

ano 14 - n. 57 | julho/setembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-262 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva

Juliano Heinen

Mestre em Direito (Unisc). Professor na Universidade de Caxias do Sul (extensão), Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (pós-graduação), na Faculdade IDC (extensão e pós-graduação), na Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe), na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (Fesdep), na Escola Superior da Advocacia Pública (ESAPERGS), no Curso Verbo Jurídico. Atualmente, desempenha a função de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: No Brasil, segundo os dispositivos constitucionais pertinentes, compete privativamente à advocacia pública federal e estadual o exercício das funções de consultoria jurídica. A partir deste contorno jurídico, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que, em determinado tipo de parecer, os advogados públicos poderiam ser responsabilizados por suas opiniões. Então, tomando como ponto de partida estas fontes científicas, demonstrar-se-á, por meio de dois métodos, que esse entendimento não é acertado. Para tanto, tomar-se-á, por paradigma, como modelo de solução, o método de abordagem dedutivo, razão pela qual serão enfrentadas, num primeiro momento, as questões teóricas fundamentais e de base ao objeto da pesquisa. Após, utilizando os métodos de procedimentos a partir do direito comparado e nacional, pretendemos compor um entendimento diverso daquele exposto nos julgamentos do STF sobre o tema.

Palavras-chave: Pareceres. Parecerista. Irresponsabilidade.

Sumário: Introdução – 1 Pareceres – 2 Responsabilidade dos pareceristas – Exposição do entendimento do Supremo Tribunal Federal – 3 Dos erros de premissa – Equívoco dos julgamentos que imputam a responsabilidade do parecerista por ato praticado pelo gestor público – Conclusões finais – Referências

Introdução

Quando Ulisses não sabia o que fazer para que pudesse agradar os deuses, a fim de que mandassem vento para navegar até Troia e iniciar a grande guerra, consultou o oráculo. E esta, quiçá, seja uma das mais antigas e mais emblemáticas retratações de um ato de “consultoria”¹

Administrar pressupõe algo ou alguém a ser gerido, encontrando, na sua essência, a tomada de decisões para se perseguir o desenvolvimento deste algo ou deste alguém. A escolha da alternativa correta, ou seja, a mais acertada decisão a ser

¹ E a história conhecemos: o oráculo responde à “consulta”, dizendo que Ulisses deveria sacrificar sua própria filha. Com um detalhe: seria ele quem deveria segurar o punhal... E o personagem assim o faz.

tomada pelo gestor encontra justificativa em intuições, em informações, em dados técnicos, na realidade que se põe à sua frente etc.

E a administração da coisa pública compreende decisões arraigadas em elementos que não permeiam somente a intuição do gestor. Aliás, nem poderia, dado que a gestão dos aparelhos de Estado deve estar atrelada aos dispositivos constitucionais e legais, aos princípios administrativos, à busca pelo interesse público etc., sendo que o espectro subjetivo do agente é o que menos conta.

Para o fim de se conseguir decisões que justamente mantenham intacta a finalidade pública, o administrador, não raras vezes, colhe opiniões de especialistas, formulando consultas que subsidiam sua atuação. É bom que se diga que esta atividade aconselhadora não é nova. Ao contrário. O que pensar dos Oráculos da Idade Antiga, dos Conselheiros do Rei da Idade Média, dos Conselhos de Ministros da Idade Moderna e das Consultorias da Idade Contemporânea? Todos estes sujeitos ou entidades tinham uma finalidade muito específica: fornecer ao governante elementos que pudessem ajudá-lo a tomar uma decisão mais sábia, mais justa ou, quiçá, simplesmente melhor.²

Modernamente, os órgãos de consultoria foram institucionalizados, dada a alta importância que tomaram no cenário político-jurídico.³ Dois deles se destacam: os órgãos de consultoria política e os órgãos de consultoria técnica. Dentro desta última subdivisão, destacam-se os órgãos de consultoria jurídica.

No momento em que o cenário jurídico-administrativo vivencia a correta institucionalização destas instituições, inclusive com constitucionalização das “atividades de consultoria” (arts. 131, “caput”, e art. 132, “caput”, ambos inseridos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), passou-se a tentar compreender os contornos jurídicos e a natureza dos atos produzidos. Pode-se dizer que este caminho ainda está a ser percorrido, tanto nacionalmente, como nos outros países.

No Brasil, segundo o dispositivo constitucional citado, compete privativamente à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias-Gerais dos Estados o exercício das funções de consultoria jurídica. Com base nessas regras, sem sombra de dúvidas, foi impactante a produção de quatro fontes jurídicas, as quais deram lastro aos contornos e limites dos pareceres exarados pela Advocacia Pública, especialmente no que se refere à responsabilização do parecerista, a saber: art. 42 da Lei nº 9.784/99,⁴ e STF, MS nº 24.073-DF, MS nº 24.584-DF e STF, MS nº 24.631-DF.

² Muito embora este “melhor” possa deter um grau de subjetividade perverso e demagógico.

³ Em França, a expansão dos órgãos consultivos é um fenômeno atual e preocupante, conforme nos noticia Yves Gaudemet (*Traité de droit administratif*. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 71).

