Nº 38 – Abril/Maio/Junho de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ANÁLISE DOS PARECERES JURÍDICOS SOB A PERSPECTIVA DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Ricardo Quartim de Moraes
Procurador Federal em São Paulo

Premissa – O Parecer Jurídico enquanto Ato Administrativo.

A estrutura e os requisitos dos pareceres exarados por Advogados Públicos não tem recebido suficiente atenção dos administrativistas. Quiçá por se tratar de tópico aparentemente simples, alguns manuais se limitam a afirmar ser o parecer a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica[1], ou ainda a manifestação de órgão técnico sobre assunto submetido à sua consideração[2].

Todavia, mesmo a inserção dos pareceres jurídicos na categoria dos atos administrativos é controvertida. Como bem demonstram José Sérgio da Silva Cristóvam e Charliane Michels[3], se conceituarmos o ato administrativo como uma declaração de vontade do Estado manifestada pelo administrador os pareceres jurídicos quedariam fora da categoria, pois através deles a Administração não manifesta vontade alguma. São atos meramente opinativos, com exceção dos pareceres vinculantes.

Para incluir os pareceres jurídicos dentre os atos administrativos sem cair em contradições é preciso elaborar uma definição desta última categoria que abarque todas as declarações do Estado destinadas a produzir efeitos jurídicos.

[1] Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 13ªed. São Paulo: Malheiros. 2001. pp. 393.
[2] Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ªed. São Paulo, Malheiros: 1999. pp. 176.
[3] José Sérgio da Silva Cristóvam; Charliane Michels. *O parecer jurídico e a atividade administrativa: Aspectos destacados acerca da natureza jurídica, espécies e responsabilidade do parecerista*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11670>. Acesso em dez 2013.

Segundo Genaro Carrió[4] definições léxicas são aquelas que pretendem tornar explícitas as regras de uso de uma palavra ou expressão, ou seja, apontar os momentos em que seu emprego é adequado de acordo com os usos comuns vigentes.

Por outro lado, há definições que ao delimitar para certos fins o significado semântico de uma palavra vaga, se decidem por um de seus múltiplos usos ou ainda propõem um novo uso. Tal sorte de definições se dizem estipulativas. As definições estipulativas são úteis ou inúteis, mas não podem ser verdadeiras ou falsas.

Estamos aqui às voltas com uma definição estipulativa de ato administrativo. Não existe qualquer motivo para excluir os pareceres e demais atos opinativos ou de juízo emanados da Administração da categoria dos atos administrativos. Pelo contrário, tal inclusão beneficia tanto o Estado como o cidadão, ao propiciar a produção e controle de pareceres jurídicos nos moldes de um regime jurídico assaz conhecido: o regime jurídico dos atos administrativos em geral.

Evita-se assim ter de recorrer a fórmulas como a de Hely Lopes Meirelles[5], para quem os atos administrativos enunciativos, dentre eles os pareceres, seriam atos administrativos apenas no sentido formal. Faltariam-lhes o aspecto material, posto que não contem manifestação de vontade da administração.

Sustentar serem os pareceres atos administrativos apenas em sentido formal é o mesmo que dizer que eles a se aplica o regime jurídico dos atos administrativos apesar de não pertencerem à tal categoria. Seriam eles figuras bastante *sui generis*, sem dúvida alguma.

A incongruência entre inserir determinado instituto jurídico em uma categoria apenas para que ele a se aplique o regime jurídico correspondente, mas sem que verdadeiramente pertença à tal categoria, é insuperável. Mais uma demonstração de que o conceito de ato administrativo que levou à essa paradoxal conclusão é por demais restrito.

Ademais, não se vislumbra qualquer explicação consistente que se preste a esclarecer qual seria a natureza e o regime jurídico dos pareceres e demais atos estatais que não contenham declaração de vontade, se os excluirmos da categoria dos atos administrativos.

A Constituição Federal prevê expressamente uma instituição voltada às atividades de assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo (arts. 131 e 132 da Constituição Federal). Reputadas funções essenciais à Justiça e com membros providos mediante concurso público de provas e títulos, tanto a Advocacia-Geral da União como as Procuradorias dos Estados e Municípios se especializam na consultoria jurídica do Poder Público, vale dizer: na elaboração de pareceres jurídicos acerca das mais variadas matérias de interesse do Estado.

[4] *Notas Sobre Derecho Y Lenguaje*. 3ª Ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot: 1986. pp. 91-95.
[5] Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro.* pp. 175.

As normas insculpidas nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal são normas de princípio institutivo, na conhecida classificação de José Afonso da Silva[6]. Sua característica é traçar esquemas gerais de estruturação e organização de órgãos e instituições em geral, para que o legislador as estruture por completo. Segundo o ilustre professor[7]: "(...) essas normas deixam menor ou maior campo à atuação discricionária do legislador ordinário mas sempre há um mínimo que um poder mais elevado – o constituinte – quer ver atendido;(...)"

O mínimo que o poder constituinte quer ver atendido, no caso, é que exista uma instituição voltada à elaboração de pareceres jurídicos nas matérias de interesse do Estado. Se tais pareceres, importantes o suficiente para possuirem previsão constitucional expressa, não se enquadram na categoria dos atos administrativos, como tratá-los?

Em outras palavras, se a Constituição Federal se preocupou com a criação e organização de uma instituição com carreira própria e que tem como uma de suas funções precípuas a elaboração de pareceres, como asseverar que tais pareceres são atos apenas formalmente administrativos no quadro da organização político-administrativa do Estado? Como afirmar que os referidos pareceres não são atos tipica e ontologicamente estatais?

De novo, o conceito de ato administrativo que leva à tal conclusão é demasiadamente restrito, além de não oferecer qualquer motivo plausível para a exclusão dos pareceres da categoria dos atos administrativos.

Para concluir este tópico vale mencionar que ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.073[8], no qual se discutiu a possibilidade de Advogado Público ser responsabilizado solidariamente com o administrador em virtude do conteúdo de parecer seu, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de responsabilização do Advogado Público fundamentando a decisão no fato de que o parecer jurídico não é ato administrativo, mas mero ato de administração consultiva.

Embora concordemos integralmente com a conclusão, a fundamentação deixa por desejar. O advogado público não é solidariamente responsável com o administrador porque o primeiro se limita a emitir manifestação acerca dos aspectos estritamente jurídicos do eventual ato administrativo a ser praticado, sem analisar os aspectos técnicos, econômicos ou de conveniência. A responsabilidade é de quem definiu o conteúdo do ajuste ou do ato administrativo e, ao final, decidiu por sua realização[9].

Enfim, caso tenha o Advogado Público elaborado parecer fundamentado e condizente com os fatos não pode ele ser responsabilizado por sua opinião jurídica, exceto se tiver agido com dolo ou incorrido em erro grosseiro[10].

---

[6] *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002. pp. 126.
[7] *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. pp. 125.
[8] Rel. Min. Carlos Velloso, DJ: 31/10/2002.
[9] José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. pp. 139.
[10] Neste sentido há julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Ag. nº 0003263-55.2012.4.01.0000/AM, Rel. Des. Monica Sifuentes, e-DJF1 Data: 08/03/2013 Pág :577) no qual se afirma que: "(...) 3. A prática de ato administrativo por agente público que tenha causado dano ao erário, ainda que fundamentado em parecer jurídico de consultoria jurídica, não gera como consequência necessária a responsabilidade do profissional da advocacia pública que subscreveu a peça jurídica. É imprescindível a existência de dolo (conluio com os agentes

Tanto assim que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posteriormente evoluiu. O atual julgado paradigmático a respeito da questão[11] não se fundamenta na cerebrina distinção entre ato administrativo e ato de administração consultiva, mas na diferença entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes e na ausência de nexo causal entre a conduta do parecerista e o resultado danoso à administração.

Estabelecida a inclusão dos pareceres jurídicos da lavra de advogados públicos na categoria dos atos administrativos, resta agora abordar algumas especificidades dos elementos desta espécie de ato administrativo.

Parecer Jurídico - Elementos do Ato Administrativo.

Nas linhas que seguem abaixo trataremos da importância e das exigências que cercam a fundamentação e a forma dos pareceres jurídicos. Contudo, antes de adentrar nesta seara é preciso deixar claro quais atos se amoldam à categoria de pareceres jurídicos. A melhor forma de fazê-lo é por exclusão.

Sujeito e Competência.

A Constituição Federal prevê a existência de determinados órgãos cuja precípua função é prestar consultoria ao Presidente da República. Porém, tais órgãos não se desincumbem de tais funções através de pareceres.

Os artigos 89 e 90 da Constituição Federal instituem o Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República ao qual compete se pronunciar sobre intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio e outras questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Por sua vez, o artigo 91 da Constituição Federal regula o Conselho de Defesa Nacional, órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático.

Ambos estes órgãos prestam consultoria ao Presidente da República a respeito de questões de extrema relevância constitucional para a estabilidade do Estado. A consulta a tais Conselhos é obrigatória nas hipóteses previstas na Constituição Federal, mas sua manifestação não é vinculante[12].

O resultado de tais consultas, a manifestação dos Conselhos em epígrafe acerca da questão a eles submetida pelo Presidente da República, não pode ser considerada um parecer jurídico. Primeiro porque as manifestações do Conselho da República e

---

políticos) ou de culpa grave, revelando que o profissional agiu de má-fé ou foi grosseiramente equivocado ou desinteressado pelo estudo da causa ou do direito, a ponto de não conseguir se escusar do ato ilícito. 4. A função do Advogado Público (ou assessor jurídico) quando atua em órgão jurídico de consultoria da Administração é de, quando consultado, emitir uma peça (parecer) técnico-jurídica proporcional à realidade dos fatos, respaldada por embasamento legal, não podendo ser alçado à condição de administrador público, quando emana um pensamento jurídico razoável, construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal. (...)"

[11] MS nº 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 09/08/2007. O Julgado foi veiculado no Informativo de Jurisprudência nº 475 da Suprema Corte.

[12] Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Conflito Entre Poderes: O Poder Congressual de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo. Revista dos Tribunais: 1994. pp. 28-40.

do Conselho de Defesa Nacional não se cingem à questões jurídicas. Pelo contrário, da composição destes Conselhos facilmente se percebe que se trata de manifestação a respeito da conjuntura e possibilidades políticas existentes no momento em torno de assuntos relevantes à estabilidade institucional do País. O teor do *caput* do artigo 5º da Lei 8.183/90[13], que regula o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional, é bastante elucidador a este respeito.

Em segundo lugar, ao contrário dos pareceres jurídicos as manifestações dos referidos Conselhos não exigem fundamentação exaustiva ou sequer forma escrita. Pelo contrário, as manifestação do Conselho da República ocorrem em reuniões convocadas pelo Presidente da República, como se vê do artigo 5º da Lei 8.041/90 e, portanto, de forma oral. O mesmo se dá com o Conselho de Defesa Nacional, a rigor do artigo 3º da Lei 8.183/90.

Na verdade, para saber se estamos ou não diante de um parecer jurídico o primeiro elemento do ato administrativo a ser verificado é o sujeito – o produtor do ato. Somente os membros da Advocacia Pública tem competência administrativa para elaborar pareceres jurídicos, a rigor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal. Pareceres jurídicos, no âmbito do Direito Administrativo, são exclusivamente os atos opinativos produzidos por membros da Advocacia Pública no desempenho de suas atribuições de consultoria e assessoramento jurídico.

Para que o sentido da afirmação feita no parágrafo anterior fique claro é preciso ressaltar que os pareceres elaborados pelos membros do Ministério Público, no exercício de sua função de *custos legis* em demandas cíveis e penais, se regem pelo direito processual e não pelo direito administrativo.

Isso, claro, sem embargo dos que consideram o termo "parecer" inadequado para corretamente descrever as manifestações do Ministério Público como *custo legis*[14]. Deveras, é inegavel que a finalidade das promoções do Ministério Público nos autos não é assessorar o Juízo na realização de suas funções e que este, quando remete aos autos ao *parquet*, não está a formular uma consulta. O Ministério Público atua em defesa da ordem jurídica nos processos em que intervém (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), função esta que jamais pode ser confundida como uma "assessoria processual" ao Poder Judiciário.

Deve ficar claro que não é em razão de qualquer conotação de desprestígio ou menosprezo para com as atividades de assessoria e consultoria jurídica que afirmamos a elas não se amoldarem as funções do Ministério Público. Decididamente não.

