

---

# Hugo Plutarco: Responsabilização do advogado público por pareceres

## 1. Introdução

No julgamento do MS 24.631-6, o Supremo Tribunal Federal inseriu novo critério nos debates sobre a responsabilidade do advogado público por ato profissional nos casos de dano ao erário. Trata-se da distinção entre os atos meramente opinativos e os atos que, por exigência legal, dependem da manifestação do advogado público. De acordo com essa orientação, se um ato cuja validade dependa de manifestação jurídica provocar dano ao erário, haveria uma exceção à consagrada regra da imunidade no exercício profissional da advocacia, e o advogado público prolator do parecer jurídico poderia ser responsabilizado. Até então, como ilustra o MS 24.073-3, julgado em 7/11/2002, era pacífico o entendimento de que, por seus atos profissionais, o advogado seria imune, cabível a responsabilização apenas nos casos de erro inescusável, má-fé ou dolo.

Neste artigo, pretendemos demonstrar que a distinção entre os atos opinativos e vinculativos tem, por sua manifesta inaplicabilidade, permitido decisões díspares no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente nos casos de atos praticados em procedimento licitatório. Na próxima seção, expomos a regra da imunidade do advogado no exercício profissional, há muito consagrada na doutrina e jurisprudência pátrias. Então, retratamos a evolução jurisprudencial do STF, a partir do julgamento do MS 24.631-6, quando a distinção entre atos vinculativos e opinativos foi erigida e demonstramos que a distinção é incapaz de provocar distinções consequentes, além de provocar, em apurações administrativas, presunção de culpabilidade do profissional advogado e de responsabilidade solidária com o gestor, o que não encontra respaldo em lei.

A inutilidade dessa distinção deve provocar o STF, em breve, a superar esse entendimento. É o que sinalizou o ministro Edson Fachin, que, ao deferir a liminar pleiteada no MS 34.416 MC para suspender a execução de sanção pecuniária (DJe 08/09/2017), fez constar, na decisão, que “a questão relativa à responsabilização do parecerista por danos causados ao erário ainda não restou solvida definitivamente por esta Corte, merecendo apreciação mais aprofundada”.

## 2. A regra da imunidade do advogado por seus atos profissionais: responsabilidade restrita aos casos de erro inescusável, dolo ou má-fé

O parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993, com redação dada pela Lei 8.883/1994, afirma que 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”. Esse é um dos casos em que, por disposição legal, é necessário que o advogado público se manifeste, a fim de que o ato administrativo a ser produzido — no caso, procedimento licitatório — tenha validade. Assim, qual seria a responsabilidade do advogado público que após vistos no procedimento caso, em posterior procedimento de controle, administrativo ou judicial, fosse constatado ter a licitação provocado dano ao erário? Até o julgamento do Mandado de Segurança 24.631-6, a resposta legal, doutrinária e jurisprudencial para essa pergunta era relativamente pacífica: por seus atos profissionais, o advogado público é imune, podendo ser responsabilizado somente em caso de erro inescusável, dolo ou má-fé.

No voto condutor do acórdão [\[1\]](#), o relator, o ministro Carlos Velloso, entendeu que o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. É, sim, uma

---

opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica que orientou o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo. Trata-se, assim, de opinião não vinculante, a qual o administrador não estava adstrito, não podendo o advogado público ser responsabilizado solidariamente com este. Foi fundamento para a decisão o artigo 2º, parágrafo 3º do Estatuto da OAB.

Ressalvou o ministro que a inviolabilidade em tela não é absoluta, sendo eles civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa. A responsabilização do advogado público depende da demonstração de que laborou com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.

Esse entendimento é compartilhado por Hely Lopes Meirelles, que pontua:

“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”[\[2\]](#).

Perfilha, ainda, a mesma posição, a professora Maria Silvia Zanella Di Pietro, que assevera:

“Quando a lei o exige como pressuposto para a prática de ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo”.