⁴ Lei nº 9.784/99: “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

Então, tomando como ponto de partida essas fontes cognitivas, passaremos a compor um cenário crítico, especialmente no que se refere às fontes dogmáticas que levaram ao atual entendimento da Suprema Corte Nacional acerca dos efeitos jurídicos dos pareceres, ou seja, até que ponto o consultor jurídico pode ser responsabilizado no que se refere aos entendimentos exarados em opiniões jurídicas. Para tanto, tomar-se-á, por paradigma, como modelo de solução,⁵ o método de abordagem dedutivo, que busca focar o seu objeto do geral para o particular, razão pela qual serão enfrentadas, num primeiro momento, as questões teóricas fundamentais e de base ao objeto da pesquisa. Após, utilizando os métodos de procedimentos a partir do direito comparado e nacional, pretendemos compor um entendimento diverso daquele exposto nos julgamentos do STF sobre o tema.

1 Pareceres

1.1 Conceito

Um dos tipos de atos que podem ser visualizados no limiar da Administração Pública é o parecer. Este documento compreende uma opinião enunciada por uma determinada autoridade sobre certo assunto de seu conhecimento, auxiliando o gestor público na tomada de decisão. É o ato pelo qual um técnico manifesta uma opinião que auxilia o gestor em uma escolha a ser feita. São emitidos pelos órgãos consultivos que fazem parte da estrutura interna da Administração, sendo que o especialista diz ao administrador público “o que lhe parece”, daí a nomenclatura: “parecer”.

Em várias hipóteses, inclusive com previsão expressa em lei, há necessidade de se colher a opinião de certos segmentos, expertos, órgãos ou agentes que detêm informações privilegiadas sobre determinada área do conhecimento científico. Esses especialistas fornecerão importantes dados ao gestor público para a tomada de decisão, orientando a melhor escolha a ser feita. Assim, podem ser considerados como sendo estudos fundamentados, os quais geram conclusões sobre questões científicas, técnicas ou jurídicas, emitidas por determinação legal ou por provocação de determinada autoridade.⁶

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”.

⁵ O termo “paradigma” empregado neste trabalho merece uma coerência conceitual. Assim, toma-se por base a obra de Thomas Kuhn, no sentido de definir que paradigma: “[...] é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 219).

⁶ AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. Código do procedimento administrativo comentado. Coimbra: Almedina, 2006, p. 441-442.

Em resumo: os pareceres enunciam manifestações de órgãos técnicos sobre questionamentos feitos. Então, emitem uma opinião, um conselho, uma diretriz para assuntos submetidos à consideração do parecerista.

Os pareceres — que os franceses chamam de avis — indicam, a uma autoridade, uma conduta a tomar em certa ocasião, ou como exercer certa competência. A ausência de caráter obrigatório sempre foi uma marca deste tipo de ato, em todas as suas medidas, excluindo, pois, qualquer caráter normativo.⁷ Enfim, tinham natureza não cogente. Essa compreensão, contudo, foi alterada, conforme será exposto. Pode-se adiantar, no entanto, que, em regra, o parecer tem natureza meramente opinativa, apesar de a jurisprudência considerar que ele pode ser agregado a outro ato administrativo, ganhando vinculatividade, quando assim determinado por ato subsequente ou pela lei.

Quando o administrador público pede uma opinião à sua equipe de engenheiros para saber se determinado local é propício para a construção de uma barragem, está a solicitar um parecer, enfim, “o que parece” àqueles técnicos que dominam determinada área do conhecimento. Ou quando uma junta médica dá uma parecer, a fim de avaliar se um determinado servidor tem condições de retornar ao desempenho normal das suas funções, expede verdadeiro ato enunciativo. E o que é muito comum: produz-se um parecer, quando a assessoria jurídica de determinado órgão se manifesta sobre uma dúvida relativa à interpretação de dada regra.

Especialmente com base no direito português, pode-se estabelecer a diferença entre os pareceres e as informações — muito embora, mesmo no país lusitano, essa diferença não seja muito nítida.⁸ Normalmente os primeiros atos advêm de instâncias consultivas e/ou especializadas, enquanto as informações consistem em dados elaborados por qualquer agente que intervenha no procedimento. As informações, ao seu turno, têm o intuito de permitir uma observação corrente sobre dados de fato e de direito, para uma leitura concentrada no limiar de um procedimento administrativo.

Não se perca de vista a diferença por muitos pensada no sentido de que os pareceres teriam um caráter mais generalista, ou seja, permitindo uma orientação de caráter geral e com pouca (ou nenhuma) ligação ao caso concreto, e as informações teriam foco específico, ou seja, estariam voltadas ao caso concreto. Nada mais equivocado. Os pareceres podem ter um caráter mais generalista, mas não é uma constante. Podem bem apresentar opiniões sobre situações específicas postas em causa, sendo esta diferença apontada muito mais fabricada do que pragmática.

Os pareceres, da sua maneira, intentam franquear uma análise especializada sobre determinado tema, aprofundando questões específicas do procedimento,

⁷ FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2010, p. 283.

⁸ Nem mesmo em França (GONDOUIN, Geneviève; INSEGRUET-BRISSET, Véronique; VAN LANG, Agathe. *Dictionnaire de droit administratif*. Paris: Sirey, 2012, p. 49).

fornecendo, em regra, alternativas ao administrador público.⁹ Na prática, a diferença perde espaço, porque as informações acabam trazendo, em seu bojo, propostas de decisão e conclusões de cunho valorativo.

