

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE CONSULTIVA E O DIREITO COLETIVO À BOA ADMINISTRAÇÃO

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC LAWYER IN THE EXERCISE OF ADVISORY ACTIVITY AND THE COLLECTIVE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

Marcelo Rodrigues Mazzeiⁱ
Sebastião Sérgio da Silveiraⁱⁱ

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as questões jurídicas incidentes sobre a responsabilidade do advogado público. Serão estudados os fundamentos jurídicos da responsabilidade do advogado público no exercício da atividade consultiva, com enfoque nos posicionamentos externados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Contas da União. Nesse contexto há conclusão pela importância da concepção da autonomia técnica do advogado público como expressão do direito coletivo à boa administração, que irá permear os limites jurídicos existentes que caracterizam a responsabilidade do advogado público consultivo. Por fim, será concluído que em certas circunstâncias o advogado público parecerista somente responderá por dolo ou fraude na forma do art. 184 do CPC, afastando-se a culpa grave (erro grosseiro).

Palavras-chave: responsabilidade civil; advogado público; consultoria; direito coletivo; administração pública.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal issues concerning the liability of public lawyers. The legal foundations of the responsibility of the public lawyer in the exercise of advisory activity will be studied, with a focus on the positions expressed by the Supreme Court and the Federal Court of Auditors. In this context, there is a conclusion for the importance of the concept of technical autonomy of the public lawyer as an expression of the collective right to good administration, which will permeate the existing legal limits that characterize the responsibility of the advisory public lawyer. Finally, it will be concluded that in certain circumstances the public lawyer will only respond for fraud or fraud pursuant to art. 184 of the CPC, ruling out serious guilt (gross error).

Keywords: civil responsibility; public lawyer; counselling; collective right; public administration.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A autonomia técnica do advogado público como expressão do direito coletivo à boa administração. 2. A questão acerca da responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade de consultoria. 3. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade do advogado público no exercício da atividade consultiva é um tema que ainda gera inúmeros posicionamentos jurídicos dissonantes.

ⁱ Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (UNAERP). Especialista em Processo Civil. Procurador do Município de Ribeirão Preto-SP. E-mail: mrmazzei@yahoo.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9843-4741>

ⁱⁱ Professor Titular e Coordenador do Curso de Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: sebastiaosilveira@mpsp.mp.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2773-4544>

Temos, por um lado, o administrador público que busca estabelecer políticas públicas para concretização de seus ideais de boa administração, buscando aliar celeridade e desburocratização para execução de seus projetos.

Por outro lado, temos o imperativo da autonomia técnica que obrigatoriamente permeia a atividade consultiva do advogado público, que lhe proporciona o regular controle de legalidade dos atos administrativos.

A atividade consultiva se enquadra na qualidade de atividade de Estado e não de governo. Distorções no entendimento dessa diferenciação podem gerar, por vezes, aparentes e equivocadas contraposições a determinadas políticas públicas escolhidas pelo administrador público¹.

A Advocacia Pública tem importante relevo constitucional como instituição de salvaguarda do controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos estatais, justamente por se encontrar na posição preventiva de controle².

Por se localizar no interior da Administração Pública, o advogado público deve, por atribuição constitucional, assegurar a regularidade dos atos administrativos, especialmente no exercício da atividade consultiva. A consultoria é resguardada através da autonomia técnica do profissional, que lhe assegura uma proteção em face de possíveis ingerências políticas na tomada da posição jurídica escolhida. Assim, é fraqueado o exercício coerente de suas atribuições legais conforme o ordenamento jurídico.

O Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal se debruçam há tempo sobre o assunto da responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva.

Questões importantes são tratadas nas decisões desses órgãos, como, por exemplo, a natureza do parecer jurídico, o nexo de causalidade entre o parecer jurídico meramente opinativo e eventuais danos de sua adoção pelo administrador público, a tipicidade da responsabilidade do advogado público parecerista quanto a eventual erro grosseiro ou culpa grave e demais aspectos que formam a cadeia de normas jurídicas que regulamentam os limites dessa responsabilidade.

Importante destacar que a atividade consultiva do advogado público serve muitas vezes para pautar o administrador público em suas decisões administrativas, que utiliza as conclusões obtidas nas manifestações técnicas da Advocacia Pública.

¹ “Como função de Estado, a Advocacia Pública deve ser uma instituição capaz de se organizar e se estruturar em carreiras. Carreiras profissionais e permanentes aptas a realizar de forma imparcial esse papel. O engajamento do Advogado Público na realização de políticas públicas não é um engajamento político partidário. É um engajamento institucional. E para que ele possa realizar as políticas públicas, de um lado, e mantê-las dentro do quadro da juridicidade, de outro, é preciso que tenha garantias institucionais e garantias funcionais. Com isso, o Advogado Público não será reduzido ao papel de mero Advogado do governo.” (BINENBOJM, Gustavo. O papel da Advocacia Pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana, Faro, Julio Pinheiro e VIEIRA, Pedro Gallo (Coord). *Advocacia Pública de Estado: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. p.111-120. Curitiba: Juruá, 2014. p.118).

² Com efeito, “na consultoria jurídica, o advogado atua preventivamente, diante de uma ciência inexata que permite compreensões contraditórias sobre o mesmo fato jurídico ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma posta, sem que a aceitação de uma das compreensões resulte na invalidade das demais” (LOPES DE TORRES, Ronny Charles. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva In: *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p.152).

Aí reside a importância do estabelecimento dos limites à responsabilidade do advogado público na atividade de consultoria, analisando como esses limites são definidos pela autonomia técnica como expressão do direito coletivo à boa administração, dentro do aspecto do controle preventivo e interno da legalidade e adequação constitucional dos atos administrativos³.

1. A AUTONOMIA TÉCNICA DO ADVOGADO PÚBLICO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO COLETIVO À BOA ADMINISTRAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao impor o princípio republicano como regente do Estado brasileiro, determina a cisão obrigatória entre a esfera pública (*res publica*) e a esfera particular, condicionando a edição de atos e de leis que clarificam essa separação.

