

Os pareceres jurídicos administrativos e a responsabilidade do advogado parecerista no âmbito da administração pública

Vivian Zendron Rubio

Advogada em Fortaleza (Ceará).

Resumo: O artigo tem como objetivo abordar o tema da consultoria e assessoramento jurídicos junto à Administração Pública e sua influência sobre as decisões das autoridades públicas gestoras. Pretende-se interpretar, à luz da legislação competente, os diferentes tipos e aspectos dos pareceres jurídicos administrativos, diferenciando-os quanto ao poder de vinculação de seus termos sobre os atos de gestão posteriormente executados. Será analisada, ainda, a possibilidade de atribuir ao advogado público parecerista parcela de responsabilidade por consulta jurídica emitida com dolo ou culpa, considerando-se a natureza do parecer e a medida de contribuição e influência sobre decisão terminativa que venha a ser declarada irregular frente aos órgãos fiscalizadores. Através da interpretação do funcionamento da máquina pública, será possível examinar a relativização da inviolabilidade do advogado frente aos princípios norteadores da Administração Pública.

Palavras-chave: Administrativo; Parecer Jurídico Administrativo; Responsabilidade do Advogado Parecerista.

Ocupando posição de destaque em diversos procedimentos administrativos, o parecer jurídico, de uma forma geral, surgiu como ferramenta de extrema importância para assegurar a legalidade dos procedimentos realizados no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta.

Consubstanciando análise jurídica de fatos submetidos a exame por profissional especializado, o parecer indica opinamentos acerca de determinada matéria submetida à apreciação, figurando, atualmente, como foco de discussões que analisam sua força e natureza, essenciais ao entendimento de seus efeitos no âmbito da Administração Pública.

Inicialmente, cumpre avaliar o parecer administrativo à luz de seu conteúdo, verificando a hipótese de ser considerado ato administrativo ou não. José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 210), sem adentrar no mérito da questão, objetivamente define os pareceres como “atos administrativos unilaterais” e se utiliza de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*apud* José dos Santos Carvalho Filho, p. 210) ao afirmar que através dos quais ‘se manifesta opinião acerca de questão submetida a pronunciamento.’

Ainda coadunando da mesma opinião, o jurista Diógenes Gasparini (2009, p. 79) qualifica o parecer jurídico como ato administrativo consultivo, lecionando da seguinte forma:

Quanto à natureza da atividade administrativa, os atos administrativos podem ser de *administração ativa, consultiva, controladora, verificadora e contenciosa*.

[...]

De *administração consultiva* são os atos que informam, esclarecem ou sugerem providências necessárias à prática dos atos administrativos, a exemplo dos informes (sobre certa situação), **pareceres (jurídicos)**, laudos (de avaliação, técnicos). **Para alguns autores e certas decisões de nossos tribunais, os pareceres não são atos administrativos, pois nada decidem. O fato de não serem atos decisórios não significa que não sejam administrativos.** (grifo nosso)

Observe-se que, como bem elucidou o supramencionado jurista, não é somente ato de cunho decisório que constitui um ato administrativo. Nestes termos, o parecer jurídico elaborado por advogado público pode perfeitamente enquadrar-se na qualificação de ato administrativo, uma vez que emana de autoridade pública competente, além de reunir todos os demais componentes que estabelecem a formação de um ato administrativo.

Atribuir ao parecer jurídico instrumentalizador de procedimentos públicos o caráter de ato administrativo eleva sua importância na análise de todo o processo, possibilitando relacionar, de acordo com a doutrina e jurisprudência, as diferentes naturezas assumidas.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 222 e 223) afirma o seguinte:

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:575), o parecer pode ser **facultativo, obrigatório e vinculante**.

O parecer é **facultativo** quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é **obrigatório** quando a lei o exige como pressuposto para a prática do 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. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão.

O parecer é **vinculante** quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. (grifos originais)

Depreende-se a possível diferenciação dos pareceres jurídicos administrativos quanto à sua exigibilidade, classificando-os como facultativos ou obrigatórios, imputando aos últimos a possibilidade de serem vinculantes ou não.

Os pareceres jurídicos facultativos são aqueles voluntariamente encomendados pela autoridade gestora, portanto não formulados *ex officio*, que servirão para esclarecer ou apontar quais as soluções e interpretações mais adequadas para a matéria submetida a exame.