1.2 O parecer seria verdadeiro ato administrativo?

Diverge a doutrina se um parecer consistiria em um verdadeiro ato administrativo, sendo que a resposta a este questionamento traz efeitos muito importantes nas conclusões deste trabalho. Para aqueles que negam esta natureza,¹⁰ o parecer conservaria uma natureza de mera opinião, tendo um caráter eminentemente enunciativo, sem que possa deter os elementos constitutivos do conceito de ato administrativo. Nesse caso, o parecer não poderia ser considerado nem mesmo uma manifestação de vontade estatal, quiçá um ato administrativo. Pensa-se dessa forma justamente porque o parecer não possui carga decisória. Como dito, é mera opinião.¹¹

De outra parte, há doutrina que aloca os pareceres na tipologia dos atos administrativos, sendo praticados pela administração consultiva, visando, pois, a informar, a elucidar ou a sugerir providência ao gestor estatal, estabelecendo parâmetros à Administração Pública ativa.¹²

A dicotomia no enfrentamento da resposta possui o mesmo nível de dificuldade de se definir, dogmaticamente, o que seja ato administrativo. Aliás, como premissa lógica, dever-se-ia definir, por primeiro, o que é ato administrativo, para só então saber se o parecer se encontra albergado pelo âmbito cognitivo daquele instituto.

Nesse contexto, as discussões a respeito de quais elementos dogmáticos compõem o ato administrativo fogem completamente dos limites teóricos desta exposição. E mais, demandaria, sem sombra de dúvidas, uma exposição própria e alargada. Desse modo, para respeitar as balizas teóricas deste trabalho, adota-se o conceito a seguir exposto.

André de Laubadère dedicou-se com afinco a demonstrar a noção deste instituto jurídico. De início, afirma que os atos administrativos receberam inúmeros significados, sem que, para tanto, respondessem a perguntas importantes, tais como: todos

⁹ AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. Op. Cit., p. 443.

¹⁰ Como expoente, podemos citar a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem os pareceres são “[...] manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. 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, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou ampliativa”. Enfim: “[...] é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência” (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 185).

¹¹ AMORIM, Gustavo Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: MARINELA, Fernanda e BOLZAN, Fabrício (Org.). Leituras Complementares. Direito administrativo. Licitações e contratos. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 274.

¹² Essas premissas são destacadas por Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 377).

os atos praticados pela Administração Pública devem ser considerados atos administrativos? Compreendem no seu conceito somente os atos unilaterais? Da mesma forma, a denominação abarca os atos regulamentares?¹³ Afirma o autor — com o que se concorda — que as principais razões e divergências de opinião sobre o tema ocorrem porque esta definição de ato administrativo pode ser feita a partir de pontos de vista diferentes, obrigando que convivamos com inúmeras designações significativas, cada qual dotada de um interesse próprio.

O doutrinador, assim, trata de três noções essenciais, todas elas partindo de um ponto de vista diferente:

- a) a noção formal ou orgânica do ato administrativo:¹⁴ aqui, considerar-se-ia que o ato administrativo seria todo aquele que é praticado pelos organismos estatais. Traça, portanto, uma ligação entre as pessoas jurídicas de direito público e os atos dela advindos que, neste caso, configurar-se-iam atos administrativos;¹⁵
- b) a noção material do ato administrativo:¹⁶ a partir deste paradigma, dever-se-ia definir o ato administrativo a partir do seu objeto ou da sua natureza interna. Estes atos se limitam a medidas individuais;
- c) a noção funcional do ato administrativo:¹⁷ esta definição toma em consideração qual é o direito incidente. O ato administrativo aparece, sob este ponto de vista, como aquele produto que deriva do direito administrativo, em oposição aos atos praticados pela Administração Pública que derivam do direito privado. Esta noção é frequentemente levada em conta pela jurisprudência francesa.

Essas premissas apontadas por Laubadère tinham muito mais a função de deixar claro o que poderia e o que não se poderia considerar como sendo um ato administrativo, e essa é uma conquista importante em termos científicos, mas não nos fornece respaldo à pesquisa científica ora desenvolvida, justamente porque se presta muito mais a classificar os atos do que evidenciar seus elementos nucleares.

Assim, a noção de ato administrativo que ora utilizaremos tomará por base a doutrina de Frier e Petit. Ambos os doutrinadores consideram, com base no direito administrativo francês, que o conceito deve ter três características básicas:

¹³ *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1973, p. 218.

¹⁴ Tratada no Primeiro Capítulo da obra (Op. Cit., p. 219-225).

¹⁵ Aqui, p.ex., tem importância saber a diferença entre organismos de direito público e de direito privado, ambos integrantes da Administração Pública (Op. Cit., p. 224). Contudo, para os critérios a seguir expostos, esta diferença não tem razão de ser, porque é plenamente identificável a produção de atos normativos pelas pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, bastando, para tanto, a coligação de certos requisitos.

¹⁶ Abordado no Segundo Capítulo da obra (Op. Cit., p. 226-231).

¹⁷ Exposto no Terceiro Capítulo da obra (Op. Cit., p. 232-233).

- a) ser reputado jurídico, tendo uma base prescritiva (consequência jurídica);
- b) desempenhar uma função administrativa; e
- c) assumir as prerrogativas advindas dos poderes públicos que são dispensáveis à administração para realizar sua missão.¹⁸

Contudo, os próprios autores admitem que estas três características, por vezes, não são encontradas em todos os atos, o que retira a pecha de serem reputados “administrativos”. Ora, se assim o é, os critérios ao menos servem para uma potencial distinção dos atos administrativos para com os demais atos jurídicos, muito embora saibamos, desde já, não ser ela universal, dadas as inúmeras nuances advindas dessa perspectiva.

