ao argumento do parecer. Decisões desatualizadas ou minoritárias podem ser utilizadas, com a ressalva de que podem fazer com que o parecerista recaia na crítica da "opinião sem fundamentação consistente".

O (iii) **apelo ao suporte doutrinário usual** nada mais é do que uma submissão estratégica ao conservadorismo intelectual inerente ao mundo prático do Direito. O suporte doutrinário usual é a doutrina consagrada, os livros e autores que compõem o padrão médio de leituras de juízes e advogados. Hoje (como sempre), o termo "doutrina jurídica" envolve todo tipo de produção intelectual, desde comentários que repetem o texto legal em linguagem direta até defesas da superação do texto legal, visto como instrumento de dominação burguesa[27], vindicações em prol de um Direito "achado na rua"[28], construções rebuscadas que aplicam teorias filosóficas e políticas a questões práticas[29], teses em favor da argumentação *contra legem*[30]. Em nossa opinião, muitas dessas obras são inaplicáveis à construção de um parecer, não por ausência de qualidade, mas porque destoam excessivamente do padrão médio de expectativas, práticas, percepções e auto-percepções dos operadores institucionais do Direito. A "doutrina consagrada" deve ser pensada como limite formal à prolação de pareceres jurídicos não porque sua "consagração" signifique, de modo necessário, qualidade, mas porque, usada como estratégia pragmática[31], o convencimento é mais fácil a partir do que já se conhece e, mais uma vez, afasta-se o risco de que a opinião seja tida por "inaceitável."

Não que as novidades doutrinárias ou jurisprudenciais sejam impossíveis. São possíveis, e, como dissemos, até desejáveis, sendo certo que devem ser preservadas as condições institucionais para possam continuar existindo. No entanto, (iv) sua **introdução deve ser feita a partir de certo nível de redundância**. A prática jurídica é conservadora; as novidades devem conscientemente ser apresentadas como desenvolvimento de conhecimentos existentes, sempre em linguagem jurídica ordinária, "prática", não-acadêmica. Pode-se apresentar de modo analítico e detalhado a "fórmula do peso" de Robert Alexy, afirmando que se trata de incidência da razão prática ao caso especial da linguagem jurídica (cujo caso geral

---

[26] Galgano, citado por Mengoni, diz que "continuamos a nos proclamar intérpretes da lei e a elaborar teorias sobre sua interpretação; contudo, encontramo-nos a funcionar de fato, de modo cada vez mais freqüente, como intérpretes das sentenças." MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmática giuridica: saggi.* Milão: Giuffrè editore, 1996, p. 99.

[27] Resenha crítica de muitas teorias com tal proposta encontra-se na primeira parte de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

[28] SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. (org.) *O Direito Achado na Rua*. 4.a ed. Brasília: Editora UnB, 1987.

[29] NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Esta obra possui operacionalidade prática. Citamo-la aqui por ser, apenas, o mais bem acabado exemplo de incidência de uma teoria filosófica e política a questões práticas de interpretação constitucional.

[30] BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. *Argumentação* contra legem: *a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos* mais *difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[31] Sobre o uso da doutrina como estratégia pragmática, v. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy.* Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 95.

decorre da teoria dos atos de fala de Habermas), indicando a introdução da qualificação do dado epistêmico na ponderação.[32] Ou se pode afirmar que a ponderação é técnica inovadora e importante, usada para pesar princípios, que vem sendo adotada intuitivamente há muito tempo, inclusive pelo STF. Esse limite formal, em síntese, diz que uma opinião jurídica precisa ser apresentada como um escrito capaz de ser lido tanto por um administrador quanto por um juiz, mas não como um trabalho acadêmico.

Finalmente, (iv) devemos **rejeitar o uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais**. Quer dizer, um parecer jurídico é, sem sombra de dúvida, a opinião de uma pessoa – seu autor – a respeito de um assunto. Só que, mais uma vez, o conservadorismo da prática prefere que os raciocínios, por inteligentes e engenhosos que sejam, estejam suficientemente referendados por autores consagrados e por decisões recentes dos tribunais superiores. Na verdade, o Direito é ciência opinativa que morre de medo ser apenas opinião, e essa é uma das maneiras de que ele dispõe para exorcizar esse temor. O último limite formal à liberdade de opinião do parecerista público consiste na circunstância, algo paradoxal, de que o procurador deverá demonstrar que sua opinião pessoal não é, na verdade, *apenas* uma opinião pessoal *sua*, mas é secundada pelas opiniões pessoais de autores famosos e de juízes importantes.[33]

O limite material é a **razoabilidade** da tese defendida. Aqui entramos em terreno simultaneamente nebuloso e consensual: todos dizem isso, embora ninguém explique do que se trata. Mauro Gomes de Mattos sustenta que "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."[34] Fatos reais sabemos o que são (v. item IV, *supra*). O "devido e necessário embasamento legal" confunde-se com uma mistura complexa e integrada de todos os limites formais. Mas o que é um pensamento jurídico razoável? Otávio Balestra Neto afirma que, "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."[35] O que é uma tese jurídica aceitável?

---

[32] ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *In: Ratio Iuris*. Oxford: Blackwell, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

[33] Em artigo a respeito da evolução do pensamento da Advocacia Geral da União quanto à independência técnica do advogado público federal, o atual (julho de 2009) Corregedor Geral da AGU diz-nos o seguinte: "Ressalte-se que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União avançou no trato da questão para além da simples afirmação da existência da independência técnica. A Casa Correicional da Advocacia da União vem ponderando: (...) d) **a independência técnica não pode esquecer ou desconsiderar os interesses públicos defendidos pelos advogados públicos em juízo, circunstância que reclama combatividade e mitigação ou eliminação de condutas baseadas exclusiva ou majoritariamente em entendimentos pessoais**." CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do advogado público federal. Artigo disponível no *site* da AGU na Internet. Acessível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=84503&id_site=3>>. Acesso em: 23 de julho de 2009.

[34] GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *Os limites da improbidade administrativa: os direitos dos administrados dentro da lei n.º 8.429/92.* 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 74. O negrito foi acrescentado.

[35] BALESTRA NETO, Otávio. Responsabilidade do advogado público no exercício da função consultiva. Artigo obtido na aba "Conteúdo especial: estudos e pesquisas" do *site* da Procuradoria Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás. Acessível em: <<http://www.assembleia.go.gov.br/procuradoria/conteudo_estudos_artigo_00001.htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2009. O destaque foi acrescentado.

Outras frases poderiam ser citadas; outros autores, transcritos.[36] O fato é que ninguém define tais conceitos porque, justamente, não podem ser definidos. São noções confusas.[37] Mas, como mencionamos na introdução, a absoluta maioria dos profissionais do Direito seria capaz tanto de identificar um erro inescusável quanto uma tese jurídica absurda. O problema é que muitos advogados, no afã de não perderem clientes ou, no caso dos públicos, de não passarem por burocratas atravancadores, estão propensos a negar o absurdo com doses e doses de auto-engano. Há, na expressão de Klaus Günther, um "senso de ser apropriado" numa interpretação jurídica defensável que simplesmente inexiste numa "advocacia de tese furada."[38]

Quando os advogados de Bush elaboraram parecer jurídico justificando a tortura de Estado com base numa interpretação ampliativa do que seria "causar dor" eles *sabiam* o que estavam fazendo, mas disseram que a tese era plausível.[39] A idéia de que um parecer é uma "mera opinião", embora verdadeira na essência, tem sido usada, muitas vezes, como escudo retórico com base no qual se pretende imunizar todo e qualquer arremedo de interpretação jurídica, inclusive e especialmente as que buscam transformar uma ilegalidade candente num "caso difícil", e, a partir daí, numa hipótese em que é aceitável "mais uma opinião", afinal, "o Direito é uma moldura." Não é assim, pois mesmo Kelsen e Hart defendiam limites a isso. O argumento dos casos difíceis é aplicável, quando muito, a um percentual ínfimo de hipóteses. As causas em que se precisa realmente ponderar alguma coisa são estatisticamente irrisórias.