Trata-se de posicionamento proferido por advogados que geralmente compõem a Assessoria Jurídica de determinado setor da Administração Pública, estando a serviço desta para elucidar casos em que o gestor encontre dúvida acerca de questões que envolvam, por exemplo, contratações ou a realização de licitações.

O parecer jurídico administrativo facultativo compreende ferramenta auxiliar de extrema importância e conveniência no âmbito da Administração Pública. Para obter esta percepção, basta considerar os critérios de escolha de um gestor público. Não existem requisitos legais específicos de qualificação profissional para o preenchimento dos cargos de chefia dos órgãos da Administração Pública, fato este que contribui para a necessidade de auxílio jurídico nas tomadas de decisões e possíveis conflitos entre gestão e norma legal.

É por intermédio dos pareceres jurídicos requisitados pelos administradores-chefes às Assessorias Jurídicas que as situações que envolvam estrita legalidade ou a aplicação correta e mais adequada da Lei sofram análise pormenorizada pelos advogados locados naquele setor, manifestando seus pontos de vista ao longo do parecer.

Diferentemente da dispensabilidade do parecer facultativo, o parecer obrigatório é formalidade necessária à continuidade de determinados atos da Administração. Os órgãos consultivos responsáveis deverão ser ouvidos antes dos atos decisórios tomados pelo administrador.

Referida obrigatoriedade vem normatizada no art. 42 da Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784/99, *in verbis*:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Desta forma, o parecer obrigatório apresentar-se-á como opinião técnico-jurídica referente à questão abordada em processo administrativo, cuja manifestação deverá ocorrer antes da decisão terminativa da Administração, eis que sua ausência poderá acarretar a nulidade do ato final.

O jurista José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 211) definiu o parecer obrigatório da seguinte forma:

[...] são os atos de opinamento exigidos como preliminar da prática de outro ato, nos termos do respectivo preceito normativo. Neste caso, a solicitação do parecer é atividade vinculada do administrador e a ausência do ato opinativo compromete o próprio ato decisório. Se inobservada a obrigação, considerar-se-á que o ato decisório tem vício de legalidade quanto à forma, eis que faltante solenidade essencial a sua validade.

Delineando as diferenças essenciais entre os pareceres facultativos e os pareceres obrigatórios, Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dalari (2007, p. 178) assim lecionaram:

A distinção que efetivamente pode ocorrer é entre pareceres obrigatórios ou facultativos. Em certas situações as normas sobre processo administrativo podem determinar a obrigatoria emissão de um parecer jurídico antes da tomada de decisão. Em outras situações, pode ficar a cargo de quem decide a opção de solicitar, ou não, um parecer jurídico. De qualquer forma, quem decide tem o poder/dever de fazê-lo, com a livre convicção e a responsabilidade disso decorrente.

Atente-se para o fato de que, nos casos em que há previsão da obrigatoriedade do parecer, apesar de constituir formalidade de importância incontestável na lisura do procedimento e na descoberta prematura de falhas ou vícios, dependendo da força vinculante fixada a ele, sua ausência não implicará, necessariamente, a nulidade do ato. Em realidade, a análise de cada caso dependerá da norma regulamentadora específica da matéria.

Apesar de considerado vício quanto à formalidade, impende analisar, em cada caso concreto, as consequências da ausência do parecer e os possíveis prejuízos que podem ocorrer em decorrência disto, sopesando a razoabilidade e o interesse público quando da invalidação de todo o ato.

Cumprе esclarecer que a circunstância aplicativa do parecer obrigatório não-vinculante divide-se em dois momentos bem definidos. O requerimento do parecer, quando imposto por lei, ou seja, de natureza obrigatória, é ato vinculado do Administrador, significando dizer que não lhe é conferido a liberdade de escolha quanto à sua solicitação. Havendo a exigência legal, o gestor deve cumpri-la, requerendo o parecer em tempo hábil, a fim de que este integre o procedimento administrativo em andamento. Outro momento bastante distinto é o da decisão terminativa que, no caso do parecer não-vinculante, ocorrerá de forma discricionária e à conveniência do gestor, que goza de liberdade para decidir da forma que entenda ser a mais adequada, desde que bem motivado e fundamentado, mesmo que

culmine no não atendimento aos argumentos técnico-jurídicos trazidos no parecer por profissional especializado na área.

Espécie do gênero “parecer obrigatório”, o parecer vinculante é talvez o de maior importância no âmbito administrativo, sendo alvo de diversas discussões doutrinárias acerca de sua repercussão.

Previsto no art. 42, §1º da Lei 9.784/99, será aquele cujo requerimento por parte da autoridade administrativa apresentar-se-á obrigatório, além de reunir exposição de motivos e conclusão que limitará posterior decisão, não restando ao gestor outra solução senão aquela descrita no parecer. Saliente-se, entretanto, que sua força vinculante somente ocorrerá quando da existência de norma legal que o preveja e o regulamentarize no ordenamento inferior competente.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o Mandado de segurança nº 24.631, considerou a opinião consultiva vinculante como aquela “na qual a lei estabelecerá a obrigação de ‘decidir à luz de parecer vinculante’, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 576-577) assim descreveu o parecer vinculante:

Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo.

Observa-se, portanto, a transformação da peça que, a priori, era considerada somente como manifestação de juízo de valor, para opinião cuja força conferida por lei é capaz de equiparar o parecerista à autoridade administrativa superior, eis que este deverá, sob pena de responsabilidade, seguir as orientações do parecer.

Convém mencionar, ainda nas hipóteses do efeito vinculante, a possibilidade de elaboração do denominado parecer normativo, não menos importante e de crescente utilização no quadro administrativo público brasileiro.

O parecer normativo será aquele geralmente encomendado especificamente para análise de determinado caso de reiterada apreciação, que determinará a melhor solução aplicável à luz da interpretação legal cabível, servindo de modelo normativo para todas as outras circunstâncias semelhantes supervenientes, devendo, obrigatoriamente, ser atendido, sob pena de responsabilização do gestor.

Ressalte-se, contudo, que é imprescindível a existência de legislação que permita a elaboração deste tipo de parecer no âmbito de competente setor administrativo, eis que, uma vez normatizado, o parecer servirá de fundamento para diversos atos decisórios posteriores, funcionando de forma bastante aproximada das “súmulas vinculantes” do judiciário.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 188-190) assim definiu a espécie de parecer normativo:

Parecer normativo: é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para casos futuros, é ato geral e normativo.

Exemplo didático de parecer normativo com efeito vinculante expresso repousa na Instrução Normativa nº 1/07, do Ministro de Estado dos Transportes, no artigo 17, precisamente no Parágrafo Único. Veja-se a notória necessidade de previsão em Lei Complementar:

Art. 17 À Consultoria Jurídica e ao Assessor Especial de Controle Interno do Ministério dos Transportes compete assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.

Parágrafo único. Os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, aprovados pelo Ministro de Estado, **são de observância obrigatória por todos os órgãos autônomos e entidades vinculadas à Pasta, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.**¹² (grifo nosso)

Infere-se, mediante a explanação de cada aspecto dos pareceres jurídicos administrativos, sua função essencial na orientação e auxílio de autoridades gestoras, através do fornecimento de fundamentos jurídicos a princípio objetivos e exteriorizadores da melhor interpretação legal possível.

Não por outra razão, os advogados pareceristas têm assumido papel significativo nas decisões finais dos administradores, servindo de alicerce e impulsionador de motivos determinantes para a conclusão dos atos decisórios.

A partir da incontestável participação e influência dos pareceres jurídicos sobre as decisões terminativas dos gestores públicos, pôde-se examinar as possibilidades de responsabilização daquele que, concretizando referido ato consultivo, induz a uma manifestação resolutiva, sob qualquer aspecto, danosa à Administração. A forma, intencional ou não, com a qual o parecer revelar-se prejudicial à regular execução administrativa, poderá determinar os níveis de responsabilidade assumida pelo advogado parecerista.

A temática surge em meio à preocupação, cada vez mais vigorosa, de cientificar a todos que laboram sob o manto do poder

público de que sua função deve ser desempenhada com cautela e consciência. Aquele que compõe o grupo seletivo de participantes da entidade pública deve responder pelos atos praticados a fim de que haja respeito e obediência à coisa pública. Não se pode admitir que o executor de tarefas que afete negativamente inúmeros outros setores exima-se de arcar com as consequências legais decorrentes do fato.

Em um passado não muito distante, a atuação dos advogados públicos, quando da formalização de pareceres, era privilegiadamente livre. Independente do tipo de parecer lhes era concedida a Possibilidade de consultar, expressar e opinar à sua conveniência, sem qualquer vínculo posterior. Havia uma inviolabilidade absoluta sobre a elaboração do parecer e seu conteúdo, recaindo a responsabilidade das irregularidades ulteriormente encontradas somente sobre a autoridade-chefe.