Por exemplo, pelo menos três tipos de atos administrativos não possuem caráter prescritivo, ou seja, não geram uma consequência (um *posterius* ou um *haftung*). Em melhores termos, não geram pretensões, seja ao ente estatal, seja ao particular.

- a) São os atos administrativos preparatórios (*actes préparatoires*). Estes atos apenas anunciam outro ato futuro que será exarado. Este último, por sua vez, irá lembrar um padrão já definido pelo ato anterior. Contudo, a manifestação de vontade do ato administrativo estará completa neste último, e não no ato preparatório;¹⁹
- b) Da mesma forma, as decisões confirmatórias (*décisions confirmatives*) não são atos administrativos, tendo em vista que nada adicionam. Todos os elementos do seu suporte fático refletem os elementos de outro ato, ou melhor, de outra decisão;²⁰
- c) Os atos administrativos explicativos em verdade apenas enunciam um conteúdo, ou seja, não possuem em seu suporte fático (*fattispecie*) o caráter prescritivo.

Próximos aos atos que se situam em uma relação temporária com a decisão inicial, existem diversos meios para os quais a Administração exprime uma opinião, na qual se indica uma conduta a manter, sem qualquer poder jurídico. Em melhores termos, existem certos atos que emitem opiniões, desejos, conselhos, interpretações, ou seja, apenas lembram regras, não acrescentando, de fato, uma condição nova. Em resumo, os efeitos gerados do mundo deontológico ao mundo ontológico não derivam do ato opinativo, mas do ato administrativo posteriormente praticado. Eis o ponto central a ser considerado.

Perceba que o ato administrativo reclama, como elemento nuclear, uma eficácia deontológica (gerar efeitos aos administrados, p.ex.). Logo, de acordo com esta linha de raciocínio, o parecer não seria verdadeiro ato administrativo, por não ter

¹⁸ FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2010, p. 281.

¹⁹ FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Op. Cit.*, p. 282.

²⁰ *Op. Cit.*, p. 282-283.

prescritividade, bem como por não deter, em seu bojo, uma decisão administrativa — no sentido técnico do termo. Sendo assim, pelos critérios da doutrina escolhida, o parecer não é verdadeiro ato administrativo, por não gerar efeitos no mundo ontológico.²¹ Destoa desse panorama o parecer vinculante, que merece uma análise mais aprofundada, a ser feita na sequência da exposição.²²

Deixamos de lado os conceitos abordados por outros doutrinadores que, inclusive, fazem parte das referências bibliográficas aqui catalogadas, e que servem de fonte científica às conclusões expostas ao final. Vamos a um exemplo. Maurice Hauriou,²³ ao conceituar o ato administrativo, parte de uma comparação com o direito privado, estimando que a Administração Pública seria beneficiada por prerrogativas não existentes no campo não estatal. Seriam estes os privilégios principais: a) a prerrogativa de criar ela mesma seus direitos, ou seja, de gerar ônus de forma unilateral; ao mesmo tempo, b) pode, por seus meios, executar esses ônus ou obrigações, afirmando publicamente a satisfação que entende pretender, sem que necessite do Poder Judiciário para tal mister.

Esse posicionamento é criticado justamente porque não expõe uma distinção exata entre o ato administrativo e os demais institutos. Afinal, existem atos de direito privado com as mesmas prerrogativas — menos comuns, é certo (ex. há atos de direito civil que são autoexecutáveis).²⁴ Contudo, mesmo o autor acaba por trazer uma conclusão importante: considera que o ato administrativo também tenha de deter, em seu suporte fático, uma decisão. Seria verdadeiro elemento nuclear do instituto. Releva notar que este elemento não se evidencia no limiar do *tatbestand* do parecer, o que lhe retiraria a noção de ser verdadeiro ato administrativo.

1.3 Espécies de pareceres

Os pareceres podem ser classificados de acordo com a sua obrigatoriedade ou de acordo com a sua vinculatividade, facultando serem combinados estes dois critérios. Essas variações tipológicas importam diversos reflexos no mundo jurídico, e tomam por base a doutrina de René Chapus.²⁵

Por exemplo, no processo administrativo federal, as diferenças entre uma ou outra espécie de parecer podem ser visualizadas com mais clareza, uma vez que o

²¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., t. 3, 2004, p. II-2.

²² Não desconhecemos que outro flanco da doutrina considera o ato administrativo opinativo verdadeiro ato administrativo. Tudo depende de quais elementos dogmáticos são considerados no bojo do suporte fático daquele instituto. Devemos lembrar, por oportuno, que os atos administrativos não deixam de ser instrumentos públicos, e neste ponto é que a doutrina aproxima este instituto da noção de pareceres, sem, contudo, investigar, com mais minúcia, o cerne do que compõe cada qual.

²³ *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1921, p. 353 e ss., passim.

²⁴ FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Op. Cit.*, p. 281.