Dessa maneira, a inviolabilidade do advogado público não é absoluta, como não o é qualquer garantia em nosso sistema constitucional. Assim, entendeu o STF, naquela oportunidade mencionada, que o advogado público responderia por seus atos (pareceres) apenas em caso de *dolo* ou *erro inescusável*, de acordo com o artigo 159, do CC, e o artigo 32, da Lei 8.906/94.

### **3. A distinção entre atos profissionais opinativos e vinculantes a partir do MS 24.631-6 e os ruídos interpretativos**

O posicionamento anteriormente analisado sofreu alterações quando do julgamento do Mandado de Segurança 24.631-6, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, a partir da distinção entre atos dos advogados públicos meramente opinativos e atos vinculantes. O entendimento então firmado, contudo, tem sua rediscussão anunciada. Em nossa opinião, o critério então inserido obscureceu a clássica regra de responsabilização do profissional advogado por dolo ou erro inescusável, que permaneceu, mesmo com a nova orientação, vigente e aplicada.

O ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, aduziu que, em casos de omissão legislativa acerca da obrigatoriedade de parecer jurídico, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não geraria responsabilidade do parecerista. O administrador, por sua vez, não se eximiria de tal responsabilidade, pois, se a lei lhe confere autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa responder pelas eventuais irregularidades do ato. Já nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico-jurídico, a lei estabelecerá efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e, assim, em princípio, o signatário do parecer poderia responder conjuntamente com o administrador, *pois ele seria também administrador neste caso*[\[3\]](#)

Como se verifica, o STF afirmou que a obrigatoriedade ou não da consulta ao advogado público tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer. E mais, se o parecer é obrigatório, o respectivo signatário tem o poder compartilhado na prática do ato administrativo juntamente com a autoridade administrativa que solicitou a consulta.

Como o próprio relator declina expressamente que seu posicionamento diverge da larga tradição doutrinária pátria, por exemplo, Hely Lopes, Bandeira de Mello e Di Pietro, que entendem que o parecer tem natureza meramente opinativa, ainda que sua solicitação seja obrigatória por força de lei, conforme já se expôs alhures. Além disso, trata-se de um critério formal: previsão legal que disponha sobre a exigência de solicitação e previsão legal que determine a vinculação da autoridade administrativa. Contudo, não foi versado em tal decisão quais normativos do ordenamento jurídico nacional, sejam constitucionais, sejam legais, respaldam a aplicação direta de tal doutrina alienígena.

Em casos posteriores, a diferenciação entre pareceres obrigatórios e opinativos voltou a ser adotada pelo STF. É o caso, por exemplo, do MS 24.854[4], relatado pelo ministro Marco Aurélio. Em seu voto, fez constar que os atos dos advogados públicos — fundados no mencionado parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/9 — não se consubstanciavam em emissão de pareceres, mas, sim, em aposição de vistos, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, daí, portanto, surgiria a respectiva responsabilidade. O tema voltou a ser tratado também no julgamento do MS 29.137[5], de relatoria da ministra Cármen Lúcia, que também tinha por pano de fundo o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993. No voto, a ministra assim tratou da distinção entre atos vinculantes e opinativos:

“É certo que, em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta. Contudo, 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 contorno de vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor público, compelindo-o a praticar o ato. Por outro lado, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, seu teor vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelos danos que dele possam advir.

(...)

Embora a aprovação do ato pela assessoria jurídica não vincule o Administrador a ponto de substituí-lo em seu juízo de valor, isso não significa que o parecerista é absolutamente isento de responsabilidade sobre suas manifestações. Se a prática do ato administrativo está lastreada em manifestação favorável da unidade técnica, há convergência de entendimentos e, em certa medida, compartilhamento de poder decisório entre o Administrador e o parecerista, pelo que se tornam mutuamente responsáveis pelos danos que possam causar ao erário.

Dúvidas não remanesçam sobre a inexistência de imunidade absoluta do advogado público com relação às manifestações jurídicas emitidas em processos administrativos, razão pela qual podem ser chamados a prestar esclarecimentos ao órgão de controle externo e, eventualmente, ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro” (grifos nossos).

