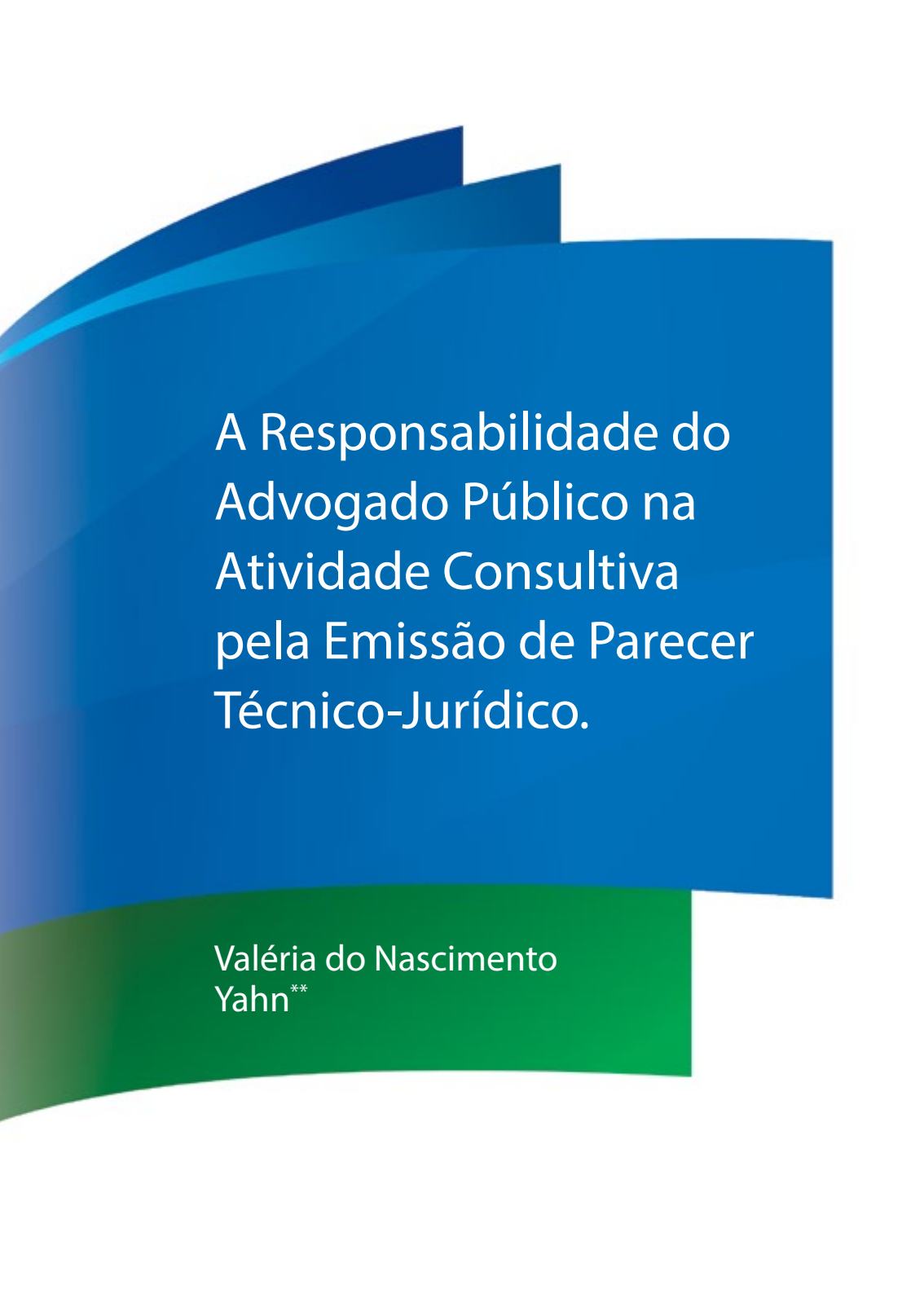


# Artigos

The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top portion is dominated by a large blue shape, while the bottom portion is a green shape. The text is centered within these shapes.

# A Responsabilidade do Advogado Público na Atividade Consultiva pela Emissão de Parecer Técnico-Jurídico.

Valéria do Nascimento  
Yahn\*\*

## Resumo

O presente artigo objetivou verificar a possibilidade de se imputar responsabilidade aos advogados públicos na atividade consultiva. Sublinhou-se que o advogado exerce papel relevante na ordem constitucional de 1988, na medida em que defende as instituições democráticas, devendo pautar a sua atuação de acordo com os princípios constitucionais, em especial, com o princípio da legalidade. Detalhando o assunto, demonstrou-se que a atuação consultiva dos advogados públicos é de suma importância para o Poder Público, pois visa a assessorar e orientar a Administração Pública, especialmente, o Poder Executivo, ofertando maior segurança jurídica aos atos administrativos por eles praticados. Na sequência, adentrou-se o estudo da responsabilidade dos advogados públicos, com ênfase para o exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial, o Supremo Tribunal Federal. Evidenciou-se que a noção de irresponsabilidade dos advogados públicos não se coaduna com a noção de Estado Democrático de Direito, que preconiza que o indivíduo responde pelos atos ilícitos causadores de danos a terceiros. Salientou-se, contudo, que a responsabilidade dos advogados públicos pela emissão de pareceres técnico-jurídicos é subjetiva e não objetiva, estando condicionada à demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa, ou à demonstração de que o consultor jurídico cometeu erro grave, grosseiro ou inescusável. E, ainda, para que se configure a responsabilização do parecerista, deve haver nexo causal entre a sua conduta e o dano suportado pelo Poder Público. Por derradeiro, concluiu-se que somente haverá responsabilidade dos advogados públicos pareceristas quando houver demonstração de ato comissivo ou omissivo, praticado com dolo ou culpa, ou de erro grosseiro, erro grave ou inescusável.

---

\*\* Pós-Graduação em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), advogada e assessora jurídica na Procuradoria do Estado do Mato Grosso do Sul (PGE/MS).

# Sumário

1. Introdução. 2. Da função do advogado no Estado Democrático de Direito. 3. Do exercício da atividade consultiva pelos advogados públicos. 4. O tratamento do tema responsabilidade dos advogados públicos na jurisprudência do STF e do STJ. 5. Da possibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função de consultoria quando atuem com dolo ou culpa.

## 1. Introdução

O presente trabalho procurou enfatizar o estudo da Responsabilidade do Advogado Público na atividade consultiva a partir da seguinte premissa: a interpretação deste assunto não pode ser feita de maneira isolada, dissociada das normas constitucionais e dos preceitos do Código Civil, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994), da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e, ainda, da orientação consolidada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Muito se discute sobre a possibilidade de se imputar responsabilidade aos advogados públicos pela emissão de pareceres técnico-jurídicos, principalmente, naquelas hipóteses em que ocorre dano ao Poder Público. Embora o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os *Mandados de Segurança n<sup>os</sup> 24.073-3/DF<sup>1</sup>, 24.584-1/DF<sup>2</sup> e 24.631-6/DF<sup>3</sup>*, tenha firmado o entendimento de que a responsabilização dos advogados públicos está condicionada à demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa, ou, ainda, à

---

<sup>1</sup> STF, MS 24.703-3/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julg. 06/11/2002. Publ. 31.10.2003.

<sup>2</sup> STF, MS 24.584-1/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julg. 09/08/2007. Publ. 20/06/2008.