²⁵ *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, t. 1, 2001, p. 444 e ss.

art. 42 da Lei nº 9.784/99 determina o prosseguimento ou não do procedimento administrativo dependendo do tipo de parecer a ser produzido.²⁶ Sendo assim, no caso, a vinculatividade deste documento comparece como uma diferença que gera efeitos no processo administrativo.²⁷

O Código do Procedimento Administrativo português,²⁸ no art. 98º, adota a mesma distinção feita pelo autor francês,²⁹ conferindo parâmetros por deveras interessantes no que se refere aos efeitos jurídicos derivados de cada qual.³⁰ Define que os pareceres são obrigatórios ou não obrigatórios, bem como se são ou não exigidos por lei, se são vinculativos, se suas conclusões obrigam ou não os administradores etc. Além disso, a segunda parte do dispositivo traz uma presunção: os pareceres referidos em lei consideram-se obrigatórios e não vinculantes, salvo, claro, disposição em sentido contrário.

1.3.1 Parecer facultativo

Um parecer pode ser facultativo quando ele é solicitado espontaneamente por um agente estatal que deve exarar uma decisão administrativa, ou seja, advém da necessidade do gestor público em coletar dados e informações técnicas para a tomada de decisão. Caso o parecer não fosse produzido, o ato administrativo a ser praticado não poderá ser declarado nulo por conta desta omissão. Trata-se de uma opção do administrador público em determinar a confecção de opinião técnica.

²⁶ Logo, o dispositivo regula a matéria da seguinte maneira: “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”. E os parágrafos que seguem complementam o disposto: “§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”. E ainda: “§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”.

O dispositivo em questão assemelha-se muito com o art. 99º, nº 1, 2 e 3, do Código de Procedimento Administrativo português: “Forma e prazo dos pareceres: 1. Os pareceres devem ser sempre fundamentados e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta. 2. Na falta de disposição especial, os pareceres serão emitidos no prazo de 30 dias, excepto quando o órgão competente para a instrução fixar, fundamentadamente, prazo diferente. 3. Quando um parecer obrigatório e não vinculativo não for emitido dentro dos prazos previstos no número anterior, pode o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem o parecer, salvo disposição legal expressa em contrário”.

²⁷ Importante mencionar que a Lei do Processo Administrativo federal determina que um parecer seja exarado em quinze dias, sendo a contagem deste prazo feita a partir das regras dos arts. 66 e 67 da mesma regra.

²⁸ Texto aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de novembro, modificado pela Rectificação nº 22-A/92, de 29 de fevereiro, e de acordo com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de janeiro e pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro do mesmo ano.

²⁹ CHAPUS, René. Op. Cit.

³⁰ Artigo 98.º Espécies de pareceres: 1. Os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não exigidos por lei; e são vinculativos ou não vinculativos, conforme as respectivas conclusões tenham ou não de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão.

2. Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres referidos na lei consideram-se obrigatórios e não vinculativos.

Caso um parecer tenha sido pedido, mas não tenha sido exarado, tal lacuna não acarretará nulidade no procedimento. Assim, o órgão gestor decidirá ao seu talante.

Pode-se dizer, então, que os pareceres, em regra, são facultativos, ou seja, não obrigam o administrador público a seguir o seu conteúdo. Nesse sentido, como dito anteriormente, o parecer facultativo não é um ato administrativo propriamente dito, porque fica nos limites de uma mera opinião. O que pode ser concebido como tal é o ato que é praticado a partir do parecer. Então, aquilo que deve ser considerado como ato administrativo é a atividade de homologação ou não do documento, e não este.

1.3.2 Parecer obrigatório ou necessário

Em certas oportunidades, o parecer será obrigatório, ou seja, o Administrador Público não poderá expedir o ato administrativo sem a possibilidade de se valer de uma opinião técnica. Nesse caso, a omissão em colher o dito juízo de valor de órgão consultivo provoca a nulidade do procedimento e, por consequência, a invalidação do ato. Quando obrigatórios, então, os pareceres passam a ser uma formalidade do procedimento administrativo que deve ser cumprida, sob pena de nulidade.³¹

Mas é importante destacar que o gestor público, ainda nessa hipótese, não está atrelado à opinião do parecerista. Ele pode decidir até mesmo contrariamente àquilo que dispõe o ato opinativo.³²

Em Portugal, o administrador público não está vinculado ao conteúdo do parecer obrigatório. Caso não concorde com as conclusões expostas, deverá justificar (ele mesmo) o porquê se afastou da opinião do parecer — art. 124º, nº 1, alínea “c”, do Código de Processo Administrativo.

Portanto, o parecer necessário, embora mantenha caráter não vinculante, deve, obrigatoriamente, ser exarado, por expressa disposição legal. A regra obriga que exista o pronunciamento do órgão responsável por emití-lo, sob pena de nulidade do processo.

1.3.3 Pareceres vinculantes

De outro lado, podem ser expedidos pareceres com caráter vinculativo, fazendo com que o administrador público fique concatenado para com o conteúdo do parecer. Assim, a opinião não pode ser vista como mero conselho, mas sim, como um elemento, como parte do ato administrativo a ser praticado. No caso em apreço, não se pode pensar no fato de o gestor público se desgarrar das conclusões do parecer.³³

³¹ AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. Op. Cit., p. 444.

³² STF, MS nº 24.631-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 09.08.2007.

³³ AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. Op. Cit., p. 444.

Por conta dessa característica, há aqueles que consideram que o ato administrativo em pauta não seria um verdadeiro “parecer”, mas um ato administrativo decisório ou, em outros casos, como sendo um ato administrativo normativo — conferir o próximo item. Um dos principais fundamentos para acolher esta tese concentra-se no fato de que o parecer seria um elemento que se agregaria à decisão administrativa, formando um verdadeiro ato administrativo complexo.

A questão deve ser percebida em termos. No caso de o parecer vincular de per se, ou seja, após sua publicação, sem que outro ato administrativo lhe transfira o dito efeito, a tese pode até ser aceita — muito embora não se concorde com ela. Neste caso, não se estaria frente a um ato enunciativo, ou seja, diante de uma mera opinião.

No caso de o parecer conservar o caráter opinativo, e outro ato lhe conferir natureza vinculante, somente este terá a especificidade prescritiva, jamais o parecer. Este, como dito, manterá o escopo enunciativo, até porque a autoridade pública pode ou não dar o condão vinculante ao parecer, ou seja, o gestor possui verdadeira margem de opção nesse aspecto.³⁴ Daí, neste último caso, não se pode pensar na responsabilidade do parecerista.

1.3.4 Pareceres normativos

O que aqui no Brasil demos o nome de “pareceres normativos”³⁵ (ou que contenham esta característica), na França denominou-se de “instruções imperativas” (*instructions impératives*), determinando condutas administrativas a serem tomadas.³⁶ O parecer normativo é aquele que, por ato de autoridade competente, ganha caráter prescritivo, enfim, a opinião passa a ser vinculante no interior do ente público pertinente. E esta vinculação não se estende somente para uma determinada relação jurídica, mas para todas as outras que encontrem guarita — adaptem-se — ao conteúdo do parecer.

Eis a principal diferença entre o parecer vinculativo e o normativo. Neste último, todos os órgãos de hierarquia inferior à autoridade que aprovou e deu caráter

³⁴ “O que pode ocorrer é a existência de despacho normativo da autoridade superior fixando um determinado entendimento oficial para um assunto específico, vinculando o comportamento administrativo nos casos supervenientes; não é o parecer que é vinculante, mas o despacho (decisão) que o tornou de observância obrigatória. Quando houver despacho normativo sobre determinado assunto o ‘parecer’ dado em caso superveniente deve apenas mencionar tal situação ou, ao contrário, destacar particularidades que justifiquem para aquele específico e determinado caso (que é diferente da situação-tipo que ensejou a edição do despacho normativo) solução diversa” (DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 140-141).

³⁵ Alguns doutrinadores não diferenciam os pareceres vinculativos dos normativos, tomando-os por sinônimos. É o caso de Hely Lopes Meirelles (Op. Cit., p. 185).

³⁶ Esta é a nomenclatura utilizada, por exemplo, pelo Conselho de Estado francês (FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. Op. Cit., p. 283).

normativo ao parecer devem seguir o que informa a opinião enunciada, o que não necessariamente se verifica no primeiro instituto.

2 Responsabilidade dos pareceristas – Exposição do entendimento do Supremo Tribunal Federal

A partir dessa classificação e dos pertinentes efeitos que cada tipo de parecer possui, passou-se a discutir em que medida o parecerista é responsável, inclusive de forma solidária, com o gestor que pratica um ato administrativo que na opinião se baseia, ou seja, juntamente com o agente que segue, enfim, que acolhe o parecer. Resumindo: de que maneira e em que medida o parecerista poderia ser responsabilizado por eventual dano causado ao erário a partir da opinião exarada, ainda mais se em caráter solidário, ao lado da autoridade administrativa decisória? O Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria por algumas oportunidades, notadamente no que se refere aos pareceres ofertados por assessorias jurídicas.

Normalmente, a matéria vem dividida na análise de três importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal: o MS nº 24.073-DF, o MS nº 24.584-DF e o MS nº 24.631-DF. Em apertada síntese, no primeiro caso, o Tribunal de Contas da União (TCU) pretendia a responsabilidade solidária de um advogado da Petrobras S/A, juntamente com o administrador público que praticou o ato administrativo com base na nota técnica. Neste processo judicial, discutia-se se o advogado público que emitiu um parecer poderia ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas da União, por conta da opinião manifestada. A corte suprema, ao decidir o MS nº 24.073-3/DF, entendeu que o parecer não é ato administrativo, mas sim uma mera opinião — corroborando a tese exposta neste trabalho. Outro fundamento utilizado naquela oportunidade teve lastro na inviolabilidade das manifestações dos advogados, direito constante no art. 2º, §3º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto do Advogado), como corolário da intangibilidade profissional. Assim, ao decidir a questão, a Suprema Corte entendeu pela irresponsabilidade do parecerista, ou seja, não se configuraria a solidariedade pretendida.

No segundo caso (MS nº 24.584-DF), discutia-se se o parecerista, inclusive se membro da advocacia pública, tinha a obrigatoriedade de comparecer perante o TCU para prestar informações. No limiar do julgamento, o Min. Joaquim Barbosa abre a divergência, afirmando que, para a solução da questão, ter-se-ia de classificar o parecer em três espécies: facultativo, obrigatório e vinculante. Entende o magistrado existir responsabilidade solidária no último caso, e o dever de prestar contas, especialmente frente à dicção do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93,³⁷ hipótese

³⁷ Lei nº 8.666/93, Art. 38. [...] Parágrafo único. 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.

dos autos. E esta classificação dos tipos de parecer, ligando-a para com a existência de responsabilidade ou não do parecerista, ficou ainda mais clara quando do julgamento do MS nº24.631-DF.

Novamente, o Min. Joaquim Barbosa, com base na doutrina de René Chapus, primeiramente estabeleceu a diferença entre as três espécies de pareceres, conforme exposição feita previamente. E concluiu que há responsabilidade do consultor no caso do parecer vinculante,³⁸ sendo acompanhado pela maioria dos outros ministros. Assim, em uma análise mais detalhada a respeito, conclui-se que a Suprema Corte decidiu que:

- a) caso o parecer seja facultativo, ou seja, quando ele é confeccionado por livre opção do administrador público, para o fim de aclarar uma situação e para receber subsídios técnicos, sem, contudo, ser obrigatória esta providência, não há que se pensar na responsabilização do parecerista. Sua opinião não se acopla ao ato administrativo a ser praticado, bem como não vincula o agente estatal. Este sujeito possui liberdade para agir ou não conforme os termos do parecer;
- b) no caso do parecer obrigatório, o administrador público também não está vinculado ao conteúdo do parecer. Enfim, pode bem agir contra aquilo que dispõe a opinião técnica. O que é imprescindível é a existência do parecer, ou seja, que ele seja proferido como uma fase imprescindível do procedimento;
- c) contudo, no caso de parecer que possui caráter vinculativo, o STF tomou um posicionamento diferente. Decidiu, no MS nº 24.631-DF, que há responsabilidade solidária entre o parecerista e o administrador, porque a decisão deste fica vinculada à opinião daquele.³⁹ O parecerista, assim, acaba por

³⁸ Baseia sua opinião fundamentando-a na doutrina do autor francês citado. Este último dispõe que o ato administrativo é nulo, por vício de incompetência, quando não se respeita o parecer que possui a característica vinculativa, de avis conforme, dado que não se cumpre, assim, a perfeição do ato (STF, MS nº 24.631-DF).

³⁹ 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. II. 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. III. 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 nº 24.631-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 09.08.2007).

decidir no mesmo nível do administrador público, formatando-se, como visto, verdadeiro ato administrativo complexo.⁴⁰

Essa discussão, como bem pode ser visualizada pelo teor das ementas expostas, adveio a partir do momento em que o Tribunal de Contas da União (TCU) responsabilizou os pareceristas solidariamente com os administradores, impondo sanções a eles. Muito embora (e o que é mais curioso) o próprio TCU consagre jurisprudência que diga que não há que se falar em responsabilidade do parecerista quando a peça está fundamentada, defende-se tese jurídica pelo menos aceitável, alicerça-se em um parâmetro doutrinário e jurisprudencial etc.⁴¹

3 Dos erros de premissa – Equívoco dos julgamentos que imputam a responsabilidade do parecerista por ato praticado pelo gestor público

A partir do caminho percorrido nos tópicos precedentes, momento em que se definiu a natureza do parecer, as espécies por que podem ser exarados e a evolução do entendimento da Suprema Corte no que se refere à responsabilização do parecerista, parte-se para o enfrentamento do cerne do problema. Provar-se-á, por dois métodos,⁴² que não se sustenta o entendimento atual, no sentido de permitir a responsabilização do agente que externa uma opinião técnica. Essa concepção jurídica possui erros de premissa que deixam a tese da responsabilidade em colapso. Passemos a elas.

3.1 Método de abordagem dedutivo a partir do direito comparado

Iniciamos por esta metodologia não por acaso. Consideramos que este seja o principal argumento que deu base ao entendimento do Min. Joaquim Barbosa, quando relatou o *leading case* advindo do MS nº 24.631-DF. Como visto, ele baseou seu voto na doutrina do administrativista francês René Chapus, especialmente na parte em que sua obra explica a atividade não contenciosa do Conselho de Estado, ou seja,

Ainda, deve ser conferido o seguinte precedente: “ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos” (STF, MS nº 24.584-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 09.08.2007).

⁴⁰ Especificamente no caso das licitações, onde o parecer da consultoria jurídica do órgão que promove o certame é obrigatório, o voto do Ministro-relator lastreou-se na doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2002, p. 367-368).

⁴¹ TCU, Acórdão nº 1.427/2003, 1ª Câmara.

⁴² Poderia se utilizar outros. Contudo, considera-se assim suficiente.

quando ele exara o que lá se chama de avis. A tradução apontada ao termo gaulês seria “conselho”, “juízo”, “parecer”.⁴³

Estes avis, ou melhor, estes “conselhos” foram interpretados pelo magistrado como sendo verdadeiros pareceres. Assim, sem dissecar com a mínima profundidade a tipologia estrutural ou mesmo a natureza dos dois institutos, entendeu que ambas as categorias jurídicas se aproximavam. Então, comparou as duas e conferiu, também aos pareceres nacionais, a classificação dada pela doutrina francesa em geral — inclusive por Chapus — aos atos consultivos exarados pelo Conselho de Estado francês, ou seja, os avis.

Assim, por meio da metodologia de direito comparado, o Ministro Relator chegou à conclusão de que os pareceres brasileiros devem ser visualizados a partir de três ordens, como se viu: facultativos, obrigatórios e vinculantes. Concluiu que os últimos, p.ex., constituem parte integrante de verdadeiros “atos administrativos complexos”, o que dimana a responsabilidade solidária daquele que exara uma opinião sobre a qual o gestor público baseia sua decisão.