Dessa forma, somente são constitucionais normas e atos estatais que evidenciem essa cisão⁴, superando o antigo modelo patrimonialista⁵ que ainda assenta raízes profundas na nossa sociedade, que resulta nas diversas situações onde é possível ver claramente a confusão entre o público e o privado dentro do aparelhamento do Estado⁶.

Em atenção ao princípio republicano se proliferou o entendimento de que a Advocacia Pública, como instituição com assento constitucional na qualidade de essencial à administração

³ “Atualmente, a vinculação da atividade administrativa à legalidade deve ser visualizada como vinculação ao próprio direito, por conseguinte, ao texto constitucional. A vinculação da Administração não é mais apenas em relação à legalidade, mas, sim, a um bloco de legalidade dentro do qual possui especial destaque o texto constitucional” (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191).

⁴ “O princípio republicano, aliado à condição de Estado Democrático de Direito, é, pois, impositivo a todas as relações entre o Estado e seu povo, e, ainda, no interior de ambos” (LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Comentários à Constituição do Brasil*. Org. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108).

⁵ “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. (...) Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores. (...) Na peculiaridade histórica brasileira, todavia, a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal. Ao receber o impacto de novas forças sociais, a categoria estatal as amacia, domestica, embotando-lhes a agressividade transformadora, para incorporá-las a valores próprios, muitas vezes mediante a adoção de uma ideologia diversa, se compatível com o esquema de domínio”. (FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 819/834).

⁶ “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição. [...] Não era fácil aos detentores das posições públicas da responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário 'patrimonial' do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos” (BUARQUE DE HOLANDA. *Raízes do Brasil*, 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.141/146).

da Justiça, é órgão de Estado e não de governo, possuindo seus membros autonomia técnica para expressão livre do entendimento jurídico adequado, sem possibilidade de ingerência externa que tangencie o conteúdo do trabalho intelectual realizado⁷.

A atividade de consultoria exercida pela Advocacia Pública, portanto, é realizável independentemente de questões externas ao livre desenvolvimento técnico do parecerista, sequer incidindo relação hierárquica que possa influenciar no conteúdo da manifestação técnica⁸.

Essa autonomia técnica reforça o comprometimento com os ditames constitucionais e dos direitos fundamentais⁹, incluindo a preservação da impessoalidade¹⁰ e a garantia de maior segurança jurídica aos administrados¹¹.

Como visto, a garantia da autonomia técnica serve para evitar possíveis submissões indevidas do advogado público a posicionamentos ilegais ou discricionariedades obscuras por parte de agentes públicos¹², com frequentes ingerências no exercício das atividades atinentes à

⁷ “O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo e nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas e legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos. (...) Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor. Nesse sentido, o papel do Advogado Público é de realizar a mediação entre a vontade democrática e o direito. Mas essa mediação não é estática. Não é o exercício de um “sim” ou um “não”. Não é proferir um decurso estático como faz a magistratura. Nem exercer opinio delicti como faz o Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, que é a vontade popular, ao fim e ao cabo, e buscar estabelecer mecanismos que viabilizem a realização dessa política” (BINENBOJM, Gustavo. O papel da Advocacia Pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana, Faro, Julio Pinheiro e VIEIRA, Pedro Gallo (Coord). *Advocacia Pública de Estado: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. p.111-120. Curitiba: Juruá, 2014. p.113/114).

⁸ O parecer jurídico é um parecer técnico, consistente naquele “que provém de órgão ou agente especializados na 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” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p.192).

⁹ “A discricionariedade, no Estado Democrático, quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais, está sempre vinculada aos princípios fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação com o racional característica fundante do sistema administrativo” (FREITAS, Juarez. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek e GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). *Lições de Direito Administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. p. 13-38. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36).

¹⁰ “Princípio da impessoalidade repele atos discricionários que importam favorecimento ou desapareço a membro da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.331).

¹¹ “Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. p. 955-973. São Paulo: Malheiros, 2017. p.957).

¹² “A discricionariedade que nasce das margens de liberdade conferidas pelo legislador dificilmente – para não dizer nunca – será esgotada dentro da Administração Pública. Isso significa que os agentes públicos de linha de frente manejam significativa parcela de discricionariedade administrativa. A partir do complexo conjunto de normas, costumes, processos e referências internas, eles avaliam as alternativas legítimas e escolhem por último. Há subjetivismo, viés e predileções políticas nesta escolha, como é próprio em qualquer decisão humana. Eles limitam direitos, concedem benefícios, proíbem atividades, decidem quem receberá repasses públicos e cancelam práticas privadas a partir de grandes espaços de decisão” (BONACORSI DE

Advocacia Pública, em especial na consultoria e assessoramento, como meio de obter pareceres e manifestações que respaldem juridicamente pretensões injustificáveis frente ao ordenamento jurídico¹³. Isso ocorre com a intenção, muitas vezes, de instrumentalizar possível afastamento da responsabilidade em todos os âmbitos (penal, cível, político e administrativo) do próprio agente público solicitante da manifestação jurídica¹⁴.

Comentando sobre a autonomia técnica para exercício da assessoria jurídica, Marçal Justen Filho aponta:

É fundamental reconhecer que a atividade de assessoramento jurídico reflete uma autonomia profissional insuprimível. O parecer jurídico é relevante precisamente porque não traduz uma atuação subordinada ao princípio da hierarquia. Mais precisamente, o assessor jurídico está subordinado hierarquicamente à autoridade superior, mas não no tocante ao conteúdo de sua convicção jurídica. O conteúdo da manifestação deve refletir a convicção profissional do assessor jurídico relativamente à lei, à moralidade e à conveniência dos atos administrativos. Justamente por isso, qualquer restrição à autonomia do assessor jurídico deve ser comunicada à autoridade competente e autorizar a manifestação de seu impedimento. Se o assessor jurídico não dispuser de autonomia para emitir o juízo que reputar mais satisfatório, cabe-lhe o poder-dever de noticiar a ocorrência e de recusar-se a produzir o parecer jurídico¹⁵.