<sup>3</sup> STF, MS 24.631-6/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julg. 09/08/2007. Publ. 01/02/2009.

comprovação de erro grosseiro, grave ou inescusável, certo é que a questão da responsabilização dos consultores públicos está longe de ser pacificada.

O próprio Supremo Tribunal Federal causou agitação no mundo jurídico ao mudar o entendimento preconizado no Mandado de Segurança nº 24.073-DF (*leading case*), ao reconhecer, quando do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584-1/DF e nº 24.631-6/DF, a possibilidade de o Tribunal de Contas da União imputar responsabilidade ao advogado público parecerista, na hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>4</sup>.

Denota-se a importância do tema, vez que a discussão da questão restou reaberta no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631-6/DF, que passou a admitir a responsabilização dos advogados públicos pela emissão de pareceres. A partir daí abriu espaço, como não poderia deixar de ser, para questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas e do Ministério Público em desfavor dos advogados públicos.

Nesse contexto, impende acentuar que as decisões dos Tribunais de Contas acerca do tema serão analisadas de maneira incidental, muito embora elas, juntamente com a atuação do Ministério Público, deem origem às principais questões jurídicas debatidas no âmbito dos Tribunais Superiores.

Partindo de uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho objetivou demonstrar que a responsabilização do parecerista deve se dar de forma excepcional, estando condicionada à comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa ou à demonstração de que o consultor jurídico cometeu erro grave, grosseiro ou inescusável<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Lei 8.666/93: Art. 38 (*omissis*) – Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

<sup>5</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro *standards*. p. 5-6.

Buscou-se, ainda, evidenciar que a premissa adotada nos Mandados de Segurança nº 24.584-1/DF e nº 24.631-6/DF, ou seja, de que a obrigatoriedade do parecer conduz à responsabilização do parecerista, não pode ser considerada como uma verdade absoluta, pois o problema da responsabilização do parecerista não parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade ao erro – se há, portanto, nexa causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável .

Por fim, é importante que se diga que o presente estudo não tem o condão de defender a irresponsabilidade dos advogados públicos, em sua atividade consultiva, pois a ideia de que os advogados públicos não podem ser responsabilizados por seus atos, sobretudo pelos pareceres que emitem, está superada no âmbito da jurisprudência do STF, já que não se perfaz com o Estado Democrático de Direito. Seu objetivo será delinear, tendo em conta o ordenamento jurídico, quais os elementos necessários para que se configure a responsabilização dos pareceristas públicos, tendo por referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## 2. Da função do advogado no Estado Democrático de Direito

Como sabido, o advogado detém a técnica e o conhecimento necessário para solucionar os conflitos e assegurar a pacificação social, revelando-se indispensável para garantir o exercício da cidadania e, por consequência, da própria existência do Estado Democrático de Direito.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito. p. 123-124.

*“Não há democracia sem cidadania e não há cidadania sem advocacia”. (...) A advocacia dá lastro e sentido à participação cidadã, garantindo-se seu adequado exercício sempre que se demande conhecimento teórico e experiência prática adequado. Do mesmo modo, a advocacia atua como garantidora da *subsidiariedade* da ação do Estado sempre que esteja expressa na ordem jurídica e como impulsionadora, para introduzi-la onde seja necessária para expandir o campo da liberdade cidadã. No que toca à *consensualidade*, a advocacia garante a regularidade dos pactos firmados e age na defesa dos interesses neles envolvidos. Finalmente, no que se refere à *reflexividade*, sua missão é ainda mais importante, atuando, a advocacia, como consciência crítica do direito, seja na sua operação diuturna, seja na meditação teórica dos gabinetes.*

Vale dizer, o advogado exerce função que transcende a mera relação contratual privada com o seu cliente ou com o órgão e/ou entidade a que está subordinado, vez que sua atuação abrange a tutela das liberdades públicas e a proteção das instituições democráticas.

José Afonso da Silva<sup>7</sup>, enfatizando a importância das funções essenciais à justiça, em especial, a *advocacia*, aduz, em síntese, que: *“A advocacia não é apenas o pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento”*. Além disso, que *“O advogado no exercício do seu mister presta serviço público e desempenha função social”*, veja:

*“Nemo iudex sine actore”*. Esta velha máxima, que significa, ao pé da letra, que não há juiz sem autor, exprime muito mais do que um princípio jurídico, porque revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada, se alguém, um agente (autor, aquele que age), não lhe exigir que atue. É um princípio basilar da função jurisdicional que o “juiz deve conservar [...] uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 594 e 596-597.

de resolver”. A inércia [lembra Calamandrei] é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: imparcialidade”, que, sendo “virtude suprema do juiz, é resultante de duas parciaisidades que se combatem” parciaisidades do advogado das partes em disputa.

Nisso se acha a justificativa das *funções essenciais à justiça*, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o *Advogado*, o *Ministério Público*, a *Advocacia-Geral da União*, os *Procuradores dos Estados* e do *Distrito Federal* (representação das unidades federadas) e a *Defensoria Pública*.

(...) *A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. “O advogado é indispensável à administração da justiça”, diz a Constituição (art. 133), que apenas consagra aqui mais um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215/63, art. 68) já o consignava. Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo, no exercício de seu mister a prestação de um serviço público.*

Com base nela o novo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906, de 4.7.94) o consigna ao declarar:

*“Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.*

*“§1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.” (Grifou-se)*

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da justiça aludiu expressamente à figura do advogado, dispondo no *art. 133*, que: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”*

É de se verificar que o referido dispositivo constitucional consagrou, a um só tempo, o *princípio da essencialidade da advocacia* e da garantia da *invulnerabilidade pessoal do advogado*, ambos indispensáveis à defesa da ordem jurídica.



Nesse ponto, vale conferir trecho do voto do Ministro Celso de Mello nos autos do *RHC 81.750/SP*<sup>8</sup>:

*Como se sabe, a Constituição de 1988, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da Justiça, referiu-se, de modo expressivo, à figura do Advogado, e proclamou, no artigo 133, que “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (grifei).*

Esse preceito constitucional *consagra* um princípio da *essencialidade* da Advocacia – e *institui* uma garantia – a da *inviolabilidade pessoal* do Advogado.

*O princípio da indisponibilidade* tem um sentido institucional. *Ele erige* a Advocacia à condição jurídica de instituição *essencial* à ativação da função jurisdicional do Estado *de órgão imprescindível* à formação do Poder Judiciário e, também, *de instrumento indispensável* à tutela das liberdades públicas.

A *proclamação constitucional* da inviolabilidade de Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, *traduz* significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a *esse indispensável* operador do direito.

Por sua vez, os arts. 2º §§ 1º e 3º; 7º, inciso I; 18, *caput*; 31, §1º, e 44, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e o art. 2º, *caput*, do Código de Ética e Disciplina da OAB dispõem que:

Art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça.

§1 – No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

(...)

§3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Art. 7º - São direitos do advogado:

I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional.

<sup>8</sup> STF, RHC 81.750/SP. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julg. 12/11/2002. Publ. 10/08/2007.

Art. 18 – A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Art. 31 – (*omissis*)

§1º - O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

Art. 2º – O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Observa-se da leitura dos dispositivos acima transcritos que o advogado exerce papel importante no Estado Democrático de Direito, vez que tem a função precípua de zelar as instituições democráticas e de atuar de acordo com os princípios constitucionais, em especial, com o princípio da legalidade, que é um dos pilares em que se sustenta o Estado Democrático de Direito.

Dito de outro modo, o advogado deve velar, no exercício profissional, pela constante observância dos preceitos constitucionais, sobretudo dos direitos e garantias fundamentais e das liberdades individuais. Sobremais, atribui-se ao advogado o dever de prestigiar a ordem jurídica, defendendo as instituições democráticas e o princípio da legalidade, que é apanágio do Estado de Direito<sup>9</sup>. Em síntese, o advogado deve basear a sua atuação na proteção dos interesses coletivos.

Demais disso, o advogado deve se mostrar digno ao mister que lhe foi incumbido constitucionalmente, devendo atuar sempre de acordo com as regras

---

<sup>9</sup> JÚNIOR, Cláudio Ricardo Lima. Análise tópico-jurídica da função pública do advogado. Um exame dos caracteres do Estado Democrático de Direito para uma teoria da ética no exercício da advocacia. p. 6.



éticas e morais<sup>10</sup>. Outrossim, deve pautar sua atuação de maneira razoável não infringindo os limites legais no exercício de sua atividade. Enfim, deve exercer a sua função de maneira adequada, embasada nos princípios constitucionais, na legislação de regência aplicável ao caso, na opinião abalizada da doutrina e tendo em conta os precedentes proferidos pelos Tribunais.

Nesse contexto, é importante frisar que o advogado público pelo significativo papel que exerce (defesa dos interesses indisponíveis – arts. 127 a 130 da CF/88; interesses cometidos ao Estado – arts. 131 a 132, da CF/88 e interesses dos necessitados – art. 134, da CF/88), *com muito mais razão*, deve desempenhar as suas funções de maneira adequada, pautada pela técnica jurídica e não pelas opções político-partidárias do gestor público.

Por conseguinte, resta iniludível que o advogado exerce um múnus público, sendo defeso patrocinar interesse proibido por lei, devendo pautar a sua atuação balizada pela razoabilidade, moral, ética e técnica jurídica, sob pena de responder por eventuais danos causados aos seus clientes e a terceiros.

### 3. Do exercício da atividade consultiva pelos advogados públicos

Como dito no item anterior, a *Advocacia Pública* possui matiz constitucional, estando encartada entre *as funções essenciais à Justiça*. Os artigos 131 e 132 da Constituição Federal dispõem expressamente sobre a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, nos seguintes termos:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e

---

<sup>10</sup> Código de Ética e Disciplina da OAB: Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Em relação aos Municípios a situação é um tanto distinta. A Constituição Federal não define os procuradores dos municípios como os únicos aptos a advogar para Municipalidade, sendo que o próprio CPC elege uma regra específica para a representação judicial da Prefeitura Municipal, ao dispor que “serão representados em juízo: (...) II – o *Município, por seu Prefeito ou procuradores*” (art. 12, II, do CPC)<sup>11</sup>.

Depreende-se da leitura dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, que dentre as atribuições dos advogados públicos encontram-se as atividades

---

<sup>11</sup> AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O Advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. p. 322.

de consultoria e assessoramento jurídico (advocacia consultiva) e a de representação judicial (advocacia postulatória).

Comentando sobre as atividades da advocacia pública preconiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto que<sup>12</sup>:

As funções essenciais à justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais, interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais. Todas essas funções competem à advocacia, aqui tomada em sentido amplo, envolvendo atividades preventivas (consultoria) ou postulatórias (representação); privada ou pública. São, portanto, duas classificações a aclarar.

A *advocacia consultiva* é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.

A *advocacia postulatória* é a expressão privativa das funções essenciais à justiça, destinando-se a suscitar a atuação de qualquer dos Poderes do Estado, em especial, o Judiciário, para a correção da injuridicidade. Admite, por suposto, uma forma passiva, na qual a função é exercida sob demanda do interessado, e uma forma ativa, na qual ela é exercida ex officio, por imposição da lei.

A atuação consultiva dos advogados públicos é de suma importância para o Poder Público, pois visa a assessorar e orientar a Administração Pública, em especial, o Poder Executivo, ofertando maior segurança jurídica aos atos administrativos por eles praticados.

---

<sup>12</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. p. 46.

No exercício da atividade consultiva o advogado público pronuncia sobre determinada questão jurídica que lhe foi perguntada pelo Administrador Público por meio do *parecer jurídico*, embora também possa se manifestar através de outros atos de natureza consultiva como, por exemplo, despachos, ofícios, informes, notas técnicas e outros expedientes.

O parecer jurídico é o ato que contém orientação jurídica sobre determinado assunto que interessa ao gestor público. Em regra, possui natureza jurídica meramente opinativa não vinculando a autoridade consulente ou terceiros à sua conclusão.

Nessa quadra, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>: “Parecer é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo a sua apreciação técnica sobre o que lhe foi submetido.”

Diogenes Gasparini<sup>14</sup> define parecer “como a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentalmente, opinião técnica sobre matéria à sua apreciação”.

Percebe-se que o parecer, em si, não constitui um ato decisório da Administração Pública. Aliás, ele sequer configura uma manifestação da vontade estatal. Ele constitui apenas uma opinião interna de um técnico do Estado. E, ainda que tenha servido de base para uma decisão administrativa, com ela não se confunde<sup>15</sup>.

Tal característica não restou despercebida aos olhos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>16</sup>:

---

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 422.

<sup>14</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. p. 93

<sup>15</sup> AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O Advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. p. 327.

<sup>16</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. p. 111-112.



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

Ao propósito, esse também é o entendimento de Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari<sup>17</sup>:

*Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica, dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide. (Grifou-se)*

De tudo resulta que são distintos os dois atos: o parecer (que é mera opinião do técnico) e o ato administrativo que é o ato da autoridade que acolhe as conclusões do parecerista. Posta assim a questão, é de se dizer que a doutrina costuma entender que o parecer não chega a ser propriamente um ato administrativo, pois não constitui uma declaração de vontade da Administração Pública nem gera efeitos jurídicos imediatos – ao contrário do que se espera dos atos administrativos propriamente ditos.

Por outro lado, há casos em que a própria lei condiciona o aperfeiçoamento de determinado ato administrativo à emissão de parecer prévio do órgão consultivo. Trata-se dos *pareceres obrigatórios*.

Outrossim, podem ocorrer hipóteses em que a aprovação do parecer pela autoridade superior faz com que a orientação emanada pelos consultores jurídicos vincule toda a Administração Pública, que não pode, a partir de

---

<sup>17</sup> FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. p. 178.

então, decidir em desconformidade com a solução dada no parecer. São os chamados *pareceres vinculantes*.

Nesse sentido, pondera o saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>18</sup>:

*Pareceres: Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.*

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.

*Parecer normativo:* é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.

*Parecer técnico:* é o que provém de órgão ou agente especializado em matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.

---

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. p. 185-186





Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>19</sup> também conceitua parecer *“como o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.”* Entretanto, com supedâneo nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>20</sup> diz que os pareceres podem ser classificados em: facultativo, obrigatório e vinculante, veja:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão.

Dentro desse contexto, calha realçar que, longe de possuir caráter meramente didático, a classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes influenciou o Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões importantes como a possibilidade (ou não) de responsabilização dos advogados públicos pela emissão de pareceres jurídicos, como se demonstrará no item seguinte.

---

<sup>19</sup> FDI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. p. 222.

<sup>20</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. p. 583-585.

## 4. O tratamento do tema responsabilidade dos advogados públicos na jurisprudência do STF e do STJ

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto relacionado à responsabilidade dos advogados públicos em 3 (três) oportunidades, ao julgar os *Mandados de Segurança nº 24.703-3/DF, 24.584-1/DF e nº 24.631-6/DF*.

O *primeiro* mandado de segurança (MS 24.703-3/DF) foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 06/11/2002<sup>21</sup>, sendo relator o Ministro Carlos Velloso. A decisão proferida no referido mandado de segurança foi considerada por muito tempo como o *leading case* sobre o assunto.

O referido mandado de segurança foi impetrado por advogados públicos contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a inclusão dos impetrantes como responsáveis solidários na Inspeção TC 003.318/2001-4, cujo objeto foi o exame do contrato de consultoria firmado, de forma direta, pela Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras.

Na peça exordial do *mandamus* os impetrantes sustentaram: *a) ausência de competência do Tribunal de Contas da União para julgar os atos dos impetrantes*, dado que estes não exercem qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não ordenam despesas e não utilizam, gerenciam, arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos. Não têm, assim, sequer o potencial de causar perdas, extravios ou outros prejuízos ao Erário no desempenho de suas atividades profissionais e *b) impossibilidade de responsabilização dos impetrantes por atos praticados no regular exercício da sua profissão*, mormente porque, nos termos do

---

<sup>21</sup> Observação: As informações e citações acerca dos Mandados de Seguranças citados foram todas extraídas do site do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). Acesso em: 16/10/2013.

Estatuto da Advocacia, a relação de emprego não retira do advogado a isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional. Ademais, aduzem que, no caso, restringiram-se a verificar a presença dos pressupostos de contratação direta, tendo por base as informações prestadas pelos órgãos competentes e especializados.

O Tribunal de Contas da União ao prestar as suas informações alegou, em síntese, a inocorrência de direito líquido e certo dos impetrantes, mormente porque *“a emissão de pareceres jurídicos situa-se na esfera da responsabilidade administrativa do ocupante, no caso, de emprego público e possui implicação na apreciação da regularidade dos atos de gestão de que resulte despesa, quanto à sua ilegalidade, legitimidade e economicidade”* Nesse contexto, diz que *“os atos praticados pelos administradores foram respaldados nos pareceres jurídicos por eles emitidos, pareceres estes que justificam a própria razão de sua existência e constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões adotadas pelos ordenadores de despesa.”*

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.703-3/DF, o Tribunal Pleno entendeu, em apertadíssima síntese, que: *a) O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo.* Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei; *b) O autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador*, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto; *c) não é qualquer ato que enseja a responsabilidade do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável*, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia e *d) caberia à ordem dos Advogados do Brasil apenar as infrações cometidas por advogado*, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo a seu constituinte

(Lei 8.906/94, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto à prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei 8.906/94, art. 34, XXIV)<sup>22</sup>. (Grifou-se)

O r. *decisum* restou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei n° 8.906, de 1994, art. 2°, §3°, art. 7°, art. 32, art. 34, IX.

I – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação mediante interpretação da lei de licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello. “*Curso de Direito Administrativo*”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Código Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III – Mandado de Segurança deferido.

Por seu turno, o *segundo* mandado de segurança (MS 24.584-1/DF) foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 09/08/2007 cujo relator foi Ministro Marco Aurélio, sendo a decisão tomada por maioria, vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

O mandado de segurança foi impetrado por procuradores federais em razão de ato do Tribunal de Contas da União no sentido de responsabilizá-los por manifestações jurídicas formalizadas no exercício profissional. Tal

<sup>22</sup> Observação: O presente trabalho não discutirá a questão relativa à competência do Tribunal de Contas imputar responsabilidade aos advogados públicos, por fugir ao tema aqui tratado.



ato teria decorrido da Auditoria TC 013.636/2002-0, realizada no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, com o objetivo de avaliar os custos de prestação de serviços pela segunda ao primeiro, bem como de examinar o termo de convênio celebrado entre o Instituto e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD.

Os impetrantes alegaram que: a) o Tribunal de Contas da União não tem o poder de fiscalizar os pareceres jurídicos emitidos pelos procuradores públicos, que não seriam solidariamente responsáveis com os administradores quanto aos atos por estes praticados; e b) a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência funcional inerentes à advocacia.

Nas suas informações, o Tribunal de Contas aduziu que: a) não houve condenação de nenhum dos responsáveis arrolados, mesmo porque não se procedeu à audição destes. O ato do Tribunal implicara tão-somente determinação a fim de que os impetrantes fossem ouvidos “para apresentarem razões de justificativa”; b) o parecer técnico não obriga o administrador, mas, uma vez adotado, surge como fundamento da decisão proferida.

O relator, Min. Marco Aurélio, iniciou seu voto fazendo uma diferenciação entre sua posição no caso anterior (MS 24.073-3/DF) – em que votou pela concessão da segurança –, e, nesse (MS 24.584-1/DF), 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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Afirmando que “o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública”, votou pela obrigação de que os impetrantes apresentassem explicações ao Tribunal de Contas da União, e se fosse o caso, acionassem o Judiciário para afastar as glosas inadequadas que eventualmente poderiam ser feitas pelo órgão<sup>23</sup>.

O Min. Joaquim Barbosa, após argumentar que a questão não se resolvia na mera afirmação de irresponsabilidade opinativa dos advogados públicos, 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 à 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 – 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 8.666, de 21 de junho de 1993. Em tempos de *accountability* republicana, todas as autoridades públicas, incluindo advogados públicos, deveriam prestar contas de seus atos, razão pela qual denegava a segurança<sup>24</sup>.

Na sequência o Ministro Gilmar Mendes abriu divergência afirmando que não se poderia imputar responsabilidade aos advogados públicos com base no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, porque nos autos “*se estaria discutindo a própria execução, ou a devida execução do convênio*”. Foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiram a ordem.

No entanto, o Plenário do Supremo denegou a segurança, por maioria, entendendo que os procuradores federais poderiam, sim, ser chamados ao Tribunal de Contas da União para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, apresentada na hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, mas abriu espaço, como não poderia deixar de ser,

---

<sup>23</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro standards. p. 3.

<sup>24</sup> Idem. p. 3.



para questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas em desfavor dos advogados públicos.

Nestes termos, veja ementa da r. decisão:

ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

Por fim, o *terceiro* Mandado de Segurança (MS 24.631-6/DF) foi julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 09/08/2007, com relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Depreende-se dos autos que o mandado de segurança foi impetrado por procurador federal contra ato do Tribunal de Contas da União que, aprovando auditoria realizada pela 1ª SECEX “com o objetivo de verificar a atuação do DNER nos processos relativos a desapropriação e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento”, incluiu o impetrante, então procurador federal, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas determinando à 1ª SECEX sua audiência, para que apresentasse “razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido nos processos administrativos nº 51100.002084/00-10 e nº 20109.003955/79, onde já havia precatório emitido, ... sem homologação pela justiça, ocorrendo a quebra da ordem cronológica, ferindo o art. 100 da Constituição Federal, o art. 2º c/c art. 6º da Lei 9.469/97 e os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da indisponibilidade dos bens públicos, da moralidade administrativa e da isonomia”. (trecho do acórdão do TCU nº 891/2003).

O impetrante postulou a sua exclusão do rol de responsáveis no processo administrativo do TCU, sustentando, em síntese: a) violação de

dispositivos da Lei nº 8.443, de 1992, por extrapolação das atribuições do TCU e b) violação de dispositivos constitucionais e legais pertinentes ao exercício das atividades da advocacia, especialmente no tocante à advocacia pública (art. 131 da CF e LC 73/93).

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União nas suas informações alegou, em síntese, que o procurador ao emitir o parecer teria possibilitado o pagamento em acordo extrajudicial em violação ao art. 100 da Constituição Federal, e esse fato seria “indício robusto” a justificar a necessidade da audiência do impetrante.

O Ministro relator repisou as razões expostas no Mandado de Segurança nº MS 24.584-1/DF, de que não caberia falar em irresponsabilidade dos advogados públicos. E, ainda, baseando-se novamente na classificação de René Chapus dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes, apresentou a seguinte solução: *a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade ao parecerista e b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável do parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.*

Contudo, examinando o caso dos autos, o Ministro Joaquim Barbosa concluiu que o parecer emanado pelo impetrante era facultativo e que a atribuição de responsabilidade do Tribunal de Contas da União era arbitrária, vez que “... na decisão do TCU não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios, o que houve foi uma presunção de responsabilidade”.

Seguindo a discussão, houve divergência em relação à correta configuração do que seria “parecer obrigatório” (ou “vinculante”), tendo o Ministro Carlos Britto consignado que não entendia “que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme



*no administrador*”. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, discordando da maioria e acompanhando o Ministro Carlos Britto, também concluiu que a atuação do advogado no processo administrativo não o transformaria, obrigatoriamente, em administrador em sentido técnico, chegando até afirmar o seguinte: *“Senhor Presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer”*.

Prevaleceu a tese do Ministro Joaquim Barbosa, tendo o Supremo Tribunal Federal, por maioria, concedido a ordem nos termos do voto do relator, entendendo que, no presente caso, a responsabilização do parecerista seria abusiva, por não ter havido demonstração pelo TCU de que o procurador federal teria agido com culpa ou erro grosseiro.

Nessa senda, veja ementa do v. acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que

é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

Analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal, depreende-se que a *ratio decidendi* pode se 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 ideia 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, sendo o consultor público co-responsável pelo ato administrativo<sup>25</sup>.

Importante consignar que recentemente o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar o tema relacionado à responsabilização dos advogados públicos, tendo a 1ª Turma, nos autos do *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 27.867/DF*<sup>26</sup>, reiterado o entendimento do Corte no sentido de que: *“salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de*

---

<sup>25</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro standards. p. 5.

<sup>26</sup> STF, AgRg no MS 27.867/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julg. 18/09/2012. Publ. 04/10/2012.

*natureza meramente opinativa*” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08).

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Recurso Especial* nº 1.183.504/DF<sup>27</sup> firmou o entendimento de que: *“É possível, em situações excepcionais, enquadrar consultor jurídico ou o parecerista como sujeito numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.”* (Grifou-se).

No Superior Tribunal de Justiça a posição adotada é mais conservadora, pois reconhece a responsabilidade do parecerista apenas em situações excepcionais, quando evidenciado o dolo ou a culpa grave do consultor jurídico ao exercer o *munus* da Advocacia Pública, tendo em vista as prerrogativas funcionais conferidas constitucionalmente ao advogado. A distinção entre parecer facultativo, obrigatório e vinculante não germina nos julgados desse Tribunal e muito menos a tese de que no parecer obrigatório ou vinculante haveria um compartilhamento do poder de decisão, veja a ementa da r. decisão<sup>28</sup>:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.

<sup>27</sup> STJ, REsp 1.183.504-DF. Rel. Min. Humberto Martins. 2ª Turma. Julg. 18/05/2010. Publ. 17/06/2010.

<sup>28</sup> JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. p. 303

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.
2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pás de nullités sans grief*.
3. *É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.*
4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.
5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ.
6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido. (Grifou-se)

Por sua vez, a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça (especializadas em matérias de Direito Penal) possuem entendimento de que *“a emissão de parecer por si só não autoriza o ajuizamento de ação penal contra advogados públicos quando não comprovado que eles agiram com dolo ou culpa, bem como quando não evidenciado o nexu causal entre a conduta a eles imputada e o fato típico”*, veja:

RHC – DISPENSA DE LICITAÇÃO – PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DO ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 – ACUSAÇÃO ABUSIVA – MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. *NÃO COMETE CRIME ALGUM QUEM, NO EXERCÍCIO DE SEU CARGO, EMITE PARECER TÉCNICO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA, AINDA QUE PESSOAS INESCRUPULOSAS POSSAM SE LOCUPLETAR AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE.*
2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE<sup>29</sup>. (Grifou-se)

---

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

O habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere, não comporta o exame da alegada inexigibilidade de licitação, que, para seu deslinde, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O advogado é inviolável pelas manifestações exaradas no exercício de sua profissão, nos termos do art. 133, da Constituição da República. Exarando, o Procurador do Município, parecer jurídico, atuando não como simples agente administrativo, mas como advogado que, no desempenho de suas funções, é inviolável em suas manifestações,

---

<sup>29</sup> STJ, RHC 7165/RO. Rel. Min. Anselmo Santiago. 6ª Turma. Julg. 21/05/1998. Publ. 22/06/1998.

mormente sendo o seu parecer homologado pelo Órgão do qual pertence, *inexistindo demonstração de ter agido com dolo ou culpa, não há justa causa para a continuidade da ação penal*. Habeas corpus CONCEDIDO para trancar, por falta justa causa, a ação penal originária nº 70008685562/2004, em trâmite na Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>30</sup>. (Grifou-se)<sup>31</sup>

---

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO.

1. *Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito contratação direta da empresa, em tese, indevida, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.*
2. *O regular exercício da ação penal que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Faltando o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal. Precedentes do STJ e do STF.*
3. *Ordem concedida para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Pacientes, tendo em vista a ausência de elementos probatórios mínimos, os quais, se e quando verificados, poderão subsidiar nova denúncia, nos termos do art. 43, parágrafo único, do Código de Processo Penal<sup>32</sup>. (Grifou-se)*

---

<sup>30</sup> STJ, RHC 43822/RS. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Julg. 26/09/2006. Publ. 22/06/2007.

<sup>31</sup> No mesmo sentido, vide: HC 40234/MT. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Julg. 31/08/2005. Publ. 24/10/2005.

<sup>32</sup> STJ, RHC 46906/DF. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julg. 17/12/2007. Publ. 07/04/2008

Recentemente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o posicionamento de que *“falta justa causa a ação penal contra advogados públicos quando não demonstrado o nexo de causalidade entre a eles imputada e a realização do fato típico”*, ao julgar o RHC 39644<sup>33</sup>, veja:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PROCURADORES MUNICIPAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Recorrentes denunciados juntamente com outros 10 corréus como incurso no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, pois teriam colaborado com dispensa indevida de licitação para realização de obra pública, beneficiando a empresa contratada em R\$ 21.607.812,96 (vinte e um milhões, seiscentos e sete mil, oitocentos e doze reais e noventa e seis centavos).
2. *Resta evidenciada a atipicidade das condutas dos Recorrentes, uma vez que foram denunciados apenas pela simples emissão e suposta aprovação de parecer jurídico, sem demonstração da presença de nexo de causalidade entre a conduta a eles imputada e a realização do fato típico.*
3. *O regular exercício da ação penal – que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado – exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Ausente o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal.*
4. Recurso provido para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Recorrentes. (Grifou-se)

---

<sup>33</sup> STJ, RHC 39644/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julg. 17/10/2013. Publ. 29/10/2013.