O problema atual, repetimos, não é mais o advogado público que só diz "não", sem dizer "como"; é a circunstância de muitos consultores públicos, no afã de se mostrarem criativos, virarem engenheiros do impossível, mestres de uma má retórica, que nega qualquer dignidade finalística ao Direito – tudo é possível, tudo é justificável, bastam palavras certas nos lugares certos. Trata-se de mistificação da idéia mesma de Direito: o Direito possui uma integridade, uma coerência sistêmica, uma pretensão de correção. Respeitado esse limite, todos os demais se tornam supérfluos; desrespeitado, todos os outros se degradam em puro expediente.[40]

VII – Proposições objetivas.

(1) A análise das três decisões mais recentes do STF a respeito do tema permite concluir que o tribunal *aceita* a responsabilização dos pareceristas públicos, mas apenas em casos de dolo, erro inescusável ou clara omissão quanto a dever de agir. O tribunal também aceita que os advogados públicos sejam chamados a prestar explicações junto aos tribunais de contas, mas desde que a solicitação diga respeito a uma das três imputações possíveis.

(2) Quanto à vinculação entre a obrigatoriedade do parecer e a responsabilização do parecerista, tese defendida pelo ministro Joaquim Barbosa,

---

[36] V., por ex., AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. 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: JusPodium, 2008, pp. 239-268.

[37] A noção de "noções confusas" está em PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 6-7.

[38] GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.

[39] Para este e outros exemplos, desenvolvendo tese semelhante à nossa, cf. VISCHER, Robert K. Legal advice as moral perspective. *In: Georgetown Journal of Legal Ethics,* vol. 19, p. 223ss, 2006.

[40] TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 249.

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

(3) A partir das decisões do STF e de outras considerações, doutrinárias e práticas, construímos quatro *standards* destinados a orientar a responsabilização do parecerista público. São eles o **dolo**, o **erro evidente e inescusável**, a **não-adoção de condicionantes reais de cautela** e a **necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias no Direito**. O dolo é a circunstância de o parecerista atuar de má fé, buscando não a melhor interpretação jurídica, mas a prevalência de algum interesse não-republicano. O erro evidente e inescusável, parametrizado pela atuação de um profissional médio, sendo causa da ação pública e gerando prejuízo, responsabilizará, também, o procurador. A não-adoção de condicionantes reais de cautela, como o uso de expressões indicativas do fim da opinião jurídica e o alerta para os riscos jurídicos das posições em análise, refletem de modo negativo na responsabilização do autor de uma opinião legal. Por fim, a interpretação de todos os *standards* anteriores deve ser feita de modo restritivo, tendo em vista a necessidade, jurídica e prática, da preservação da heterogeneidade de idéias no dia-a-dia do Direito.

(4) Um parecer jurídico é, em essência, uma opinião, mas não é só isso: é uma opinião proferida dentro de um contexto institucional controlado. Portanto, existem limites, formais e materiais, à abrangência da liberdade profissional do advogado que a profere. Os limites formais expressam-se na *(i)* transcrição de dispositivos normativos, *(ii)* na referência à jurisprudência atualizada, *(iii)* no apelo à doutrina consagrada e *(iv)* na incorporação, moderada e inteligível, de inovações doutrinárias e jurisprudenciais ao corpo do argumento. O limite formal é a razoabilidade de tese defendida, conceito de difícil definição, mas que se aproxima do sentido de "ser apropriado" de Günter; de qualquer forma, a maioria dos advogados consegue distinguir uma tese juridicamente defensável de uma "forçação de barra". A idéia é que os pareceres públicos sirvam apenas a uma visão de Direito entendido como técnica pautada por uma pretensão de correção, jamais a uma idéia de Direito como prática engenhosa, instrumentalista e amoral.

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:

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO STANDARDS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 34, abril/maio/junho de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-34-ABRIL-2013-JOSE-VICENTE-MENDONCA.pdf>. 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

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.