



PROPOSTA DE RECOMENDAÇÃO N° _____, DE 2017.

Dispõe acerca da atuação dos membros do Ministério Público na responsabilização cível e penal de advogados públicos ou privados emissores de pareceres técnicos.

O **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, no exercício das atribuições conferidas pelo Art. 130-A, parágrafo 2º, da Constituição da República, e pelo artigo 147, inciso IV, do Regimento Interno;

CONSIDERANDO que, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

CONSIDERANDO que a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias à lei e à moralidade que deve conduzir a prática da advocacia.

CONSIDERANDO que o advogado pode emitir, inclusive para entes da Administração Pública, pareceres técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.

CONSIDERANDO que o advogado, através do parecer técnico, emite a sua opinião sobre uma determinada consulta que lhe foi formulada, tendo este um caráter meramente opinativo, ressalvados os casos em que a lei expressamente prescreve o caráter vinculante do parecer.

CONSIDERANDO que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS nº 24.631/DF reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos, salvo se evidenciada a presença de culpa grave ou erro grosseiro;



CONSIDERANDO que o parecer técnico, por refletir um juízo de valor, traduz o ponto de vista do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame e não vincula a autoridade que possui competência para a análise da conveniência do ato e não constitui, por si só, crime ou ato de improbidade administrativa.

CONSIDERANDO que o advogado público ou parecerista não dispõe de meios para aferir, a princípio, a entrega do serviço ou dos bens contratados pela administração, cabendo a ele apenas analisar as questões jurídicas que envolvem a contratação.

CONSIDERANDO o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ - REsp 1183504/DF), no sentido de ser possível, apenas em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa, sendo preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo.

RESOLVE, respeitada a independência funcional dos membros e a autonomia da Instituição, expedir a seguinte RECOMENDAÇÃO:

Art. 1º. A emissão de parecer-técnico não vinculativo por advogado parecerista não constitui, por si só, crime ou ato de improbidade administrativa, pelo que se recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda ser a hipótese de responsabilização do causídico, descreva e traga elementos que indiquem a presença do elemento subjetivo do dolo a justificar a sujeição passiva do advogado.

Art. 2º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília/DF, - ____ de _____ 2017.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

PROPOSTA DE RECOMENDAÇÃO

PROPONENTES: Conselheiros Leonardo Accioly da Silva e Erick Venâncio

JUSTIFICAÇÃO

Trata-se de Proposta de Recomendação que busca conferir ao Ministério Público uma atuação otimizada, notadamente em relação à busca pela responsabilização do advogado ou escritório de advocacia responsáveis pela emissão de pareceres técnicos.

Como é sabido a administração, por determinação legal ou buscando conferir uma maior segurança na prática de atos seus, procuram por advogados (públicos ou privados) para que estes digam a sua opinião jurídica sobre a possibilidade ou não da prática de determinados atos administrativos, bem como de suas repercussões.

Sucedem, todavia, que após a prática de certos atos, é possível que o membro do Ministério Público vislumbre a ocorrência de irregularidades, inclusive a prática de atos de improbidade administrativa ou mesmo de crimes.

O fato é que os advogados autores dos pareceres técnicos utilizados como fundamento para a prática do ato inquinado, são postos como sujeitos passivos da relação processual (ação penal ou de improbidade), transparecendo aí a ideia de uma eventual responsabilidade solidária presumida por parte do membro do Ministério Público.



Como é amplamente acolhido na jurisprudência nacional, a responsabilização do parecerista somente é possível quando se observe erro grave na apreciação da matéria jurídica objeto do opinativo e quando referido opinativo seja um instrumento dolosamente elaborado para possibilitar a prática de um ato ilegal.

Assim, para que o *Parquet* possa atribuir ao advogado a prática de ato delituoso ou ímprobo, faz-se necessário que se demonstre a má-fé como o móvel condutor da confecção do parecer. Este é, inclusive, o entendimento já pacificado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹.

A emissão de pareceres técnicos por advogados ou escritórios de advocacia traduz uma atividade de aconselhamento e não de produção de atos administrativos propriamente ditos, servindo apenas para fundamentar a decisão do Administrador Público.

E mais, mesmo nas hipóteses em que o parecer técnico integra a estrutura do ato administrativo, tal peça não possui, por si só, o caráter vinculante da decisão do administrador. A força vinculante apenas existirá se a lei assim dispuser.

Este é o entendimento defendido por administrativistas de nomeada. Por todos, traz-se à colação a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

“Costuma a doutrina fazer referência aos pareceres vinculantes, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressalvando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo exigidos se a lei o exigir expressamente”².