Eis, portanto, a linha jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema – responsabilidade dos advogados públicos pela emissão de pareceres jurídicos.

## 5. Da possibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função de consultoria quando atuem com dolo ou culpa

De início, urge dizer que se procederá ao exame da responsabilidade do parecerista pela emissão de pareceres jurídicos, objeto deste estudo, valendo-se das noções do Direito Civil sobre o instituto da Responsabilidade Civil, vez que não há no Direito Administrativo uma teoria específica sobre o instituto da responsabilidade dos agentes públicos.

Sem embargo, mesmo na esfera administrativa, verifica-se que as bases de uma responsabilização remetem aos pilares da responsabilidade civil, ou seja, aos conceitos de conduta, nexos de causalidade, dano e ao elemento subjetivo do dolo ou culpa *stricto sensu*<sup>34</sup>.

Todavia, antes de adentrar à temática propriamente dita, ou seja, especificamente no campo da *responsabilização dos advogados no exercício da função de consultoria*, faz-se necessário, por rigor metodológico, tecer algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade.

Toda atuação do homem invade ou, ao menos, tangencia, o campo da responsabilidade<sup>35</sup>: O saudoso José de Aguiar Dias<sup>36</sup> ao traçar as linhas

---

<sup>34</sup> JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. p. 294.

<sup>35</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. p. 1.

<sup>36</sup> DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. p. 9.





gerais do instituto da responsabilidade pondera que: *“Toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”*. Portanto, não há como desvincular o instituto da Responsabilidade ao exercício da atividade humana.

Reforçando esse entendimento, vale-se novamente dos ensinamentos de José de Aguiar Dias<sup>37</sup>, para quem: *“A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”*. Destarte, o instituto da Responsabilidade nada mais é do que o resultado imputado pelo ordenamento jurídico a determinado comportamento humano.

A Teoria Geral do Direito erigiu o primado de que todo aquele que causar prejuízo a outrem tem o dever de reparar os prejuízos havidos. A responsabilidade é o dever de recompensar o dano causado a outrem em virtude da transgressão de um direito. O respaldo da referida obrigação está calcada na ideia de que a ninguém se deve lesar – *“neminem laedere”*.

Nesse vértice, afirma Humberto Theodoro Júnior<sup>38</sup> que: *“haveria, na base de todo o sistema jurídico, um dever geral de não prejudicar ninguém (“neminem laedere”), cuja transgressão provocaria o surgimento da obrigação de indenizar”*.

O Direito não tolera a circunstância de que um indivíduo possa causar prejuízo a terceiro sem que haja responsabilização dos seus atos. Caio Mário da Silva Pereira<sup>39</sup>, obtempera que do instituto da responsabilidade emerge a ideia dualista de um sentimento social e humano, veja-se:

---

<sup>37</sup> *Idem*. p. 11.

<sup>38</sup> JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Arts. 185 a 232. p. 20-21.

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. p.11.

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal.

Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar.

À luz de todas essas razões, não há como admitir a tese da irresponsabilidade dos indivíduos. É de opinião unívoca que todo dano inevitavelmente traz como consequência o dever de reparar. Entretanto, as controvérsias em torno do instituto da responsabilidade surgem quanto à adoção da *Teoria da Responsabilidade Subjetiva* ou da *Teoria da Responsabilidade Objetiva*.

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*<sup>40</sup>.

Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade

---

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. p. 13-14

entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar<sup>41</sup>.

Diante do exposto, oportuno se torna dizer que tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva quanto no caso de responsabilidade objetiva, o agente infrator somente poderá ser responsabilizado desde que haja nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado.

Como sabido, a responsabilidade civil pode surgir do inadimplemento de uma obrigação contratual ou extracontratual (*aquiliana*). O Código Civil, nos arts.186 e 187, estabeleceu como regra geral que o descumprimento de obrigações extracontratuais dão ensejo a aplicação da Teoria da Responsabilidade Subjetiva, *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não obstante, o Novo Código Civil inovou ao inserir, no art. 927, parágrafo único, a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico, veja:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

---

<sup>41</sup> *Idem*. p. 14.

Ressalta-se que o legislador ao prever a responsabilidade objetiva visou a disciplinar situações antes desamparadas, sobretudo porque a comprovação da culpa dificultaria sobremaneira a reparação do dano, dando maior efetividade ao preceito fundamental de que a ninguém se deve lesar – “*neminem ladaere*”.

Desse modo, subsistem no ordenamento jurídico vigente duas modalidades de responsabilidade civil – a subjetiva e a objetiva, permanecendo, todavia, como regra geral, a aplicação da Teoria da Responsabilidade Subjetiva, vez que *a Responsabilidade Objetiva somente pode ser aplicada quando existir lei expressa que autorize a sua aplicação*, ex vi do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Sendo assim, para que se manifeste o dever de o sujeito infrator indenizar, *em regra*, afigura indispensável a presença de alguns elementos básicos, a saber: ação/omissão voluntária, dano, nexo de causalidade e culpa e/ou dolo.

Por se fazer oportuno, se analisará, mesmo que de maneira superficial, cada um dos requisitos supracitados, porquanto serão objeto de análise mais detida logo adiante quando do aprofundamento na questão da responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva.

É sabido que a pessoa que causar prejuízo a alguém poderá ser responsabilizada. De imediato, avista-se o primeiro pressuposto que se fixa à responsabilização, ocorrência de ato omissivo ou comissivo.

Seguindo, é preciso que a conduta humana além de antijurídica seja também voluntária, o que significa afirmar que deve estar presente a capacidade de autodeterminação. Para melhor apreender-se tal requisito, citam-se os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>42</sup>: “*a voluntariedade resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.*”

---

<sup>42</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. p. 27

Dessa maneira, conclui-se até aqui, que somente o ato omissivo ou comissivo voluntário, contrário ao ordenamento jurídico, é que gerará o dever de indenizar.

Com efeito, ainda debruçando sobre os elementos caracterizadores de responsabilização, tem-se que destacar aquele que é uma das pedras de toque em que se fundamenta a responsabilidade: dano. Assim, o dano aliado à ilicitude da conduta que resulte em efetivo prejuízo faz sobrevir o dever de indenizar.

Nesse contexto, urge assentar os elementos conduta culposa e dano injusto, que por si só, não subsistem, sendo imprescindível que eles sejam interligados por um vínculo de causa e efeito, porquanto só assim poderá ser atribuído ao agente causador do dano o dever de recompensar a vítima.

A obrigação de indenizar nasce para o sujeito infrator quando entre a sua conduta e o dano causado houver correlação imediata. Assim, emergirá a responsabilização quando existir a conjunção desses dois elementos, ou seja, a pessoa só poderá ser obrigada a reparar um prejuízo se o seu comportamento tiver dado causa.

Destarte, é necessário que haja o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que ex-surja o dever de indenizar.

Por fim, se discorrerá sobre a culpa e sua importância na configuração da obrigação de reparar o dano. Nesse vértice, valendo-se novamente das lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>43</sup> o pressuposto culpa é definido como sendo: *“a violação de uma norma jurídica anterior”*.

Feitas todas essas considerações pode-se concluir que a “Teoria Geral da Responsabilidade” está calcada nos quatro pressupostos abordados. Desta

---

<sup>43</sup> *Idem*. p. 123.

feita, não é demasiado reafirmar que a ausência dos mesmos afasta o dever de indenizar.

Posta assim a questão é de se dizer que a ideia de que os advogados públicos não podem ser responsabilizados por seus atos, sobretudo pelos pareceres que emitem, está superada no ordenamento jurídico, bem como na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Os advogados públicos exercem função pública de natureza administrativa e, quem exerce função pública no Estado Democrático de Direito, assume um dever e, por conseguinte responsabilidades/obrigações.

Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>44</sup>:

(...) função pública, no Estado Democrático de Direito, e a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

E, mais adiante esclarece que:

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade* pelo Poder Judiciário. (Grifos do autor)

Quer dizer que, na qualidade de agentes administrativos, aos advogados atribui-se certa função, que corresponde ao dever de realizar atividades jurídicas em prol da coletividade, a fim de atender ao interesse público.

---

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 29



Portanto, a eles impõe-se um dever, uma obrigação de realizar os serviços jurídicos que são de sua competência<sup>45</sup>.

Partindo-se desse pressuposto, deduz-se que quem assume um dever para com a coletividade atrai para si a responsabilidade de cumpri-lo. Logo, quem exercer função, assume um dever e, por via direta de consequência, responsabilidade<sup>46</sup>.

A Responsabilidade dos Advogados deverá seguir as linhas gerais descritas nos arts. 186 e 927, do Código Civil e, em alguns casos, o disposto no art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990)<sup>47</sup>, que adotou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva para os casos de responsabilização dos profissionais liberais, hipótese em que se enquadram os advogados.

Relativamente à responsabilidade civil dos advogados, também se aplica o disposto no art. 32, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906 de 4 de julho de 1994), no sentido de que deverá ser responsabilizado o advogado que no exercício da profissão proceder com dolo ou culpa, ou agir em conluio com seu cliente para lesar a parte contrária, ou seja, que atuar com má-fé, *in verbis*:

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

*Parágrafo único – Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria. (Grifou-se)*

---

<sup>45</sup> NIEBURH, Joel de Menezes. Responsabilidade de Advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. p. 1.

<sup>46</sup> Idem. p. 1.

<sup>47</sup> Código de Defesa do Consumidor: Art. 14 – (omissis) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Neste ponto, importante fazer uma pequena pausa no raciocínio até aqui desenvolvido para dizer que, *os advogados públicos também estão sujeitos às disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*, além do regime próprio a que estão subordinados, nos termos do art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906/94<sup>48</sup>.

Sendo assim, é forçoso concluir que as disposições previstas no Estatuto da OAB acerca da responsabilização dos advogados, em especial, o art. 32, também se aplicam aos advogados públicos. Logo, é de se verificar que, no tocante à responsabilidade dos advogados, sejam eles públicos ou privados, o ordenamento jurídico adotou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva.

Consectário lógico disso é que para que se possa imputar responsabilidade aos advogados faz-se necessária a comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa, além da demonstração do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano.

Como dito em linhas atrás, o art. 133 da Constituição Federal, dispõe que: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*. (Grifou-se)

Por seu turno, o art. 2º, §3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906 de 4 de julho de 1994) estatui que: *“No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”*.

Inequivocadamente, quando atua na confecção de parecer jurídico age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II, do art. 1º,

---

<sup>48</sup> Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.





também da Lei nº 8.906/94, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica são privativas da advocacia<sup>49</sup>.

O próprio Estatuto da OAB, no art. 18, caput, assevera que, mesmo no caso do advogado empregado, sua subordinação empregatícia não lhe retira a isenção técnica nem reduz a sua independência profissional, em relação à advocacia<sup>50</sup>.

Parece evidente que existe uma garantia constitucional que resguarda a inviolabilidade do exercício da atividade jurídica do advogado. Essa garantia não permite a inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou a liberalidade na prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas a outro órgão, que não aquele responsável pela aferição de seus atos de indisciplina<sup>51</sup>.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Mello nos autos do Mandado de Segurança 24.073/DF:

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

---

<sup>49</sup> TORRES, RONNY CHARLES LOPES DE. A Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. p. 11.

<sup>50</sup> *Idem*. p. 11.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 11-12.

Como se vê, a inviolabilidade do advogado, prevista no art. 133 da Constituição Federal, não é absoluta. Ao contrário, ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão, e assim mesmo, nos termos da lei. Nada obstante, para que haja a responsabilização do advogado é necessário que haja a comprovação de que ele atuou com dolo ou culpa ou, ainda, que tenha cometido erro grosseiro, grave ou inescusável.

Ocorre que, embora o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança 24.073/DF, tenha se posicionado nesse sentido, posteriormente, ao julgar os Mandados de Segurança nos 24.584-1/DF e 24.631-6, entendeu ser possível a responsabilização dos advogados públicos nos casos de emissão de pareceres obrigatórios ou vinculantes.

Sinteticamente, ao julgar os referidos mandados de segurança, entendeu-se que: a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade ao parecerista e b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável do parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.

Contudo, embora se concorde com o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não é possível defender-se a tese da irresponsabilidade dos advogados públicos, discordamos, *data venia*, da premissa eleita nos Mandados de Segurança nos 24.584-1/DF e 24.631-6 de que a obrigatoriedade da consulta tem importante papel na configuração da responsabilidade dos advogados públicos.

Sem embargo, em verdade, *não importa se a natureza jurídica do parecer é facultativa, obrigatória ou vinculante*, o que é necessário para que haja a responsabilização do parecerista é a demonstração de que agiu com culpa em sentido lato e a comprovação do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado.

Nem se poderia pensar diferente, sobretudo porque a responsabilidade dos advogados, sejam públicos ou privados, como visto, é subjetiva, de modo que para a sua configuração é imprescindível a demonstração de dolo ou culpa ou, ainda, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a comprovação de que o advogado cometeu erro grosseiro, grave ou inescusável (evidente).

Saliente-se que o parecer pode ser do tipo obrigatório ou vinculante e, mesmo assim, o administrador poderá deixar de cumpri-lo, claro que, para assim proceder deverá fazê-lo de forma fundamentada. Nesta hipótese, é certo que, mesmo o parecer, tendo natureza obrigatória o advogado público não poderá ser responsabilizado, vez que não há correlação entre a sua conduta e eventual dano ao Poder Público ou terceiros.

Outrossim, pode ser que o questionamento perguntado pelo gestor não envolva somente questões jurídicas, mas também questões fáticas e técnicas não jurídicas. Desse modo, é evidente que o consultor jurídico, *independente da natureza do parecer*, não pode ser responsabilizado por eventuais prejuízos relacionados às questões que não sejam jurídicas.

Nesse ponto, é importante fazer uma pausa para dizer que o advogado público, mesmo não detendo os conhecimentos específicos sobre o assunto, não pode deixar de diligenciar no sentido de obter todas as informações necessárias para elaborar o seu parecer.

Ao propósito, pondera José Vicente Santos de Mendonça<sup>52</sup> *“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”*

---

<sup>52</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro standards. p. 8.

Com efeito, agindo com cautela, é iniludível que o advogado parecerista não pode ser responsabilizado por questões que não eram e nem poderiam ser do seu conhecimento.

Sob esse aspecto, imperioso asseverar que a responsabilização do advogado público deverá ser afastada se restar demonstrado que adotou os deveres ínsitos à função de parecerista público. Desta feita, *se cumpriu todos os seus deveres, não importa qual seja a natureza do parecer, o parecerista não poderá ser responsabilizado.*

Na função consultiva o advogado público deverá utilizar argumentos plausíveis/razoáveis embasados na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais. É evidente que não precisa fazer referência a todas as posições doutrinárias e jurisprudências, por se tratar de exigência absurda e que não se perfaz com a garantia de intangibilidade profissional do advogado.

A responsabilidade dos advogados pela emissão de pareceres jurídicos é excepcional, na medida em que a atividade jurídica é peculiar, porquanto não se trata de Ciência Exata, ocorrendo, com frequência, divergências. Quer-se dizer que advogado não deve ser punido por adotar postura que divirja da postura do órgão de controle. A punição pressupõe má-fé, culpa ou erro inescusável.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila trecho do voto do Ministro Celso de Mello, nos autos do Mandado de Segurança nº 24.703-DF:

*Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um 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 largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. (Grifou-se)*



Por derradeiro, *se possível*, o advogado público deverá alertar o administrador dos riscos jurídicos de adotar posicionamento divergente do parecer; de eventual instabilidade jurisprudencial acerca do assunto tratado no parecer; de eventuais implicações contábeis/financeiras, etc.

De fato, verifica-se que na prática não importa qual a natureza do parecer, já que a imputação da responsabilidade dos advogados públicos estará condicionada à comprovação de que o parecerista agiu com dolo ou culpa, erro grosseiro, grave ou inescusável, além da demonstração do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano suportado pelo Poder Público é imprescindível.

Com o devido respeito e acatamento, nem se poderia entender de maneira diferente, vez que se estaria a permitir que um critério estático (classificação dos pareceres pela doutrina em facultativo, obrigatório e vinculante) pudesse excepcionar a regra de responsabilização dos advogados, que não prescinde da demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa.

Nesse sentido, pondera com proficiência José Vicente Santos de Mendonça<sup>53</sup> ao fazer uma crítica aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Se concordamos, então, com o Supremo Tribunal Federal, 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*

---

<sup>53</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro *standards*. p. 5-6.

*concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexa 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.*

Como se vê, a distinção entre a natureza dos pareceres jurídicos em facultativos, obrigatórios ou vinculantes por si só não tem o condão de imputar responsabilidade aos advogados públicos pareceristas. É necessário que haja a demonstração de dolo ou culpa, erro grosseiro, grave ou inescusável. Igualmente, faz-se necessária a comprovação do nexa de causalidade entre a conduta do advogado e o dano ao Poder Público.

Dessa forma, somente se o advogado público agir com dolo ou culpa; ou se o parecer contiver erro grave, inescusável; e se da conclusão dada no parecer houver nexa com o dano causado à Administração Pública é que se poderá cogitar de responsabilidade do subscritor por má atuação.

## Conclusão

Conforme enfatizado, o art. 133 da Constituição Federal, também aplicável aos advogados públicos, consagrou a um só tempo o princípio da essencialidade da advocacia e da garantia da inviolabilidade pessoal do advogado, ambos indispensáveis à defesa da ordem jurídica. Entretanto, tais prerrogativas não têm o condão de afastar eventual responsabilização dos advogados, sejam públicos ou privados, quando agirem com dolo ou culpa.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto relacionado à responsabilidade dos advogados públicos pela emissão de pareceres jurídicos em 3 (três) oportunidades, ao julgar os Mandados de Segurança nºs 24.703-3/DF, 24.584-1/DF e 24.631-6/DF.

Contudo, apesar de tal Corte ter se posicionado inicialmente no sentido de que a responsabilização dos advogados somente se aperfeiçoaria nos casos de dolo ou culpa, erro grave ou inescusável (MS 24.703-3/DF), posteriormente, ao julgar os Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631-6/DF, entendeu ser possível a responsabilização dos advogados públicos nos casos de emissão de pareceres obrigatórios ou vinculantes, na hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Como dito, ao julgar o Mandado de Segurança 24.631-6/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que: a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade ao parecerista e b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável do parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.

Todavia, embora concorde-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é possível defender-se a tese da irresponsabilidade dos advogados públicos, discorda-se, *data venia*, da premissa eleita nos Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631-6 de que a obrigatoriedade da consulta tem importante papel na configuração da responsabilidade dos advogados públicos.

Salvo melhor juízo, não importa se a natureza jurídica do parecer é facultativa, obrigatória ou vinculante, pois a responsabilização do parecerista deverá estar condicionada à demonstração de dolo ou culpa,

erro grosseiro, grave ou inescusável (evidente). Além disso, será necessário demonstrar o nexo causal entre a conduta do parecerista e o dano causado pelo Poder Público.

A classificação dos pareceres pela doutrina em facultativo, obrigatório ou vinculante, trata-se de *critério estático* que não tem o condão de excepcionar a regra de responsabilização dos advogados, a qual não prescinde da demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa, por se enquadrar na hipótese de responsabilidade subjetiva, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil e 32 do Estatuto da OAB.

Nem se poderia pensar diferente, vez que haveria a subversão do sistema de responsabilização dos advogados, que, como visto, é *subjetiva*, de modo que para a sua configuração é imprescindível a demonstração de dolo ou culpa ou, ainda, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a comprovação de que o advogado cometeu erro grosseiro, grave ou inescusável, bem como a demonstração do liame causal entre a conduta do parecerista e o dano suportado pelo Poder Público.

Por derradeiro, conclui-se que, *independentemente da natureza do parecer emitido pelo advogado público*, somente se ele agir com dolo ou culpa; ou se o parecer contiver erro grave, inescusável; e se o eventual dano suportado pela Administração Pública tenha sido provocado pela emissão do parecer é que se poderá cogitar de responsabilidade do subscritor por má atuação.

## 6. Referências Bibliográficas

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O Advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. Leituras Complementares de Direito Administrativo – Advocacia Pública. Bahia: Jus Podivm. 2ªed. rev. e ampl. 2010.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Vol. I. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2004.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 2ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: Malheiros. 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 13 ed. rev. ampl. e. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª rev. e. atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. Vol. III. 6ª ed. rev. e. atual. 2008.

JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Abril/Maio/ Junho 2011. Vol. 79 – nº 2 – ano XXIX.

JÚNIOR, Cláudio Ricardo Lima. Análise tópico-jurídica da função pública do advogado. Um exame dos caracteres do Estado Democrático de Direito para uma teoria da ética no exercício da advocacia. <http://jus.com.br/artigos/21016/analise-topico-juridica-da-funcao-publica-do-advogado/2#ixzz2hizZfOpP>. Acesso em 11/10/2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Arts. 185 a 232. Vol. III. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros. 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de direito administrativo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro Standards. <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.pdf/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>. Acesso em 08/10/2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de Advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. [http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo\\_pareceres.pdf](http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pareceres.pdf). Acesso em 08/10/2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito. Revista de Direito n° 50. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). 1997. p. 123-124.

\_\_\_\_\_, Diogo de Figueiredo Moreira. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Revista de Direito n° 45. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). 1992. p. 46.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. <http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/arquivos/1329663281.pdf>. Acesso em 10/10/2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005.