Muitas leis de regência possibilitam que o administrador público adote como motivação os fundamentos existentes em parecer jurídico anterior. Nesse sentido também é a previsão do art. 2º, § 3º do Decreto Federal nº 9.830/2019¹⁶.

Ocorre que a motivação (que formalmente consagra o motivo) é elemento essencial do ato administrativo¹⁷, derivando, daí, a importância para um bom exame do liame causal para responsabilidade do advogado público.

PALMA, Juliana. Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do direito administrativo. In: WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. p. 681-700. São Paulo: Malheiros, 2017. p.695).

¹³ "La limitación jurídica del poder se expresa con dos fórmulas concretas: el gobierno sub lege y el gobierno per leyes. El primero supone un sometimiento formal y material del gobernante al derecho porque su actuación está determinada por lo que dice la ley fundamental; el segundo, el gobierno per leyes, supone únicamente que el poder será ejercido a través de leyes y no mediante comandos particulares y concretos, pero nada más". (UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: FCE – UNAM, 2006. p.86)

¹⁴ "O Procurador Público é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito. Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito. Conscientes de que o poder político e a atividade administrativa são expressões da disciplina jurídica das atividades de direção e administração da sociedade, o Procurador, orientando ou promovendo a defesa de interesses, jamais deverá omitir o fundamento jurídico de seu desempenho. E sua consciência jurídica não lhe há de permitir que, pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, invoque o Direito segundo critérios de conveniência, para acobertar ações ou omissões injustas" (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47).

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/93*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.871.

¹⁶ Art. 2º, § 3º do Decreto nº 9.830/2019: A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

¹⁷ "Não se confunde o motivo do ato administrativo com a 'motivação' feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a 'formalização' do ato, sendo um requisito formalístico dele. E a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica

2. A QUESTÃO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE CONSULTORIA

Grande parte da doutrina sustenta que os pareceres jurídicos são peças opinativas, que não possuem efeito vinculante¹⁸, exteriorizando uma opinião jurídica que não congrega uma prescrição vinculativa acerca de determinado tema.

Para esse entendimento, em regra, o parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando os administrados ou a própria Administração Pública aos seus fundamentos, exceto quando aprovado por ato subsequente da respectiva autoridade.

Possível, portanto, para esse entendimento, que a autoridade solicitante adote ou não as razões e fundamentos do parecer jurídico quando do julgamento administrativo ou da tomada de decisão¹⁹, não derivando nenhum vício desse comportamento quanto ao ato posteriormente praticado pela autoridade.

Aprovado o parecer jurídico pela autoridade, o que subsiste como ato administrativo é o ato de sua aprovação e não mais o parecer em si. Assim, “são distintos, portanto, os dois atos: o parecer (que é a mera opinião do técnico) e o ato administrativo que é o ato da autoridade que acolhe as conclusões do parecerista”.²⁰

O Supremo Tribunal Federal em um dos primeiros julgados sobre o tema, ao apreciar o MS nº 24.073/DF (relator Ministro Carlos Velloso), que julgou eventual responsabilidade solidária entre o advogado público parecerista e o administrador, estabeleceu o entendimento, já anteriormente consagrado na doutrina brasileira²¹, de que o parecer jurídico não é ato

entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo” (...) Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, ‘todo o poder emana do povo (...)’ (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a “cidadania” (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 408/410)

¹⁸ “Dizer que a autoridade pede um parecer e é obrigada a curvar-se àquele parecer, eu confesso que não conheço exemplos aqui no Direito brasileiro.” (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública*. In: *Boletim de Direito Administrativo*. Vol. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, janeiro de 2008. p. 06).

¹⁹ “O parecer do órgão consultivo não vincula o Ministro de Estado se este entender que os elementos constantes do processo administrativo são suficientes à sua decisão. Precedentes: MS n. 23.201, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 19.8.05 e RMS 25.595, Relator o Ministro César Peluso, DJ de 5.3.2010. (STF, RMS 25296, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010).

²⁰ PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 246.

²¹ “O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou 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” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 191).

administrativo, sendo mera opinião técnico-jurídica emitida pelo operador do Direito, que orienta o administrador a tomar decisões, não induzindo à responsabilização solidária entre parecerista e administrador público, salvo comprovada má-fé²².

Esse entendimento diverge do entendimento majoritário ostentado pelo Tribunal de Contas da União, para quem o parecerista - independentemente da natureza do parecer emitido²³ e mesmo na hipótese de inexistência de compartilhamento de decisão em face do caráter meramente opinativo²⁴ - é responsável solidário²⁵ com o administrador público nas hipóteses de dolo, culpa ou prejuízo ao erário²⁶.

O caráter opinativo do parecer jurídico, entretanto, não induz ao entendimento da existência de imunidade ao advogado público parecerista²⁷. Não há, portanto, uma cláusula geral de irresponsabilidade que englobe o parecerista jurídico. O parecer jurídico, mesmo quando não considerado ato administrativo típico²⁸, sendo necessária incorporação e aprovação posterior por ato decisório do administrador que o acolhe, não possui em todas as situações o caráter meramente opinativo que isenta o parecerista de qualquer responsabilidade.

²² “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’. Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto” (STF, MS n. 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.2003).

²³ “Responde solidariamente com o gestor o parecerista jurídico que induzir o administrador público à prática de atos com irregularidades causadoras de dano ao erário, nos termos do art. 71, inciso II, da Constituição Federal, o que não se confunde com avaliação da sua atuação como profissional de advocacia” (TCU - Acórdão 7249/2016-Segunda Câmara – Rel. Min. Ana Arraes).

²⁴ “Ainda que a natureza opinativa do parecer jurídico afaste, em regra, a responsabilidade de seu emitente, esta subsiste caso se demonstre culpa ou erro grosseiro” (TCU - Acórdão 702/2016-Plenário – Rel. Min. Augusto Nardes). Em sentido contrário: “Não cabe aplicação de multa a consultor jurídico quando o parecer por ele emitido não possuir caráter vinculante” (TCU - Acórdão 1760/2011 - Plenário – Rel. Min. Augusto Sherman).