Este quadro começou a mudar, efetivamente, frente à nova força adquirida pelas assessorias jurídicas dos órgãos e entidades da Administração Pública. O impulso crucial adveio com a publicação da Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com seu Artigo 38, Parágrafo Único, conferindo a referido setor a incumbência de aprovar minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes realizados pela Administração.

Ao vislumbrar situação em que o parecer emitido pela assessoria jurídica seria obrigatório e cuja emissão garantiria a lisura do procedimento, retirou-se da peça a característica de simples opinião jurídica, para apor autorização que, se praticada com incúria, poderia provocar prejuízos de proporções consideráveis à Administração.

A partir de então, os pareceres administrativos receberam atenção especial, sofrendo reavaliação importante quanto a seus efeitos em procedimentos administrativos, bem como de sua repercussão na distribuição de responsabilidades.

Acrescente-se, ainda, que os atos de gestão estão invariavelmente submetidos à fiscalização de Tribunais, que observarão os

motivos e fundamentações utilizadas para impulsionar, por exemplo, uma contratação por emergência. A reunião desses dois fatores exige que o advogado parecerista emita um parecer visualizando, essencialmente, uma opinião objetiva quanto à interpretação do caso concreto, empregando redação balizada na melhor doutrina e jurisprudência disponíveis, de forma que se optar por seguir linha contrária à ótica pública ou ao entendimento reiterado dos Tribunais competentes, desenvolva raciocínio crítico bastante aprofundado. O jurista Carlos Pinto Coelho Motta (2008, *on-line*), sobre o assunto, afirmou que “o consultor tem um compromisso fundamental com a ordem jurídica, com a verdade científica e com a justiça”.

O que ocorre na prática administrativa, no entanto, é a recorrente inópia na apuração da responsabilidade do advogado parecerista nos casos em que as recomendações formuladas por ele constam-se prejudiciais à Administração Pública. No que concerne ao advogado, seria prudente apreciar a forma como o parecer foi elaborado e sob quais argumentos chegou-se à conclusão tão diversa daquela juridicamente mais acertada, levando ou não o administrador a decidir equivocadamente.

A polêmica que impede e exerce grande influência sobre a questão da impunidade dos pareceristas recai na chamada inviolabilidade de opinião gozada pelos advogados. Sob a escusa da liberdade de expressar e opinar, os pareceres administrativos são elaborados sem qualquer critério, passando despercebidos quanto à punibilidade.

Observe o que lecionaram Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2006, p. 419-420) sobre os limites da independência funcional do advogado:

[...] o indiscriminado reconhecimento de independência funcional ao parecerista terminaria por legitimar toda e qualquer ilegalidade que viesse a ser praticada com base em um parecer, ainda que dissonante da lei e da razão.

[...] estando o parecer em flagrante dissonância da lei e do atual estágio da técnica, inexistindo argumentos aptos a sustentá-lo ou sendo identificada total incompatibilidade entre os fundamentos e a conclusão exarada, a questão deixará de ser analisada sob a ótica da independência funcional, já que esta não guarda sinonímia com o arbítrio e a imoralidade. [...] Optando o administrador por recepcionar o que fora sugerido no parecer, sua responsabilidade haverá de ser perquirida juntamente com a do parecerista, já que ambos concorreram para o aperfeiçoamento da ilicitude.

É preciso atentar-se para o fato de que liberdade para opinar não significa descaso quanto à formalidade e ética necessárias para sua exteriorização. A um advogado consultor exige-se um mínimo de honradez e percepção para compreender que o parecer não será simples expressão de ideias, mas parâmetro do juridicamente correto e aplicável à situação concreta.

O Tribunal de Contas da União, baseando-se nos inúmeros casos em que julgou processos envolvendo pareceres omissos com a verdade dos fatos ou com os ditames da lei, brilhantemente esculpiu as seguintes considerações no Acórdão nº 190/2001:

O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais anti-

jurídica que fosse, situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos e poderia levar a um caos generalizado na administração.

[...] Do Procurador-Chefe e do Procurador-Geral espera-se maior maturidade profissional e melhor entendimento do direito, sobretudo com relação ao instrumental básico de suas atividades cotidianas. Se tivessem se manifestado diversamente dos procuradores vinculados, o dirigente da entidade teria melhores elementos para não incorrer nas irregularidades.

Ressalto que a inexistência de vinculação entre os pareceres da procuradoria e a ação do dirigente não pode servir de argumento, neste caso, para isentar a responsabilidade da procuradoria.

[...] Quando suas manifestações revestem-se de evidente ilegalidade – por exemplo, pronunciando-se favoravelmente quanto a procedimentos claramente antijurídicos, como no caso deste processo – é certo que agem em desacordo com suas funções, e, por isso, devem ser responsabilizados, proporcionalmente ao nível de responsabilidade que desempenharam no caso.

Não se pretende defender, de forma alguma, que a responsabilidade pela execução de ato irregular junto à Administração Pública, em casos de parecer débil ou disforme, incida em sua totalidade sobre o advogado. Tamanho disparate acabaria por imunizar qualquer atrocidade cometida pelo Administrador que solicitasse consulta jurídica.

Sustenta-se, em realidade, maior investigação nos casos em que o parecer, segundo alegado pelo gestor, serviu de fundamento para sua decisão mesmo quando facultativo. Para tanto, seria suficiente, a princípio, o requerimento de esclarecimentos de fatos também dos advogados pareceristas em processos onde se apura irregularidade de gestão.

A simples prestação de informações não fere qualquer direito de livre expressão, pelo contrário, oportuniza a melhor elucidação dos motivos impulsionadores da opinião proferida, seja ela aceitável ou não, desde que bem fundamentada.

Constata-se, desta forma, que o parecer facultativo, ainda que não vinculante da decisão do administrador, quando elaborado em desconformidade com o legalmente razoável, infundadamente contrário à solução mais adequada ou elaborado com dolo ou culpa, deve ser examinado com cautela, a fim de que a responsabilidade apurada nos Tribunais seja distribuída proporcionalmente entre aqueles que contribuíram para a irregularidade.

Com efeito, e baseado no artigo 37, §6º da Constituição Federal, seria oportuno concluir que nos casos da elaboração de pareceres facultativos, onde as conclusões jurídicas assentadas ferem dispositivos legais ou induzem o administrador a decidir equivocadamente, mediante dolo ou culpa do advogado parecerista, deve-se apurar a responsabilidade subjetiva deste agente público.

A responsabilidade subjetiva permitirá averiguar o dolo ou a culpa na construção do parecer jurídico, independente da discricionariedade do ordenador de despesa em decidir distintamente dos termos do parecer. Esta interpretação corrobora diretamente com a ideologia de uma prática administrativa responsável e fiscalizável em todos os seus setores, não subordinando o interesse público a supostos privilégios de qualquer função.

Uma vez reconhecida a possibilidade de penalizar o autor do parecer, poder-se-ia avaliar, inclusive, a conveniência de manter-se nos quadros públicos, profissional que, reiteradamente, fornece consulta despropositada, influenciando sempre negativamente o gestor. Assim como, dividindo-se a responsabilidade, estar-se-ia, efetivamente, aplicando a sanção na medida do equívoco cometido.

Diferentemente da interpretação utilizada para os casos de emissão de pareceres facultativos, a responsabilidade do advogado

nos pareceres obrigatórios e vinculantes recebeu, nos últimos julgados submetidos à análise perante o Supremo Tribunal Federal, maior aceitabilidade, criando importante precedente ideológico no trato com a nova matéria.

O Ministro Marco Aurélio, relator do Mandado de Segurança nº 24584, pontuou a matéria da seguinte forma:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade. (grifo nosso)

Neste mesmo julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa, ao pedir vistas para pronunciar-se adequadamente, aduziu as seguintes considerações:

A exigência legal de aprovação das minutas pela assessoria jurídica da Administração caracteriza, sem dúvida, a vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável. Note-se que a lei não se contenta em estabelecer a obrigatoriedade da mera existência de um pare-

cer jurídico de conteúdo opinativo ou informativo. Não. Ela condiciona a prática dos atos ao exame e à aprovação do órgão jurídico.

[...]

Ora, se se admite que em certas situações a regra da inviolabilidade dos advogados pode ser afastada quando eles, por culpa ou dolo, causarem danos a seus clientes privados e a terceiros, com muita razão essa regra há de ser eclipsada quando estiverem em jogo o mau uso dos recursos públicos, a contratação de obras e serviços ao arrepio das normas constitucionais e legais.

Em suma, se o advogado privado tem de prestar contas ao seu cliente, **mais forte e constritiva deve ser a obrigação do advogado público de responder perante a Administração, perante os órgãos de controle e perante a sociedade pelos atos que pratica, [..].** Por esta razão, pode ele vir a ser **corresponsabilizado** em caso de irregularidades na prática dos referidos atos. (grifo nosso)

Neste diapasão, Diógenes Gasparini (2009, p. 734) ensina:

O exame diz respeito ao mérito e à legalidade dessas minutas, respondendo solidariamente o assessor com o seu autor, caso sejam apurados vícios inconcebíveis após a conversão desses *documentos* em instrumento convocatório ou termo de contrato.

Na mesma esteira, Marçal Justen Filho (2005, p. 379) leciona:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emi-

tente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.(grifo nosso)

Em realidade, é possível perceber que o foco da discussão tem em seu âmago a priorização da legalidade e moralidade do procedimento, cercando todas as suas fases e obrigando a todos que participam e exerçam poder sobre a coisa pública, uma atuação com responsabilidade e à altura de sua função. O advogado que é forçado a elaborar parecer, e dessa forma decide juntamente com o administrador, deve responder solidariamente com ele quando haja fornecido elementos para as irregularidades.

Observe-se que os termos do parecer vinculante, por determinação legal, exercem sobre a decisão terminativa do administrador força semelhante à de lei, não deixando margem de discricionariedade como o parecer facultativo possibilita.

Sendo assim, quando a atuação do parecerista estiver fixada por lei como obrigatória e vinculante, exercendo total poder sobre a atividade administrativa subsequente, seria possível afirmar que os eventuais danos decorrentes e causados pelas conclusões do parecer darão ensejo à responsabilidade de natureza objetiva do advogado.

A teoria da responsabilidade objetiva permitiria imputar a responsabilidade por atos comissivos independente da prova de dolo ou culpa, desde que comprovados o nexo causal entre a ação investigada e o resultado, sob qualquer aspecto, prejudicial.

Constatando-se que, invariavelmente, os autores de pareceres vinculantes compartilham da função de administradores, a responsabilidade pelas irregularidades do parecer deve ser apurada pela mo-

dalidade objetiva, seguindo a linha de orientações principialistas de toda a Administração Pública.

Em suma, observa-se que é perfeitamente cabível exigir-se de um agente público prestador de serviço jurídico para a Administração um desempenho funcional cauteloso e de qualidade, o qual deverá refletir em um parecer de termos objetivos, respaldado no idealismo público inerente de todo cargo exercido para a sociedade em geral.

É preciso admitir que, a depender da natureza assumida pelo parecer, ele fornecerá todos os subsídios de convicção do administrador e, quando não, será determinante no ato de gestão posterior, devendo, em qualquer das duas hipóteses, receber a devida punição se porventura causar prejuízo à Administração.

Não se quer, com isto, isentar o verdadeiro ordenador de despesas da responsabilidade pelos atos praticados no exercício de sua função. Isso representaria a impunidade daquele que, assumindo a administração da coisa pública, justificaria qualquer atrocidade cometida nos pareceres administrativos. Sustenta-se, assim, que a inviolabilidade do advogado deve curvar-se ao interesse maior resguardado à probidade da Administração.

Pretende-se, sim, a divisão de responsabilidades por atos irregularmente cometidos na proporção em que se deu causa a eles. A parcela de contribuição para a ilegalidade deve ser punida e responsabilizada, independentemente do cargo ou função ocupada, em respeito a todos os princípios norteadores do direito administrativo, bem como em respeito à sociedade, que, direta ou indiretamente afetada, deseja um serviço público de excelência.

Referências bibliográficas

LIVROS:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ Sergio; DALLARI Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: dialética, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 11.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Documentos jurídicos

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>> Acesso em 04 maio 2009.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>> Acesso em 04 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24584 / DF – Distrito Federal, Mandado de Segurança. Relator (a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Diário da Justiça. Data da Pub.: 20 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24631 / DF - Distrito Federal, Mandado de Segurança Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 09/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação Diário da Justiça. Data da Pub. 31 out. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 190/2001. Proc. nº 009.580/1999-9. Rel. Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 08/08/2001 – Plenário.

Periódicos:

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Cautelas para formalização de parecer jurídico*. Zênite. 2008. Disponível em< <http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=71&IntItemId=44&IntDocId=35312>>. Acesso em 12 set. 2008.