A ciência do direito deve primar pela clareza de linguagem, distinguindo institutos e atos de natureza diferentes mesmo que conhecidos sob a mesma alcunha. Esta a premissa que nos leva à conclusão segundo a qual pareceres exarados por

[13] "*Art. 5° O exercício da competência do Conselho de Defesa Nacional pautar-se-á no conhecimento das situações nacional e internacional, com vistas ao planejamento e à condução política e da estratégia para a defesa nacional.* (...)"

[14] José Dilermando Meireles; Jarbas Fidelis de Souza. *Parecer: Terminologia Inadequado para Designação de Atos Próprios do Ministério Público.* Revista de Informação Legislativa. v. 13. nº 49. pp. 91-98. jan/mar de 1976.

membros da Advocacia Pública e pareceres da lavra de membros do Ministério Público são distintos e se submetem a regimes jurídicos diferentes, apesar de comumente serem referidos pela mesma designação.

Fundamentação e Forma do Parecer Jurídico.

Precisamente por ser despojado de conteúdo decisivo, restringindo-se à emissão de uma opinião juridicamente qualificada, a motivação ou fundamentação do parecer jurídico é sem dúvida seu elemento mais relevante.

Com efeito, o parecer jurídico é ato administrativo que prima pela fundamentação e não só pela conclusão. Seu propósito imediato é esclarecer ao administrador as questões jurídicas envolvidas em determinado ato ou procedimento que exige uma decisão sua. Exatamente por isso a fundamentação, enquanto sede natural das razões do parecer, razões que o tornam legítimo e não arbitrário, se mostra absolutamente essencial. Ao revés, sua insuficiência ou ausência despojam o administrador de qualquer possibilidade de diálogo institucional com o parecer e com a Advocacia Pública como um todo, já que se queda sem saber por que determinado ato seu foi considerado legal ou ilegal.

Ultrapassado há muito o paradigma do positivismo legalista que enxergava a lei como algo a ser assepticamente aplicado, não se vislumbra mais a possibilidade de pratica de atos administrativos desprovidos de fundamentação, exceto, como diz Juarez Freitas[15] interpretando o artigo 50 da Lei 9.784/1999 à luz da Constituição Federal, se o ato for de mero expediente ou autodecifrável pela singeleza de seus pressupostos, como, por exemplo, o deferimento de exoneração de cargo em comissão.

A motivação dos atos administrativos em geral não diz respeito apenas aos seus destinatários diretos, o administrador no caso de pareceres, mas assume ainda uma função política[16] associada ao fundamento republicano e democrático de nossa Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único). Sob tal ótica, a motivação se torna um imperativo também para que o conjunto do povo, e qualquer de seus componentes, possa verificar claramente os fundamentos de determinado ato administrativo e ter acesso ao registro histórico de todas as considerações que o antecederam.

Por isso distingue a doutrina entre as funções endoprocessuais e as funções extraprocessuais da motivação[17]. As primeiras dizem respeito à sua finalidade dentro do processo e se resumem à possibilidade de as partes bem compreenderam os motivos da decisão e, com arrimo nessa compreensão, poderem impugná-la eficazmente. Já as funções extraprocessuais, a que logo acima nos referimos como função política, atinem com a possibilidade de controle democrático dos atos de exercício de poder (jurisdicional ou administrativo) por parte do povo.

---

[15] *Processo Administrativo Federal: Reflexões sobre o Prazo Anulatório e a Amplitude do Dever de Motivação dos Atos Administrativos*. In: Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (orgs.). *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2000. pp. 105.

[16] Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 16ªed. São Paulo: Malheiros. 2000. pp. 68.

[17] Michele Taruffo. *Proceso y Decisión*. Madrid: Marcial Pons. 2012. pp. 90/92.

A função endoprocessual da fundamentação dos pareceres jurídicos é bipartida. Primeiro, tem ela o escopo de levar ao conhecimento do administrador as possibilidades e impedimentos legais e constitucionais a respeito de determinado ato, contrato ou política pública, apontando-se ainda as eventuais divergências jurisprudenciais e doutrinárias a respeito de determinado tema, de modo que o administrador fique ciente dos riscos envolvendo a prática de determinado ato administrativo.

Em segundo lugar, ela também permite que o administrador conheça claramente os motivos que levaram à conclusão posta no parecer para que possa, então, decidir por acatá-lo ou não. Não só o administrador direta e imediatamente interessado, por ser o responsável pelo ato ou decisão a que o parecer alude, mas todo o conjunto de administradores que porventura precise compreender o processo de tomada de decisão no futuro. Tal função pode parecer se esvaziar se estivéssemos tratando de pareceres vinculantes, mas tal conclusão é apressada.

A classificação adotada pelo artigo 42 da Lei nº 9.784/1999, distingue entre pareceres obrigatórios e vinculantes e pareceres obrigatórios e não vinculantes. O parecer será obrigatório quando o acionamento prévio do Advogado Público for indispensável à prática do ato[18], mesmo que o administrador não esteja adstrito aos seus termos. Por outro lado, o parecer será vinculante quando o administrador estiver jungido às suas conclusões[19].

Mesmo em relação a pareceres vinculantes esta segunda função endoprocessual da motivação não se esvazia, pois permanece o interesse no registro do conteúdo do parecer para posterior análise e, quiçá, superação. Se não for possível aferir de forma imediata, concreta e objetiva qual a fundamentação de determinado parecer que concorda ou discorda de determinado ato, minuta, contrato etc... não será possível, por consequência, avaliar seu acerto ou desacerto.

Exatamente por isso o §1º, do artigo 22, da Lei 9.784/99, determina que todos os atos de um processo administrativo devem ser produzidos por escrito. Analisado tal parágrafo primeiro em contraposição com o teor do *caput* deste mesmo artigo 22, segundo o qual os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, exceto quando a lei o exigir, resta inevitável a conclusão de que a forma escrita constitui requisito formalístico inafastável do ato administrativo, aí inclusos os pareceres jurídicos.

A função extraprocessual da motivação dos pareceres jurídicos é, como intuitivo, franquear ao povo a possibilidade de controle sobre todos os atos administrativos.

---

[18] Segundo o §2º do artigo 42 da Lei nº 9.784/99, caso um parecer obrigatório e não vinculante deixe de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter seguimento e ser decidido sem ele. Pelo contrário, nos termos do §1º do dispositivo acima mencionado, caso o parecer seja obrigatório e vinculante o processo não terá seguimento até sua apresentação.

[19] Apesar de a previsão legal mencionar tão-somente a existência de pareceres obrigatórios e vinculantes e pareceres obrigatórios e não vinculantes, é preciso notar que há pareceres obrigatórios e não-obrigatórios e pareceres vinculantes e não vinculantes. Um parecer pode, por exemplo, ser não obrigatório e mesmo assim vinculante para toda a Administração Federal ou apenas para alguns de seus entes, a rigor dos artigos 40 a 42 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993).

O ser a forma escrita requisito formalístico não permite a dedução de que se trata de mera formalidade, afastável mediante aplicação do conhecido *topoi* "pas de nulité sans grief". O prejuízo causado pela não observância da forma escrita em relação aos atos jurídicos em geral e quanto aos pareceres jurídicos em particular é a impossibilidade de formação de um registro histórico acessível por todos. Por conseguinte, o prejuízo é a frustração por completo da função extraprocessual da fundamentação dos atos administrativos, função esta intimamente ligada ao caráter republicano e democrático de nossa Carta Maior.

Ao contrário do que ocorre no âmbito do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, consultoria jurídica prestada apenas oral ou pessoalmente é insuficiente. A manifestação do Advogado Publico há de ser feita por escrito e conter todos os elementos jurídicos pertinentes, inclusive a subsunção das normas apontadas na manifestação aos concretos fatos em análise.

Ao elaborar sua manifestação na forma escrita, o Advogado Público garante o registro histórico de sua manifestação no bojo dos autos, acessível no futuro não só à Administração mas também a qualquer povo que a requeira (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal).

Se em geral a fundamentação ou motivação escrita e *prévia* é um requisito imprescindível do ato administrativo, o será mais ainda quando se tratar de parecer emanado de Advogado Público, cuja tarefa precípua, no caso, é prestar consultoria e assessoramento jurídico aos administradores, bem como auxiliá-los a exercer o controle interno de legalidade.

Ato opinativo desprovido de motivação, mesmo que sucinta, é inexistente.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça[20] decidiu que o vício consistente na falta de motivação do ato administrativo pode ser convalidado, de forma excepcional, mediante a exposição em momento posterior dos motivos idôneos e preexistentes que foram a razão determinante para a prática do ato, ainda que estes tenham sido apresentados apenas nas informações prestadas pela autoridade coatora em mandado de segurança.

A razão de decidir do precedente mencionado é a seguinte:

> " (...) nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar de maneira inquestionável que: o motivo extemporaneamente alegado preexistia; que era idôneo para justificar o ato; e que o motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se esses três fatores concorrem, há de se entender que o ato se convalida com a motivação ulterior"

O pressuposto de tal julgado é a existência de casos nos quais a lei não exige motivação. Ora, a própria existência da Advocacia Pública está umbilicalmente relacionada ao exercício da função constitucional de prestar consultoria e assessoramente jurídico ao Poder Executivo (art. 131, *caput*, da Constituição

[20] AgRg no RMS 40.427-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3/9/2013. Informativo nº 529 do Tribunal.

Federal). Não se pode admitir ter a Constituição Federal atribuído à determinada instituição a função de prestar consultoria e assessoramento jurídico, assim dando especial relevo às suas manifestações opinativas, para depois admitir que justamente essas especiais manifestações não tenham fundamento algum.

Ademais, em vista da já ressaltada importância da fundamentação dos pareceres jurídicos, eventual parecer sem motivação seria de todo ineficiente e, portanto, contrário ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Em suma, eventual fundamentação posterior aos pareceres omissos não supre o vício que macula estes últimos, pois, como dito, sua motivação deve ser contemporânea ao ato administrativo e não posterior[21].

Pareceres Jurídicos e Controle Interno de Legalidade.

A Constituição Federal não menciona expressamente o controle interno ou a assistência ao controle interno realizado pela Administração Federal dentre as funções do Advogado Público. A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União tampouco.

Inobstante, tal menção expressa é desnecessária se considerarmos que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico e de prestar assistência ao controle interno de legalidade, em realidade, se fundem em uma só. A missão constitucional da Advocacia Pública é primar pelo respeito à Lei e à Constituição sob a ótica de uma instituição permanente de Estado e não de um orgão de Governo[22]. Em outras palavras, não há consultoria ou assessoramento jurídico prestado por Advogado Público em que o mesmo não esteja, ao mesmo tempo, auxiliando o administrador a exercer o controle interno de legalidade de seus atos, passados ou futuros. Como afirma Rommel Macedo[23]:

> "Essas competências consultivas objetivam, principalmente, garantir que as políticas públicas sejam formuladas e implementadas de acordo com o ordenamento jurídico, apontando as inconstitucionalidades e ilegalidades possivelmente existentes em ações governamentais e buscando formas alternativas para garantir o atendimento das demandas sociais. Em suma, trata-se de um verdadeiro controle de juridicidade, que não existe para impedir ou atravancar políticas públicas, mas sim para assegurar sua integridade jurídica. A este respeito, cumpre destacar as publicações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre a Advocacia de Estado, a clássica doutrina de Karl Loewenstein sobre a função de controle, bem como os mais recentes estudos de Bruce Ackerman sobre os poderes estatais."

---

[21] Carlos Ari Sundfeld. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados.* Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. vol. 2. p. 653 e sgts. Nov /2012, DTR\2013\39.

[22] Roberto Luis Luchi Demo. *Advocacia Pública*. Revista dos Tribunais. vol. 801. Jul/2002. pp. 699 e sgts. DTR\2002\377.

[23] *Escolha de quadros da AGU deve adotar critérios técnicos.* Revista Consultor Jurídico. 31 de julho de 2013. http://www.conjur.com.br/2013-jul-31/rommel-macedo-escolha-quadros-agu-usar-criterios-tecnicos, acesso em 14/09/2013.

A atividade de controle consiste na verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a um cânone pré-estabelecido, possibilitando ao agente controlador a adoção de uma medida em decorrência do juízo formado[24]. Todo ato de consultoria passa, necessariamente, por uma análise tal.

A aparente lacuna do controle interno dentre as funções da Advocacia-Geral da União foi parcialmente suprida pela Medida Provisória nº 2.229-43 de 06/09/2001[25], que criou a carreira de Procurador Federal.