¹ “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.” (STJ, 2ª Turma, REsp nº 1183504, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, pub. no DJe de 17/06/2010).

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. P 144.



O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do MS nº 24.631/DF, de relatoria do então Min. Joaquim Barbosa, também já decidiu que “**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.” (grifos nossos).

Importante destacar que o **Ministro Joaquim Barbosa, Relator do MS nº 24.631/DF**, nas razões de sua decisão, expôs, dentre outros fundamentos, que “*se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca a sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é*”³.

Anteriormente, o Pretório Excelso já havia se pronunciado no mesmo sentido. Eis a ementa do julgamento do mencionado **MS nº 24.073**:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do

³ “Assim, via de regra, se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, e dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca a sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é, como bem define Hely Lopes MEIRELLES: “**o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, comercial ou punitiva**” (Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189).”



Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.”

Dessa forma, saliente-se que os advogados devem, podem sim, ser responsabilizados, desde que fique reste provado a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) ou, apenas na hipótese da ação de improbidade, haja a presença do dolo ou erro grosseiro na análise jurídica empreendida no parecer.

No ponto, é oportuno frisar que, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”⁴.

A presente proposição visa a que os membros do Ministério Público apenas observem os precedentes judiciais, ou seja, a *ratio decidendi* de casos semelhantes anteriormente submetidos ao crivo da autoridade judicial (STF - MS nº 24.073 e STJ - REsp nº 1.183.504), o que, no caso, confere uma maior expressão dos princípios da lealdade processual, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Com a presente proposta não se pretende analisar as minúcias de cada caso concreto, mas apenas recomendar que os membros do *Parquet* adotem os precedentes dos Tribunais Superiores - que preceituam a necessidade de se demonstrar a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa) ou o erro grosseiro na análise jurídica empreendida no parecer.

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2ª ed. São Paulo, RT. 2001. p.12.



Ressalte-se que a presente proposta não tem como escopo **revisar** ou **desconstituir** os atos relacionados à atividade-fim do Ministério Público. Em verdade, a *ratio essendi* da proposição é afastar uma presunção de solidariedade entre o advogado autor de parecer jurídico e o administrador autor do ato administrativo praticado. A recomendação, frise-se, não tolhe a atuação dos membros do Ministério Público, nem exige deles uma postura absolutamente passiva diante da realização de atos administrativos embasados em pareceres jurídicos. Visa-se apenas, e tão somente, orientar o membro do Ministério Público para que se observe a necessidade de indicar, em seus procedimentos, o elemento subjetivo do advogado parecerista e o seu erro grosseiro na análise de casos jurídicos.

Aqui é importante salientar que o erro grosseiro não pode ser confundido com uma simples divergência de interpretação de determinados dispositivos legais. Havendo o mínimo de razoabilidade na argumentação do parecerista, e inexistindo questão de fato que desconstitua a presunção de boa fé em sua manifestação, não há que se falar em erro grosseiro. O opinativo está coberto pela garantia que todo advogado público e privado possui, da imunidade por manifestações, prevista no Art. 133 da Constituição bem como no Art 2º da Lei 8.906/94 :

“CF. 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.”

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

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

Acrescente-se que o erro, isoladamente, não pode e nem deve justificar o ajuizamento **de ação penal**, pois, por se tratar de uma falha na análise interpretativa da lei em relação a um caso concreto, indica ausência de dolo, assim compreendido como a vontade deliberada de praticar um ilícito. Desta forma, à luz do princípio da fragmentariedade, segundo o qual o direito penal apenas deve ser utilizado quando as



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

demais esferas mostrarem-se insuficientes, resta evidente que o advogado parecerista pode apenas se responsabilizado nas searas civil e administrativa, quando o erro grosseiro contribuir para a concretização do ilícito.

Assim, a proposição, para além de não interferir na independência funcional dos membros do Ministério Público, visa otimizar os trabalhos desenvolvidos pelo *Parquet*, assegurando-se aos sujeitos passivos de suas ações a real possibilidade de defender-se dos fatos efetivamente narrados na peça exordial de suas ações.

Feitas estas considerações, submetemos a presente proposta de Recomendação ao Egrégio Plenário, para que delibere a respeito do tema ora apresentado, ressaltando a sua importância para maior eficiência das atividades exercidas pelos membros do Ministério Público brasileiro nesta área.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017.

LEONARDO ACCIOLY DA SILVA
CONSELHEIRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ERICK VENÂNCIO
CONSELHEIRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO