

O ADVOGADO PARECERISTA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Roberto Wagner Lima Nogueira

Mestre em Direito Tributário, professor do Departamento de Direito Público das Universidades Católica de Petrópolis (UCP) e Estácio de Sá (UNESA) de Juiz de Fora (MG), procurador do Município de Areal (RJ), membro do Conselho Científico da Associação Paulista de Direito Tributário (APET)

1 – INTRODUÇÃO

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

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

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

Esta situação vem se tornando alarmante, em muitas das vezes **inibindo** até mesmo o **exercício da profissão do advogado público**, porquanto este se sente ameaçado ao **não poder conferir interpretação jurídica dissonante** da dos Tribunais de Contas e do Ministério Público – ainda que a interpretação jurídica, como sabemos desde Hans Kelsen, apenas nos ofereça uma moldura, dentro da qual várias interpretações se revelam pertinentes.

2 – COLOCAÇÃO DAS IDÉIAS

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

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

Aliás, ainda sobre o tema **PARECER DE ADVOGADO PÚBLICO**, o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** já teve oportunidade de reconhecer a **IMUNIDADE MATERIAL** do

advogado-geral da União por **pareceres ofertados no exercício de sua profissão**, nos autos do Inquérito 1674, julgado no Pleno em 06.09.01, citado no voto do **Min. Maurício Corrêa** nos autos do Mandado de Segurança 24.073-3-DF (<http://www.stf.gov.br/>).

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

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

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

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

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

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

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

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

III. – Mandado de Segurança deferido." ("DJ" 31.10.2003).

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

O **parecer emitido por procurador** ou advogado de órgão da administração pública **não é ato administrativo**. Nada mais é do que uma **opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica**, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei.

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

Pareceres – Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O **parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração** ou os particulares à sua motivação ou conclusões, **salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer**, mas sim o **ato de sua aprovação**, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial, ou punitiva. (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª ed. Malheiros, pág. 185).

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

Não obstante Celso Antonio Bandeira de Mello classificar os pareceres como *atos administrativos de administração consultiva*, deixa expresso, entretanto, que *visam eles "a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa"*. (Celso Antonio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 13ª ed. 2001, p. 377).

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

É dizer, o **parecer não se constitui no ato decisório, não é decisão administrativa**, dado que ele nada mais faz senão "**informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecida nos atos de administração ativa.**"

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o **autor do parecer**, que **emitiu opinião não vinculante**, opinião a qual não está o administrador vinculado, **não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador**, ressalvado, entretanto, parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

Este é o primeiro fundamento que me levar a deferir a segurança.

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

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

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

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

Divergência doutrinária ou **discordância de interpretação**, por evidente, não se enquadram nesta hipótese.

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

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

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

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

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

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

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM

– Sr. Presidente, pelas informações contidas no voto do Relator, só faltava o Tribunal de Contas também **envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados**. E isso está perto. No momento em que se fala de "**doutrina pertinente**", a **impertinente pratica o ato de improbidade**.

(...) Só lembraria, na linha das observações do Ministro Gilmar Mendes, que, no Rio de Janeiro, um **determinado juiz de Direito está respondendo a uma investigação no Ministério Público em relação à improbidade administrativa**. Por questões de Direito, em algum momento do tempo, havia sido membro de um dos **conselhos do Botafogo** e, em **certas ações** envolvendo o time, ele não se deu por impedido. Por isso, **membros do Ministério Público entenderam que ele havia praticado improbidade administrativa**. O caso específico mostra claramente o exagero da visão, quase de **pensamento único**, pretendidas pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas.

Já o voto do **min. Maurício Corrêa** faz menção à já consagrada **IMUNIDADE MATERIAL do advogado parecerista** quando no exercício de sua profissão:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA

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

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

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE

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

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

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

Ainda sobre o tema **improbidade administrativa** e **procurador público, advogado público**, quando na **condição de pareceristas**, é decisivo mencionar a doutrina já clássica e de referência constante em julgados, do eminente jurista carioca **Mauro Roberto Gomes de Mattos**, cujo título é: *"O Limite da improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92"* (2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 70/82). Diz **Mauro Gomes Mattos** e sua pena precisa:

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

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

Não pode o parecerista ser alçado à **condição de administrador público** quando emana um **pensamento jurídico razoável**, construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal.

Transportar o parecerista à condição de administrador público para fins de responsabilização, **via ação de improbidade**, por ele ter esposado posicionamento técnico embasado, é **pura violação ao art. 133 da CF**.

(...)

Não é qualquer ato que dá azo à responsabilidade do Consultor Jurídico (advogado), pois é preciso tratar-se de erro grave, onde seja caracterizada a falha grosseira, com culpa. **No caso da improbidade, somente a caracterização do dolo.**

Nessa réstia, a **inclusão de Consultor Jurídico no pólo passivo da ação de improbidade**, por ele ter emitido seu parecer e a *posteriori* ser entendido que a licitação não poderia ter sido dispensada ou declarada inexigível, se afigura como ilegal, quer pelo fato de **o advogado não poder ser alçado à figura de administrador público**, quer quando ele exara um ato (parecer) subcensura.

A participação pura e simples do relato dos fatos conjugados com ordenamento legais que entendem ser aplicáveis a espécie **retira do cenário da ação de improbidade a inclusão do Consultor Jurídico de seu pólo passivo**, em virtude de **não lhe caber fiscalizar o mérito do ato administrativo da autoridade competente**, e **sim** externar o seu **ponto de vista sobre determinada matéria jurídica**.

Assim, **não existe o enquadramento do Consultor Jurídico no inc. VIII do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa**, estando o seu ato jurídico responsável e calcado em premissas sérias, **fora do contexto da ação de improbidade**.

A Assessoria Jurídica não **dispõe de competência para investigar a configuração de um "objeto singular"**, cabendo-lhe apenas o enquadramento dos fatos sob o prisma legal da sua ótica, dentro de uma certa coerência.

Os **pareceres são peças opinativas**, **não possuem efeito vinculante**, exteriorizando uma opinião jurídica que **não possui uma prescrição normativa** acerca de determinado tema. (grifos do requerido). (*Apud*, Mauro Gomes de Mattos, op. cit. p. 74).

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

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

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

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

3 – CONCLUSÕES

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

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

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

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

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