As atribuições dos ocupantes dos cargos de Procurador Federal estão expressas no artigo 37 da aludida Medida Provisória, que reza o seguinte:

> "Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:
> I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;
> II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;
> III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e;
> IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados."

O inciso IV do dispositivo acima transcrito é expresso quanto à inclusão do controle interno da Administração dentre as atribuições do Advogado Público. Que as funções de consultoria e assessoramento, de um lado, e de assistir a autoridade assessorada no controle interno de legalidade, de outro, estejam previstos em incisos distintos do dispositivo não deve levar o intérprete à conclusões apressadas.
A manifestação do Advogado Público que assessora o administrador no controle interno de legalidade dos seus atos é um parecer. O Advogado Público é instado a se manifestar sobre a legalidade dos atos da autoridade *assessorada* mediante uma consulta. Por consequência, a manifestação do Advogado Público a título de controle interno se concretizará mediante atos de consultoria, mediante um parecer.
A indissolubilidade das atribições de consultoria e de assistir no controle interno de legalidade fala mais alto do que a separação topográfica destas matérias em diferentes incisos de um mesmo artigo, até porque não há de se confundir norma jurídica com lei ou artigo de lei. Um mesmo artigo pode conter várias normas jurídicas ou, ao contrário, uma única norma pode decorrer de diversos dispositivos legais[26].

Mesmo que o administrador não requeira expressa assistência no controle interno de seus atos, ainda sim deve constar do bojo de todo parecer jurídico análise a

[24] Odete Medauar. *Controle da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. pp. 30.
[25] A referida Medida Provisória permanece em vigor diante do disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32 de 11/09/2001.

[26] Lourival Vilanova. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky. 1976. pp. 113.

respeito de quaisquer ilegalidades verificadas, como decidiu o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1549/2011[27].

Certo, as modernas teorias do direito admitem que em casos difíceis, ancorados em normas legais de textura semântica aberta ou mesmo situados em aparentes vazios jurídicos, não há apenas uma decisão juridicamente correta[28], excludente das demais. Justamente em razão desta característica não-matemática da aplicação do direito é que uma fundamentação apropriada e exauriente desponta como a principal exigência de decisões a respeito de qualquer questão controvertida [29].

Odete Medauar[30] inclui apenas os pareceres vinculantes dentre os mecanismos de controle interno da Administração. Segundo a ilustre doutrinadora, os pareceres facultativos e os pareceres obrigatórios e não vinculantes, por permitirem que a autoridade decida de modo diverso, são apenas medidas de instrução antecedentes à tomada de decisão.

Partido do pressuposto de que a atividade de controle consiste na verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a um cânone pré-estabelecido, não há razão para inferir que apenas os pareceres vinculantes satisfaçam tal finalidade. Estar ou não o administrador juridicamente vinculado à conclusão do parecer não interfere na natureza da função do parecerista (art. 37, IV, da Medida Provisória nº 2.229-43 de 06/09/2001).

Justamente em virtude da já ressaltada relevância constitucional da atividade de consultoria e assessoramento da Administração, não pode o administrador simplesmente ignorar o parecer do Advogado Público. Caso decida por não acolhê-lo deve o administrador fazê-lo justificadamente e, ainda assim, na hipótese de a decisão contrária ao parecer ter causado enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violado princípio da Administração Pública, no mais das vezes restará configurado o elemento subjetivo necessário à incidência da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). Nesse sentido já assentou o Superior Tribunal de Justiça[31] que:

> "É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta (...)."

---

[27] Segunda Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz. Eis trecho do Acórdão: *"2.34 A assessoria jurídica, por meio do responsável, aprovou a minuta do convênio (fls. 315, vol. 1), cujo texto inclui o plano de trabalho. Obviamente, não cabia ao setor jurídico a análise de aspectos de mérito técnico das metas, custos e do objeto do convênio mas certamente era exigível a verificação da existência de fixação de metas e de objeto preciso bem como do detalhamento de custos, eis que são exigências da própria IN em seus arts. 2º, incisos II e III. No entanto, o que se vê, nos termos do parecer, é que ele se limita a afirmar que "a minuta do termo de convênio acha-se regular em seu aspecto técnico jurídico". Não foi apontada a insuficiência da descrição do objeto, das metas ou dos custos."*

[28] H. L. A. Hart. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press. 1994. pp. 124/136; 141/147 e; 272/277; Robert Alexy. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. N. 05 (1988). pp. 139-151.