²⁵ “Nos casos em que o parecer técnico é indispensável para fundamentar o ato administrativo e o seu conteúdo, por dolo ou culpa do emissor, conduzir à prática de irregularidade, haverá responsabilidade solidária entre o gestor e o parecerista” (TCU - Acórdão 2860/2018-Plenário – Rel. Min. Augusto Sherman).

²⁶ “O parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com o gestor por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório - caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo” (TCU - Acórdão 4984/2018-Primeira Câmara – Rel. Min. Vital do Rêgo). No mesmo sentido: “O parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com o gestor quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, induz o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal” (TCU - Acórdão 362/2018 – Plenário – Rel. Min. Augusto Nardes - Informativo de Licitações e Contratos nº 340 de 21/03/2018).

²⁷ “Na esteira dos precedentes deste Supremo Tribunal, não subsiste dúvida sobre inexistir imunidade absoluta do advogado público quanto às manifestações jurídicas emitidas em processos administrativos, pelo que podem ser chamados a prestar esclarecimentos pelo órgão de controle externo e, eventualmente, ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro”. (STF, MS nº 36.025/DF. Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, DJ. 08.03.2021).

²⁸ “O parecer jurídico não se constitui como ato administrativo. Ele se caracteriza como uma manifestação opinativa, que pode ser agregada como elemento de fundamentação do ulterior ato administrativo, nos termos fixados pelo § 1º do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999. (...) Sendo opinativa, a manifestação jurídica não constitui como ato administrativo em si, podendo, apenas, se usada como elemento de fundamentação do ato administrativo posteriormente praticado” (LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva In: Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p.156).

Pelo contrário, preocupando-se que a questão dos exatos limites da responsabilização do advogado público parecerista e possíveis efeitos reverses da ampla responsabilização²⁹, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, também aplicável no campo penal³⁰, de que o advogado público parecerista responde³¹, na forma do art. 133 da Constituição Federal e Lei nº 8.906/94³², somente por dolo ou culpa grave³³.

Dessa forma, a partir de julgados anteriores³⁴, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento 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 natureza meramente opinativa³⁵.

Pela aplicação da garantia da inviolabilidade do advogado - que se ressalte, não é absoluta³⁶ -, é possível a manutenção da diversidade de entendimentos jurídicos possíveis³⁷,

²⁹ “Atribuir a responsabilidade solidária ao parecerista pode acarretar dois reverses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público em concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não acarreta retorno em moralidade pública, mas em ineficiência. Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores, em que se tratar de cognições distintas. Dentre as atribuições da função, o advogado público emite pareceres jurídicos ao administrador. Trata-se de uma forma de controle interno de legalidade dos atos administrativos, em que assessora o administrador e se posiciona sobre a legalidade de determinado ato da Administração Pública” (STF, Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

³⁰ “Não se está a negar a possibilidade de responsabilização criminal do parecerista, não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar. É firme nesta Corte o entendimento de que o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do seu autor” (STF, HC nº 171.576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 17.09.2019).

³¹ “Como é cediço, os advogados públicos não são irresponsáveis face ao Tribunal de Contas da União. Não por menos, a jurisprudência desta Corte se alicerça em um delicado equilíbrio a fim de, por um lado, não inviabilizar seu trabalho de consultoria, podendo sempre ser responsável por suas opiniões, o que incentivaria a não incursão em questões controversas ou difíceis. Por outro lado, não se pode deixá-lo inimputável de modo a incentivar o seu descompromisso com as teses, tendo o dever de fazer o melhor trabalho possível” (STF, MS nº 30.892/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 08.06.2020).

³² “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. (...) De resto, caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenas 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 a prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei 8.906/94, art. 34, XXIV)” (STF, MS n. 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.2003).

³³ “Por essa razão, o erro capaz de imputar responsabilidade ao parecerista é o erro claro, baseado naquilo que se poderia exigir do profissional de formação jurídica aprovado em concurso público. O artigo 133 da Constituição, ao estabelecer a garantia constitucional, ressalva que o advogado poderá ser responsabilizado nas hipóteses previstas em lei. Os limites à inviolabilidade funcional foram densificados pela Lei 8.906/94, ao prever, no artigo 32, que o advogado possui responsabilidade pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa” (STF, Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

³⁴ STF, MS 24.631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09.08.2007.

³⁵ STF, MS 27.867 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 04.10.2012.

³⁶ “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, MS nº 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 23.11.2011).

³⁷ “A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado. A análise do conteúdo das manifestações dos advogados deve ser relativizada. Ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso, o advogado é livre para se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos. (...) A subjetividade das

alcançados pelo exercício intelectual do parecerista, desde que os fundamentos empregados não caracterizem dolo, erro grave inescusável (erro grosseiro) ou culpa em sentido amplo, sob pena de configuração de uma verdadeira responsabilidade de hermenêutica³⁸.

Importante, nesse aspecto, analisar a caracterização de erro grosseiro (art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942).

O art. 12, *caput* do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942³⁹, estabelece que o agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro no desempenho de suas funções. O § 1º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 conceitua erro grosseiro como aquele manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

O erro grosseiro se caracteriza como culpa grave por erro inescusável, decorrente de ação ou omissão devidamente caracterizada pelas circunstâncias de fato (§ 2º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019), não caracterizando o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso quando ausente comprovação de dolo ou o erro grosseiro do agente público (§ 3º do art. 12), considerando-se a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público para fins de responsabilização do agente público (§ 4º do art. 12).

Inicialmente, a caracterização do erro grosseiro do parecerista não pode ser mais severa do que a do administrador público⁴⁰ (§ 6º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019), sob pena de caracterizar um nexo de causalidade desproporcionalmente elástico a ponto de abarcar todos os participantes da cadeia de manifestações⁴¹ independentemente de seu efetivo poder decisório⁴².

manifestações razoáveis e contempladas nas normas vigentes é assegurada por força constitucional". (STF, Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

³⁸ "(...) quando não comprovado o dolo, o erro grave inescusável ou culpa em sentido amplo, responsabilizar o parecerista seria como aceitar o crime ou responsabilidade de hermenêutica. Ou seja, retira-se totalmente a possibilidade de análise do parecerista, daquele que está auxiliando a administração. Até porque, nesse caso, não se vincula o administrador" (STF, voto do Min. Alexandre de Moraes no Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

³⁹ O Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431, definiu configurar erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou ocasionar impactos à economia por inobservância de normas/critérios científicos e técnicos ou dos princípios constitucionais da preocupação e da prevenção, sendo que a autoridade a quem compete decidir deverá exigir que as opiniões técnicas atendam a esses requisitos.