Os excertos acima destacados ilustram com clareza o sentido, em nossa opinião, inapropriado que adquiriu a jurisprudência do STF sobre o tema, a partir da inserção do critério de distinção entre atos vinculantes e opinativos. Inapropriado, em primeiro lugar, porque diverge de ampla doutrina, ao deixar de diferenciar o parecer de caráter conclusivo que aprova a minuta — cujo objeto é a observância do procedimento — do ato de celebração do negócio jurídico em si — editado pela autoridade administrativa.

Em segundo lugar, se é verdade que a manifestação conclusiva editada por advogado público de aprovação da minuta de contrato não é um parecer, mas, sim, um ato de aprovação em si, a consequência lógica, seguindo-se tal hipótese, seria que a autoridade administrativa estaria vinculada à conclusão da referida manifestação. Contudo, como revela o voto da ministra Cármen Lúcia, admite-se que, havendo posicionamento positivo em manifestação de advogado público, a autoridade administrativa poderia discordar e se posicionar em sentido oposto. Há, evidentemente, uma contradição lógica: ora a manifestação seria um ato de aprovação em si, ora seria um mero ato opinativo.

Além disso, o novo critério em momento algum levou o STF a deixar de proclamar as clássicas hipóteses em que há responsabilidade do advogado: erro inescusável, culpa ou dolo. No excerto destacado, bem no MS 24.631-6, em que o critério surgiu pela primeira vez, o STF tem reafirmado que há responsabilidade do advogado nos casos de culpa em sentido ampliado. Daí porque se afirma que a distinção não teve utilidade — na realidade, produziu maior confusão no debate jurídico e, possivelmente, uma antijurídica inversão do ônus de demonstrar a culpabilidade dos advogados públicos nos procedimentos administrativos sobre o tema. Isso porque, seguindo essa linha de raciocínio, todo profissional advogado que tenha participado de processo em que a legislação exija pronunciamento jurídico potencialmente pode ser alvo de responsabilização, independentemente de erro inescusável, dolo ou má-fé.

#### 4. Conclusão

O advogado público não é absolutamente inviolável, podendo vir a responder por seus atos, em caso de dolo ou erro inescusável, nos termos do artigo 159, do CC, e o artigo 32, da Lei 8.906/94. Essa é regra que permanece vigente e aplicada no âmbito do STF, não obstante obscurecida pela implantação naquela corte do critério formal de distinção entre atos opinativos e vinculantes. Ressalte-se que tal distinção contraria a doutrina majoritária pátria e implica perplexidades práticas e pragmáticas, que até o momento não foram enfrentadas pelo STF, tornando, no nosso sentir, premente a necessidade de o tema ser revisitado pela corte.

Mesmo que o STF reitere o critério formal de atos vinculantes e opinativos, *no nosso sentir, somente poderá haver responsabilização quando houver má-fé*. Frise-se que temos ressalvas inclusive quanto à adoção da possibilidade de responsabilização do advogado público em caso de erro inescusável, uma vez que os tribunais de contas e outros órgãos de controle têm adotado interpretação equivocada do que haveria de ser esse erro inescusável, ou grosseiro. Em muitos casos, tem-se exigido dos advogados

públicos verdadeiro dom da predição, e, como é sabido por todos, a atividade jurídica tem preponderante viés valorativo, que em regra não faz com que seus operadores cheguem sempre à mesma conclusão, uma vez que normalmente não existe uma posição absolutamente correta, excluídas quaisquer outras.

[1] *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo:Malheiros, Ed. 27<sup>a</sup>, 2002, p. 191.

[2] Essa conclusão final, grifada, não foi unânime entre os ministros.

[3] Ressalte-se que, nesse caso específico, o STF não se posicionou sobre a responsabilidade dos advogados públicos, uma vez que o cerne da lide se restringia à possibilidade ou não de que o TCU, em procedimento próprio, apurasse a responsabilidade dos mencionados agentes públicos.

[4] Diferentemente dos casos precedentes, em que o impetrante era o próprio advogado público, neste, o impetrante é o gestor, que busca se eximir da responsabilidade com espreque no parecer elaborado pelo profissional, que aprovava o procedimento.

**Date Created**

10/05/2018