[29] Alaôr Caffé Alves. *Lógica: Pensamento Formal e Argumentação*. Bauru: Edipro. 2000. pp. 396/405.

[30] *Controle da Administração Pública*. pp. 62/64.

[31] Resp nº 827.445/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, in DJe 8/3/2010. Ver, ainda, o Ag. Reg. no Resp. nº 1065588; 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe Data: 21/02/2011.

Bem se vê que apesar de os pareceres não-vinculantes não jungirem o administrador à agir conforme suas conclusões, produzem eles efeitos jurídicos importantes. Efeitos suficientes para subsidiar nossa afirmação de que não são meros atos de instrução e de que possuem mais do que simples autoridade moral dependente da personalidade do parecerista[32].

Outrossim, é impossível generalizar a questão e afirmar que os pareceres não vinculantes são apenas medidas de instrução antecedentes à tomada de decisão, pois não é raro que tais pareceres sejam solicitados após a decisão ter sido tomada e justamente a respeito de sua legalidade ou não.

É extremamente importante, portanto, que o parecerista tenha sempre em mente que sua tarefa não se limita a responder ao teor da consulta formulada pela Administração. Verificando ele a existência de quaisquer vícios ou ilegalidades deve apontar especificamente a falha. A função de controle interno ou de assistir o administrador no controle interno de legalidade de seus atos deve ser realizada pelo Advogado Público de ofício, ou seja, independentemente de requerimento expresso ou mesmo contrariamente à qualquer consulta formulada de maneira a excluir certos aspectos jurídicos do ato, contrato ou procedimento em questão de sua apreciação.

Bibliografia.

- Alexy, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa. N. 05 (1988).

- Alves, Alaôr Caffé. *Lógica: Pensamento Formal e Argumentação*. Bauru: Edipro. 2000.

- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ªed. São Paulo: Malheiros. 2001.

- Carrió, Genaro. *Notas Sobre Derecho Y Lenguaje*. 3ª Ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot: 1986.

- Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

- Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ªed. São Paulo: Malheiros. 2000.

- Cristóvam, José Sérgio da Silva; Michels, Charliane. *O parecer jurídico e a atividade administrativa: Aspectos destacados acerca da natureza jurídica, espécies e responsabilidade do parecerista*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11670>. Acesso em dez 2013.

[32] Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*. pp. 64.

- Cunha Ferraz, Anna Cândida da. *Conflito Entre Poderes: O Poder Congressual de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo. Revista dos Tribunais: 1994.

- Demo, Roberto Luis Luchi. *Advocacia Pública*. Revista dos Tribunais. vol. 801. Jul/2002. pp. 699 e sgts. DTR\2002\377.

- Freitas, Juares. *Processo Administrativo Federal: Reflexões sobre o Prazo Anulatório e a Amplitude do Dever de Motivação dos Atos Administrativos*. In: Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (orgs.). *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2000.

- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press. 1994.
- Macedo, Rommel. *Escolha de quadros da AGU deve adotar critérios técnicos*. Revista Consultor Jurídico. 31 de julho de 2013. http://www.conjur.com.br/2013-jul-31/rommel-macedo-escolha-quadros-agu-usar-criterios-tecnicos, acesso em 14/09/2013.

- Medauar, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

- Meireles, José Dilermando; Souza, Jarbas Fidelis de. *Parecer: Terminologia Inadequado para Designação de Atos Próprios do Ministério Público*. Revista de Informação Legislativa. v. 13. nº 49. pp. 91-98. jan/mar de 1976.

- Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ªed. São Paulo, Malheiros: 1999.

- Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

- Sundfeld, Carlos Ari. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. vol. 2. p. 653 e sgts. Nov /2012, DTR\2013\39.

- Taruffo, Michele. *Proceso y Decisión*. Madrid: Marcial Pons. 2012.
- Vilanova, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky. 1976.

São Paulo, 06 de janeiro de 2014.

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:

MORAES, Ricardo Quartim de. Análise dos Pareceres Jurídicos sob a Perspectiva dos Elementos do Ato Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-RICARDO-QUARTIM-MORAES.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 Numbe*r), 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.