

Responsabilidade do advogado público no exercício da função consultiva

OTÁVIO BALESTRA NETO

A Constituição Federal incumbe à Advocacia Pública duas funções precípua: a representação judicial e a consultoria jurídica dos entes federados. Na esfera federal, esta tarefa cabe à Advocacia-Geral da União (art. 131, CF); nos Estados e Distrito Federal, a incumbência é de responsabilidade das respectivas Procuradorias (art. 132, CF).

Destaca-se que o advogado público, quando se manifesta em um processo judicial, tem atuação necessariamente parcial, buscando o convencimento do magistrado sobre o acerto da tese defendida pela Administração. Por outro lado, na função consultiva, o advogado público deve ser imparcial, porque defende apenas a correta aplicação da lei.

Via de regra, diz-se que o parecer jurídico não vincula o administrador público, porque tratar-se-ia de mera opinião que poderia ou não ser adotada. Neste ponto, aliás, já se manifestou o STF: “..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”¹¹.

Recentemente, outro julgado do STF¹² trouxe à tona a discussão acerca da responsabilidade do advogado público ao emitir o seu parecer. No precedente, os pareceres jurídicos foram classificados conforme sua obrigatoriedade em relação à sua observância pelo administrador e pela sua necessidade de constar no procedimento administrativo:

*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. (grifo nosso).*

O entendimento do STF distingue três espécies de parecer. O **parecer facultativo** abrange a imensa maioria dos casos da rotina administrativa. Regra geral, o administrador não está obrigado a pedir a opinião da sua consultoria jurídica. E se o fizer, não está vinculado a ela para decidir. Nestes casos, é certo que o procurador não divide qualquer responsabilidade com o administrador, ainda que sua opinião tenha sido acatada e causado danos ao erário. Prevalece aqui o dogma de que o ato administrativo não é o parecer, mas sim a sua aprovação¹³.

O **parecer obrigatório**, por sua vez, é aquele que a lei exige no procedimento administrativo. As minutas de editais de licitação, por exemplo, devem ser previamente “*examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”^[4]. É um exemplo típico de parecer obrigatório. Aqui, a posição do STF é clara no sentido que o administrador tem liberdade para emitir o ato ainda que com parecer contrário da sua consultoria jurídica. Não poderá, porém, modificar o ato na forma em que foi submetido à análise jurídica, exceto se pedir novo parecer. Destarte, é razoável sustentar que o parecerista não divide a responsabilidade do ato com o administrador.

Considerando que grande parte dos pareceres obrigatórios são emitidos por força da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), é preciso ressaltar que a imunidade do procurador no opinativo que examina os documentos ali apontados não é absoluta. Nas hipóteses de culpa grave ou dolo do advogado público^[5], e havendo nexos causal entre o parecer e o dano ao erário, é possível responsabilizá-lo, sem prejuízo das sanções penais cabíveis^[6].

Finalmente, destaca-se o **parecer vinculante**. Nesta situação, o parecerista assume feições de administrador público, uma vez que sua opinião deve ser necessariamente seguida pelo administrador de fato. Entretanto, abalizada doutrina assevera não haver, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer hipótese de parecer vinculante^[7]. Ao menos em tese, não se olvida que, em parecer vinculante, o advogado público será responsabilizado se o seu parecer, adotado obrigatoriamente pelo administrador, causar danos ao erário.

É certo que o Direito não é uma ciência exata e quase todos os assuntos jurídicos podem ser analisados sob variadas óticas. As leis são interpretadas de maneira variada pela doutrina e é comum haver divergência jurisprudencial mesmo em casos semelhantes. Se o parecer está devidamente fundamentado e se defende tese jurídica aceitável, com amparo em lição doutrinária ou jurisprudencial, não deve haver responsabilidade do advogado público.

(Baseado no artigo “O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente” de GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO de AMORIM, Advogado da União, publicado em *Leituras Complementares de Direito Administrativo*, Ed. JusPodvim, 2008, p.239-268).

[1] MS 24.073/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/10/2003

[2] MS 24.631/DF – Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 31/01/2008

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 26º ed., 2003. São Paulo: Malheiros, p. 183.

[4] Art. 38, par. único, da Lei nº 8.666/93.

[5] Segundo o art. 32, *caput*, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

[6] Veja que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 91, revela ser crime “*patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração dando causa à*

instauração de licitação ou a celebração de contrato, cuja invalidade vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”.

[7] Segundo MARIA SYLVIA DI PIETRO, “...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”. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, p. 6. jan. 2008