⁴⁰ "Com o veto aos parâmetros estabelecidos no §1º do artigo 28 na LINDB, a delimitação do conceito de erro grosseiro mantém-se candente, de modo que a densidade normativa da expressão mantém-se a cargo da doutrina e da jurisprudência judicial e administrativa. (...) Ainda que a abstração dos termos legais empregados justifique a falta de uniformidade na aplicação do instituto, não se pode admitir que a interpretação do conceito de erro grosseiro para fins de responsabilização do parecerista seja mais severa que aquele capaz de justificar a imputação do administrador público, a quem cabe a decisão final. Assentada a responsabilidade dos advogados públicos face ao Tribunal de Contas da União quando do exercício de suas prerrogativas, haverá a responsabilização caso presentes dolo, culpa grave ou o erro evidente e inescusável" (STF, Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

⁴¹ "Devido ao caráter eminentemente técnico-jurídico da função, a assessoria jurídica da Administração dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo" (STF, Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

⁴² "Como responsabilização deve ser proporcional ao seu poder de decisão e o parecer técnico-jurídico elaborado pelo parecerista teve caráter meramente opinativo, a inserção dessa cláusula no certame e seu

Ademais, a existência de condicionantes no parecer jurídico alertando para cautelas a serem adotadas pelo administrador afasta, em muitos casos, a caracterização de culpa grave⁴³.

O Tribunal de Contas da União enfrentou situações concretas em que caracterizou como erro grosseiro a atuação do advogado público consultivo nas seguintes hipóteses exemplificativas: emissão de parecer jurídico sem abordar a inviabilidade de conceder a empresa contratada pela Administração reajuste de preço por desconformidade com o art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001⁴⁴; aprovação pelo parecerista jurídico de minuta de edital contendo vícios que não envolvem controvérsias jurídicas ou complexidades técnicas⁴⁵; ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global sem apontamento no parecer jurídico dessas falhas no exame da minuta do ato convocatório⁴⁶; emissão de parecer favorável à homologação judicial em acordo extrajudicial, em condições excessivamente onerosas à União e em detrimento de sentença mais vantajosa aos cofres públicos⁴⁷; parecer favorável à ordenação de despesa quando houver irregularidade na aplicação de recursos públicos⁴⁸; parecer favorável à celebração de acordo desvantajoso para órgão público onde se verifique omissões de informações relevantes⁴⁹ e emissão de parecer jurídico não devidamente fundamentado, apto a induzir o administrador público à prática de irregularidades⁵⁰.

Diante desses exemplos, cabe apontar que resta afastada a responsabilização do advogado público quando, em seu parecer jurídico, utiliza informações técnicas de outros órgãos (questões de fato), baseando-se na presunção de regularidade dessas informações⁵¹. Como o

regular prosseguimento não podem ser imputados a ele” (STF, Ag.Reg. MS nº 36.385/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 07.02.2021).

⁴³ “A utilização de condicionantes de cautela podem contribuir para descaracterizar a culpa grave em determinadas situações limítrofes. É o caso do dever de informar acerca dos riscos jurídicos especificamente decorrentes do ato, a delimitação do espaço de opinião jurídica e da área de decisão administrativa e a remissão a parecer técnico sobre a proposta” (STF, Ag.Reg. MS nº 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12.11.2019).

⁴⁴ TCU - Acórdão 10830/2020. Primeira Câmara – Rel. Min. Vital do Rêgo - Boletim de Jurisprudência nº 330 de 19/10/2020.

⁴⁵ TCU - Acórdão 9294/2020. Primeira Câmara – Rel. Min. Bruno Dantas - Boletim de Jurisprudência nº 326 de 21/09/2020.

⁴⁶ “A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame da minuta do ato convocatório, pois deveria saber, como esperado do pareceristas médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência” (TCU - Acórdão 615/2020 -Plenário – Rel. Min. Ana Arraes - Boletim de Jurisprudência nº 302 de 06/04/2020).

⁴⁷ TCU - Acórdão 40/2013-Plenário - Rel. Min. José Mucio Monteiro.

⁴⁸ “O parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com gestores por irregularidades na aplicação de recursos públicos. O parecer jurídico integra e motiva a decisão a ser adotada pelo ordenador de despesas”. (TCU - Acórdão 825/2014 - Plenário – Rel. Min. Ana Arraes).

⁴⁹ TCU - Acórdão 10044/2011 - Primeira Câmara – Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

⁵⁰ É possível a responsabilização do parecerista jurídico quando a sua manifestação não estiver devidamente fundamentada. Caso o parecer induza o administrador público à prática de irregularidades, haverá solidariedade entre gestores e pareceristas, pois serão considerados os responsáveis pelos atos inquinados” (TCU - Acórdão 1443/2013-Plenário – Rel. Min. Weder de Oliveira).

⁵¹ “Quatro considerações extraídas dos trechos citados se aplicam de modo literal à presente controvérsia: (i) A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão; (ii) o advogado não sabe e não tem como saber – a não ser que lhe digam, valendo aí, *ipsis litteris*, a informação repassada – questões de fato; (iii) Ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso, o advogado é livre para se manifestar com base em outras fontes e

advogado público não possui os conhecimentos científicos para qualificar ou desqualificar o trabalho técnico produzido por outros órgãos em matérias complexas (engenharia, economia, contabilidade, arquitetura, agronomia, etc), a ele cabe somente aderir ao teor da manifestação técnica para elaboração de seu parecer jurídico⁵².

