

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: DA INVIOLABILIDADE DO PARECER DE ADVOGADO PÚBLICO.

Gina Copola

(novembro de 2.015)

I – O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente nos autos do Recurso Especial nº **1.454.640-ES**, rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 15 de outubro de 2.015, e publicado no *DJe* de 05/11/2015, sobre a inviolabilidade do parecer de advogado público, com a seguinte ementa:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOLABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus.

2. A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si

só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado.

3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94.

4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradoria Municipal configura-se temerária. Precedentes do STF: MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, pub. 01-02-2008; MS 24074, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003. Precedentes desta Corte: REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010.

5. Recurso especial provido em parte para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente.”

E o venerando acórdão cita, ainda, precedentes sobre o tema, todos corroborando a tese de que o advogado público em seus pareceres está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94.

E, ainda, consta do venerando acórdão que somente haveria eventual condenação em caso de erro grosseiro ou má-fé.

II – Consta do venerando voto condutor:

“Em que pesem os bem lançados fundamentos do acórdão recorrido, impõe-se observar que, ao que consta dos autos, o único ato praticado pela Procuradora Municipal foi a emissão de parecer, de natureza meramente opinativa, no qual se manifestou pela inexigibilidade de licitação, sem contudo, restar evidenciado indícios de que este tenha sido confeccionado com dolo ou erro grosseiro, consoante afirmado pelo magistrado e não refutado pelo Tribunal de origem.

Assim, impende ressaltar que a existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra a Recorrente, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado.

Isso porque, apenas diante da presença de indícios de que o parecer tenha sido elaborado com dolo ou culpa grave pode-se justificar o afastamento do direito à inviolabilidade pelos atos e manifestações de pensamento no exercício da profissão.

Vale consignar que, ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94.”

Essa r. decisão do egrégio STJ é absolutamente irrepreensível, e precisa ser observada em todas as instâncias, sob pena de violação ao exercício da profissão de advogado.

III - O magnífico e festejadíssimo *Vocabulário jurídico*, de DE PLÁCIDO E SILVA, atualizado por NAGIB SLAIBI FILHO e GERALDO MAGELA ALVES¹, consagra a definição de parecer jurídico como sendo:

“Em sentido estrito, assim se entende da opinião de um jurisconsulto a respeito de uma questão jurídica, a qual, fundada em razões de ordem doutrinária e legal, conclui por uma *solução*, que deve, a seu pensamento ser aplicada ao caso em espécie..” (Itálico original)

Lê-se, portanto, que parecer jurídico é a *opinião* de um jurisconsulto a respeito de determinado tema levado à sua apreciação mediante consulta, atividade esta privativa de advogado, nos termos do art. 1º, inc. II, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

IV - Em licitações, por exemplo, a resposta técnica jurídica mediante parecer é obrigatória, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, com a redação que lhe foi dada pela Lei federal nº 8.883, de 8 de junho de 1.994, e que reza:

“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)

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.”

¹ 18ª ed. Forense, RJ, 2.001, p. 588.

Lê-se, portanto, que as minutas constantes do processo de licitação – edital, contrato, acordo, convênio, ajuste, ou até mesmo outro documento que a Administração entender necessário – devem receber aprovação da assessoria jurídica da Administração, mediante parecer jurídico fundamentado. Tal parecer é obrigatório.

Também devem ser submetidas à necessária apreciação da assessoria jurídica as minutas de dispensa e inexigibilidade de licitação, sobre as quais também deve ser elaborado parecer jurídico, que, por sua vez, precisa ser juntado aos autos do procedimento.

O administrador em regra acolhe a manifestação da assessoria jurídica para tomar decisões relativas ao processo de licitação, uma vez que o assessor jurídico realiza o *controle preventivo dos atos administrativos*, evitando-se, com isso, que a Administração realize algum ato dentro da licitação que não encontre respaldo legal.

Com todo efeito, o parecer é prévio, e, portanto, deve sempre ser elaborado para fundamentar e orientar as decisões que serão adotadas pelo administrador.

V – Incumbe-nos, de tal sorte, apreciar o caráter de tais manifestações jurídicas, ou seja, se são elas meramente opinativas, ou se, de outro modo, são manifestações que vinculam o administrador e o advogado.

Sobre o tema ora em foco, assim já se manifestou o pranteado mestre DIÓGENES GASPARINI², ao citar MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Dado seu caráter meramente opinativo, o parecer é facultativo, não obrigando a Administração Pública nem os administrados aos seus motivos e conclusões. Atente-se que até mesmo a autoridade que o solicitou não resta submissa aos motivos

² GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 93/94.

e às conclusões a que chegou seu prolator. Embora essa seja a regra, é comum, tal qual faz a Lei nº 9.784/99, o parecer tornar-se vinculante, o que ocorrerá se a decisão da autoridade restar, por determinação legal, presa às suas conclusões. (...) Em tese, a autoridade que se vale de parecer para decidir e decide segundo as conclusões a que chegou o parecerista, não pode ser penalizada, conforme já decretou o Tribunal de Contas da União (RDA, 186:292). Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim também entende, pois ensina que se o parecer defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que para decidir de se utilizou”

A lição transcrita é de clareza solar ao decretar que o parecer jurídico tem caráter meramente opinativo, e, por isso, não pode acarretar responsabilidade do parecerista.

VI – A jurisprudência é no mesmo diapasão.

Cite-se r. acórdão proferido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 24.073-3-DF, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 6/11/2002, e publicado no *DJ* de 31/10/2003, com a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF, art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1.994, 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 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 Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Ed., 13^a 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 de omissão praticado com culpa, sem sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III - Mandado de Segurança deferido.”

E o venerando acórdão do egrégio STF cita, ainda, a mais autorizada doutrina sobre o tema. Vejamos:

“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*, 26^a ed., Malheiros, p. 185). Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante 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 Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., Malheiros, 2.001, p. 377). É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. (...)

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.”

Conclui-se até aqui, portanto, que a emissão de parecer jurídico não é ato administrativo, e tem caráter meramente opinativo, não vinculando o advogado, portanto, em qualquer tipo de responsabilização.

VI – Além disso, a profissão de advogado é inviolável com relação aos atos e manifestações praticados no exercício da profissão, conforme reza o art. 133, da Constituição Federal.

Vejamos o que reza o dispositivo constitucional:

“Art. 133 O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A única ilação, possível, de tal sorte, é no sentido de que a emissão de parecer jurídico está incluída entre os atos e

manifestações do advogado que são dotados de inviolabilidade profissional, e, portanto, não pode gerar responsabilização a seu emissor.

VII - Nessa esteira decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em *Habeas Corpus* nº 46.906-DF, Ministra LAURITA VAZ, 5ª Turma, julgado em 17/12/2007, e publicado in *DJe* de 07/04/2008, com a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. 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.

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.”

VIII – Ainda no mesmo sentido decidiu também o e. STJ, em sede de Recurso Especial nº **1183504/DF**, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, julgado em 18/05/2010, com a seguinte ementa:

“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.

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.”

VIII – Cite-se, por fim, o venerando acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, MS nº 24631, relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, com a seguinte ementa:

“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.**” (Grifamos).

O r. acórdão repele qualquer dúvida a respeito: a responsabilização do parecerista é abusiva, com exceção de casos em que ocorra a plena e absoluta comprovação conduta dolosa do parecerista ou erro grosseiro, sendo que tal comprovação deve ser cabal e irretorquível, sob pena de patente e ilegal abuso.

Com efeito, são invioláveis os atos e manifestações praticados no exercício da profissão de advogado, sob pena de afronta ao Estatuto da Advocacia.

É a única conclusão possível.