Nesse sentido, por inexistir nexo de causalidade que exprima atuação desconforme de suas atribuições legais (impossibilidade de responsabilidade por incompetência institucional do órgão⁵³), não é imputável ao advogado público a responsabilização decorrente de análises que contemplem afirmações técnicas alheias ao âmbito jurídico, vez que não possui os conhecimentos técnicos para contrapô-los.

Dentro das premissas anteriores, com a finalidade de fixar a responsabilidade do parecerista de maneira proporcional ao seu real poder de decisão, é importante para a compreensão dos limites dessa responsabilização que se proceda à análise da classificação dogmática quanto aos pareceres, especialmente com base no grau de vinculação ao conteúdo decisório final:

Com efeito, dada a importância primacial do princípio da legalidade administrativa, é corriqueiro que o administrador público se veja, rotineiramente, a braços com a necessidade de esclarecimento sobre a viabilidade ou mesmo sobre a obrigatoriedade jurídica de certas condutas que poderá ou deverá tomar, o que o colocará na contingência de esclarecer-se mediante pareceres técnico-jurídicos. No caso de tais pareceres, é evidente que o administrador, terá como arrimo - e inquestionável para ele - aquilo que lhe haja sido elucidado pela manifestação jurídica (ainda que o administrador fosse alguém com formação nesta mesma área e com muito maior razão, do ponto de vista fático, se sua formação profissional for em área diversa, qual a de médico, engenheiro, economista, agrônomo ou qualquer outra). Note-se que não se está a dizer que o parecer necessariamente lhe vinculará a conduta. Esta é outra questão. Os pareceres costumam ser classificados em (a) facultativos; (b) obrigatórios e (c) vinculantes. Facultativos, são os que a autoridade pode solicitar, mas não está obrigada a demandá-los; obrigatórios são aqueles que a autoridade está juridicamente adstrita a solicitar antes de decidir, mas, tanto quanto em relação aos anteriores, não está obrigada a seguir; vinculantes são aqueles que a autoridade não apenas deve pedir, mas estará obrigada a seguir. Segue-se que, no caso dos pareceres obrigatórios, e, assim, pois, dos técnico-jurídicos desta tipologia, se não for solicitado o parecer, o ato decisório será, ipso facto, inválido. No caso dos vinculantes, sê-lo-á tanto na hipótese de não ser solicitado, quanto na de ser praticado ato decisório em desconformidade com ele⁵⁴.

A classificação que divide os pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes também foi promovida pelo Supremo Tribunal Federal no julgado do Mandado de Segurança n.º 24.631 (relator Min. Joaquim Barbosa, em 09 de agosto de 2007).

argumentos jurídicos; e (iv) A utilização de condicionantes de cautela podem contribuir para descaracterizar a culpa grave em determinadas situações limítrofes (STF, Ag.Reg. MS nº 31.815/DF, Rel. Min. Rosa Weber, DJ. 09.03.2021).

⁵² "Não se pode responsabilizar o parecerista jurídico pela deficiência na especificação técnica da licitação, pela desordem processual, pela ausência de documentos comprobatórios da entrega de edital e pelas irregularidades no julgamento e classificação das propostas, já que tais atos são estranhos à área de atuação daquele profissional" (TCU - Acórdão 181/2015-PlenárioRel. Min: Vital do Rêgo).

⁵³ SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. In: *Revista da AGU*, ano 9, n. 24, abr./jun. 2010. p. 139-166.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 449/450.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na doutrina francesa administrativista do professor René Chapus, estabeleceu que a atividade de consultoria jurídica não é meramente opinativa em qualquer circunstância, devendo-se observar a legislação existente acerca da exigibilidade da consulta e do eventual caráter vinculativo ao administrador quanto ao parecer. Definiu-se que nas situações onde a consulta é facultativa, mesmo que por omissão legislativa, não há vinculação da autoridade administrativa quanto ao teor do parecer jurídico.

Quando a consulta é obrigatória por lei, a autoridade administrativa deve, previamente à decisão administrativa, promover a consulta do órgão da Advocacia Pública. Um exemplo de parecer obrigatório é previsto em muitas legislações municipais quando exigem a manifestação da Advocacia Pública sobre o procedimento de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano antes da publicação de Decreto de aprovação desse parcelamento. Isso ocorre justamente para se verificar a integridade de todo o procedimento administrativo de aprovação do parcelamento do solo em face do ordenamento jurídico (controle preventivo de legalidade).

Cumprido destacar que a decisão proferida no MS nº 24.631/DF divergiu da doutrina nacional no ponto relativo à rejeição do conteúdo do parecer jurídico. Para parte da doutrina nacional, caso o administrador público diverja do conteúdo do parecer jurídico obrigatório, ele não necessita de novo parecer jurídico, bastando que justifique contrariamente sua posição. Já para o Supremo Tribunal Federal, caso pretenda praticar o ato de forma contrária ao parecer jurídico elaborado, deve o administrador público submeter nova consulta para novo parecer.

Assim, conforme decisão do MS nº 24.631/DF, quando houver lei que determine a oitiva da Advocacia Pública para consecução de determinado ato administrativo, esse parecer jurídico será em princípio de adoção obrigatória do órgão consultor, devendo o solicitante, na hipótese de discordância com os fundamentos do parecer anterior, solicitar novo parecer jurídico.

Nessas duas hipóteses anteriores (parecer facultativo e obrigatório), diante da ausência de vinculação legal do ato decisório do administrador ao conteúdo do parecer jurídico, o parecer se apresenta como mero ato enunciativo⁵⁶.

⁵⁵ 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. 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. 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. (STF, MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007).

⁵⁶ "Ato administrativo enunciativo são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado. Dentre

A terceira hipótese da classificação se refere ao parecer vinculante, que se caracteriza quando a lei exigir que a decisão administrativa seja proferida conforme o conteúdo do parecer jurídico, não podendo o administrador decidir de forma diversa da conclusão do parecer. Nessa hipótese o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a obrigatoriedade legal de o administrador acatar o conteúdo do parecer jurídico gera o compartilhamento do ato decisório, o que é apto a configurar o nexo de causalidade que permite a responsabilização conjunta entre o parecerista e o administrador público quando configurada ilicitude.

Assim, quando há definição em lei da vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer jurídico, há efetiva partilha do poder decisório, podendo ocorrer a responsabilização do parecerista conjuntamente com o administrador⁵⁷.

Exemplo de parecer vinculativo é visto na hipótese de a legislação exigir, no âmbito de processo administrativo disciplinar de servidor público (PAD), que exista prévio parecer jurídico autorizativo quanto à dosimetria ou aplicação de sanções administrativas/funcionais. Igualmente, pode se considerar a adoção de pareceres normativos como pareceres vinculantes, vez que condicionam a interpretação jurídica no âmbito interno da Administração Pública (art. 30, parágrafo único do Decreto-Lei nº 4.657/1942 e art. 20 do Decreto Federal nº 9.830/2019).

Cabe apontar que parte da doutrina ostenta que independentemente da natureza do parecer jurídico a ser proferido (facultativo, obrigatório ou vinculante), a responsabilidade do advogado público sempre derivará de dolo ou erro grave e inescusável, prescindindo eventual análise da natureza do parecer a ser exarado⁵⁸.

os atos mais comuns desta espécie merecem menção as certidões, os atestados e os pareceres administrativos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 190).

⁵⁷ Contrária ao entendimento da existência no Brasil de parecer vinculante, Amanda Louise Ramajo Corvello Barreto esclarece: “Ousamos discordar parcialmente do posicionamento do Ministro porque entendemos que não existe no direito brasileiro hipótese de parecer vinculante, como posto na doutrina francesa, em que o administrador deve decidir de acordo com o parecer emitido ou nada decidir, senão na hipótese de parecer normativo. Mas, mesmo assim, se o chefe do Poder Executivo, que normalmente é quem possui competência para aprovar tais pareceres e torná-los obrigatórios para toda a Administração Pública, achar por bem, pode revogá-lo a qualquer momento, o que somente reforça o caráter opinativo dos pareceres”. (BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017. p. 90).

⁵⁸ Nesse sentido é o entendimento de André Saddy: “somos contrários a essa nova interpretação e favoráveis, neste ponto, ao entendimento de Mendonça (2010), que assevera não ser o problema a obrigatoriedade ou não do parecer, mas sim se o parecer, de forma efetiva e concretamente, induziu a autoridade a erro e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável” (SADDY, André. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 131-149, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131. Acesso em: 15.10.2021). No mesmo sentido: “Ademais, o que define efetivamente a responsabilidade do Advogado Público não é a espécie do parecer e sim a culpa em sentido largo, o dano ao erário e o nexo causal entre ambos. Ou seja, o parecer obrigatório não tem o condão por si só de transformar o parecerista em administrador. Nos casos do art. 38 da Lei 8666/93, o que atrai a responsabilidade é o ato administrativo de aprovação e não a natureza da consulta. (BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017. p. 90).

Maior controversa suscita a análise da natureza do parecer jurídico elaborado no processo licitatório (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 14.133/2021). Existem entendimentos que divergem sobre essa natureza, apontando ora pela natureza obrigatória⁵⁹, ora pela natureza vinculativa⁶⁰.

O melhor entendimento, entretanto, como deixa claro a redação do art. 53, *caput* e § 4º da Lei nº 14.133/2021, é que o parecer jurídico é obrigatório, não vinculando o administrador público, salvo se apontado vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a prática do ato⁶¹.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal sedimentou em seus julgados o entendimento de que, na forma do art. 32 da Lei nº 8.906/94 e do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, salvo demonstração de dolo ou culpa grave (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, sendo que, na hipótese de parecer vinculativo, onde há compartilhamento da responsabilidade decisória, o advogado público parecerista responde por dolo ou culpa grave solidariamente com o administrador público.

Porém, respeitado o entendimento sustentado pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, deve-se ressaltar uma situação não ainda abordada nos julgados analisados.

O art. 184 do CPC prevê que o advogado público responde civilmente, de forma regressiva, quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas atividades, sendo aplicável essa disposição ao processo administrativo de forma supletiva e subsidiária quando ausente norma específica sobre a responsabilização do advogado público na legislação de regência do respectivo ente (art. 15 do CPC).

Pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), na forma do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, em face da disposição específica do art. 184 do CPC quanto à

⁵⁹ “Ademais, entendo que deve ser responsabilizado por essa irregularidade também parecerista jurídico, com fundamento no entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal no MS-24.584/DF, bem como na jurisprudência deste Tribunal (v.g. Acórdão 1161/2010-TCU-Plenário e 40/2013-TCU-Plenário). Assim, o parecerista jurídico deve ser chamado em audiência para responder pela emissão de parecer obrigatório, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, não devidamente fundamentado, defendendo tese não aceitável, por se mostrar frontalmente contrária à lei, conforme jurisprudência deste Tribunal” (TCU - Acórdão 51/2018 – Plenário – Rel. Min. Augusto Sherman).

⁶⁰ “O parecerista jurídico pode ser responsabilizado por parecer vinculante, a exemplo do previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, se verificada culpa em sentido amplo (dolo ou culpa stricto sensu) na prática da irregularidade apurada” (TCU - Acórdão 434/2016 -Plenário – Rel. Min. Bruno Dantas). No mesmo sentido: “O art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 estabelece hipóteses de emissão de pareceres jurídicos vinculantes, já que dispõe que as minutas dos editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. Os aditivos contratuais são ajustes ao contrato, motivo pelo qual tal disposição também se aplica aos termos aditivos. O parecerista jurídico, quanto a esses pareceres, pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário”. (TCU - Acórdão 3024/2013-Plenário – Rel. Min. Benjamin Zymler - Boletim de Jurisprudência nº 17 de 25/11/2013).

⁶¹ “Em matéria de licitações e contratos administrativos, embora seja obrigatória a submissão do contrato e, eventualmente, de seu termo aditivo, ao exame de legalidade pelo órgão de assessoria jurídica, sua manifestação favorável não ganha contornos de necessária vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor público, compelindo-o a praticar o ato. Ao contrário, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, a manifestação vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelo ajuste. A natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente assim se revela quando o órgão técnico aponta a existência de vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a prática do ato, situação diversa daquela descrita nesta ação. (...) Embora a aprovação do ato pela assessoria jurídica não vincule o administrador substituindo-o em seu juízo de valor, isso não significa que o parecerista fique isento de responsabilidade sobre suas manifestações” (STF, MS nº 36.025/DF. Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, DJ. 08.03.2021).

responsabilização civil do advogado público, que é aplicável subsidiariamente e supletivamente ao processo administrativo, tem-se por afastada a incidência das normas gerais previstas no art. 32 da Lei nº 8.906/94 e no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que preconizam a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (culpa grave).

Deve-se afastar, portanto, a possibilidade de responsabilização civil do advogado público por culpa grave (erro grosseiro) nos atos referentes à atividade de consultoria, já que o art. 184 do CPC – que é norma especial - somente prevê a responsabilização por dolo ou fraude⁶².

Difícil sustentar, também, que exista uma cisão no regime de responsabilização civil do advogado público que varie conforme a atribuição funcional desenvolvida.

Se considerada razoável a interpretação que leve ao entendimento da cisão do regime de responsabilização, o ordenamento jurídico teria que conviver com a responsabilização civil do advogado público por dolo ou fraude quando exerce a atividade de representação judicial do respectivo ente (art. 184 do CPC), e a responsabilização por dolo ou culpa grave (erro grosseiro) quando o advogado público exerce a atividade de consultoria.

Não parece aceitável a coexistência de regimes diversos de responsabilização civil do advogado público (dolo e fraude ou dolo e culpa grave) que dependam da respectiva atividade funcional desenvolvida (representação judicial ou consultoria).

Assim, é possível concluir que, inexistindo disposição na lei de regência do respectivo ente ao qual o advogado público está submetido, por força dos arts. 15 e 184 do CPC - que constituem normas especiais em face das normas gerais de responsabilização dos agentes públicos (art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942) e dos advogados em geral (art. 32 da Lei nº 8.906/94) - o advogado público, no exercício da atividade de consultoria, somente responde civilmente somente por dolo ou fraude.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente responsabilização do advogado público parecerista por decisões do Tribunal de Contas da União trouxe ao Supremo Tribunal Federal a judicialização de diversas questões envolvendo a responsabilidade civil do exercício da atividade de consultoria.

A autonomia técnica do advogado público no exercício de suas atribuições é expressão do direito coletivo à boa administração, pois representa a instrumentalização do controle de legalidade dos atos estatais por meio de profissionais dotados de isenção técnica, sem quaisquer interferências indevidas ou ingerências externas.

⁶² Ostentado entendimento similar voltado aos pareceres não obrigatórios e vinculantes, André Saddy aponta que “desse modo, sendo não obrigatório e não vinculativo, entendemos que o parecerista só poderia responder em casos de má-fé ou dolo apenas. Nesse caso, não pode ele ser responsabilizado por culpa, ele precisa ter a intenção deliberada de obter o resultado danoso para ser responsabilizado”. (SADDY, André. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 131-149, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131. Acesso em: 15.10.2021).

A autonomia técnica, entretanto, não é ilimitada, inexistindo imunidade absoluta do advogado público parecerista, que sofre limitações atinentes à responsabilização por seus atos.

O Supremo Tribunal Federal sedimentou sua jurisprudência no sentido de que nos pareceres facultativos e obrigatórios a responsabilização do parecerista somente se constata com a presença de dolo ou culpa grave, na forma do art. 32 da Lei nº 8.906/94 e do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, sendo que nos pareceres vinculantes a responsabilidade do parecerista pode ser solidária com o administrador público.

Isso porque nos pareceres vinculativos há efetivo compartilhamento do poder decisório, haja vista que o conteúdo do parecer vincula a decisão administrativa a ser adotada. Assim, restou sedimentado o entendimento de que, na forma do art. 32 da Lei nº 8.906/94 e do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, salvo demonstração de dolo ou culpa grave (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, sendo que, na hipótese de parecer vinculativo, onde há compartilhamento da responsabilidade decisória, o advogado público parecerista responde por dolo ou culpa grave (erro grosseiro) solidariamente com o administrador público.

Há que se fazer uma ressalva, entretanto, ao entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque nas hipóteses de ausência de legislação de regência do respectivo ente federativo ao qual o advogado público está submetido, por força dos arts. 15 e 184 do CPC (normas especiais em face das normas gerais de responsabilização dos agentes públicos), o advogado público, no exercício de sua atividade de consultoria, somente responde civilmente por dolo ou fraude, afasta a possibilidade de responder por culpa grave (erro grosseiro) nos termos do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (norma geral para agentes públicos) e do art. 32 da Lei nº 8.906/94 (norma geral relativa aos advogados), já que tais disposições se constituem normas gerais de responsabilização, que são afastadas pela aplicação da norma especial contida no art. 184 do CPC por força do critério de resolução de antinomia da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), previsto no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015.

BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. O papel da Advocacia Pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana, Faro, Julio Pinheiro e VIEIRA, Pedro Gallo (Coord). *Advocacia Pública de Estado: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014. p.111-120.

BONACORSI DE PALMA, Juliana. Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do direito administrativo. In: WALD, Arnaldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 681-700.

BUARQUE DE HOLANDA. *Raízes do Brasil*, 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*. Vol. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, janeiro de 2008.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FREITAS, Juarez. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek e GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). *Lições de Direito Administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-38.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/93*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Comentários à Constituição do Brasil*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Org.). São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva In: *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnaldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 955-973.

PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

SADDY, André. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 131-149, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131. Acesso em: 15.10.2021.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. In: *Revista da AGU*, ano 9, n. 24, abr./jun. 2010. p. 139-166.

UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: FCE – UNAM, 2006.

Recebido: 22.10.2021

Aprovado: 01.03.2022

Como citar: MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. A responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva e o direito coletivo à boa administração. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 60-77, jan./abr. 2022.