Voltando à origem, ou melhor, a partir da fonte sob a qual se assentou a lógica jurídica empregada no referido acórdão, retiram-se desde já três erros de premissa, a serem cabalmente demonstrados:

- a) des avis (os conselhos) franceses não podem ser comparados aos pareceres brasileiros. São institutos em alguns pontos assemelhados, mas diametralmente diversos no que se refere à sua natureza, aos seus efeitos, ao seu modo de produção etc.;
- b) por isso, a classificação operada às consultas exaradas pelo Conselho de Estado francês não se aplicam ao sistema jurídico-normativo do Brasil;
- c) e mais, em nenhum momento a doutrina francesa aponta que certo tipo de consulta poderia gerar a responsabilização do produtor da opinião jurídica, o que denota que o julgado inovou à espécie uma lógica nunca aceita pela dogmática ou pela jurisprudência francesas.

Chega-se facilmente a essas conclusões a partir da compreensão da doutrina sobre o tema. Os agentes que conduzem a Administração Pública são responsáveis por tomar decisões. Ao atuarem, precisam, muitas vezes, de auxílios.⁴⁴ Assim, em França, criaram-se numerosos organismos consultivos, notadamente no seio da administração central.⁴⁵

⁴³ MICHAELIS. Dicionário escolar francês. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 24.

⁴⁴ CHAPUS, René. Op. Cit., p. 444-445.

⁴⁵ V.g. Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), criado pela Lei de 17 de julho de 1978; o Conseil supérieur de l'éducation, gerenciado a partir da Lei de 10 de julho de 1989 etc.

O Conselho de Estado é o principal deles, tendo uma dupla função: contenciosa⁴⁶ e consultiva.⁴⁷ Quanto a esta última, teve a sua função consultiva ampliada a partir da reforma de 1987, ao ponto de ser considerado, pela doutrina, como verdadeiro “conselheiro do governo” (*conseiller du gouvernement*).⁴⁸ Esta instituição destina-se a esclarecer o governo sobre os prós e contras das suas decisões, o que o leva a ser um importante órgão de controle de legalidade.⁴⁹

Atualmente, este órgão ficou responsável por prestar consultoria não somente em matérias regulamentares ou administrativas, mas também no que se refere ao processo legislativo.⁵⁰ Aqui, a atuação do Conselho de Estado é especialmente importante quando a lei necessita, para sua devida, plena ou necessária aplicação, da mediação de regulamentos (tudo conforme dispõe o art. 37 da Constituição francesa em vigor).⁵¹ Nesse caso, o regulamento será expedido pelo Conselho de Estado e assume a aplicação da lei. Sendo assim, os juízos (opiniões do Conselho de Estado), o que aqui chamamos de pareceres, possuem, neste específico caso, um caráter marcadamente normativo.

No que tange aos projetos de lei ordinária, dispõe a Constituição da França (arts. 38 e 39) que a opinião deste órgão jurisdicional é obrigatória. Fazendo um paralelo, o referido organismo funciona como a Comissão de Constituição e Justiça do nosso Parlamento nacional. Nos dois âmbitos, a opinião exarada no limiar do processo legislativo é obrigatória, mas não vinculante. E o que merece mais atenção: nunca se cogitou, tanto lá, como aqui, em responsabilizar os pareceristas.

⁴⁶ Então, pode-se dizer que o referido órgão é um tribunal administrativo, que atua, de acordo com cada situação, como o tribunal de cassação (neste caso, o Conselho de Estado francês não conhece das questões de fato, porque ele verifica apenas se a lei tem sido aplicada corretamente pelos tribunais, ou seja, somente de questões de direito. Esta espécie de recurso é amplamente detalhada por René Chapus, no Capítulo 2, da 5ª parte da obra (*Droit du contentieux administratif*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 1265-1351)), como um tribunal de recurso ou como tribunal que julga originariamente determinadas demandas. Este seria, em termos sintéticos, o conteúdo da sua função jurisdicional. Pode-se perceber que, por meio dessas competências, o referido tribunal tem por meta uniformizar a jurisprudência administrativa, assegurando a sua unidade. Consultar, ainda: MACAREL, Louis-Antoine. *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*. Paris: Dondey-Dupré, 1818, 2 v.; ROBINOT, Yves et TRUCHET, Didier. *Le Conseil d'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

⁴⁷ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1975, p. 193-195; COSTA, Jean-Paul. *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*. Paris: Economica, 1993.

⁴⁸ WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2010, p. 592.

⁴⁹ CHAPUS, René. *Op. Cit.*, p. 456.

⁵⁰ Os projetos de lei devem receber, previamente à sua deliberação ou

⁵¹ O poder regulamentar desse país europeu é diverso da matriz nacional. A Constituição da França de 1958 traça um perfil deontológico para a lei e outro para o regulamento. No art. 34, enumera as matérias que somente podem ser objeto de lei — estabelecendo, pois, quais serão os casos de reserva de parlamento. Fora destes domínios, o regulamento pode ser expedido com franca liberdade. Enfim, fora do catálogo do art. 34, o regulamento pode ser expedido com larga abertura (art. 37). Em resumo, os franceses utilizam um modelo jurídico inverso do brasileiro. Enquanto na França enumeraram-se quais seriam as matérias que a lei poderia disciplinar, deixando o restante aos regulamentos, no Brasil, ao contrário, são justamente os decretos autônomos que têm matérias taxativamente definidas no texto constitucional, enquanto que a lei pode disciplinar o restante das relações sociais. Assim, os regulamentos possuem um domínio reservado (porque o legislador não pode intervir) e indefinido (porque todas as questões novas podem ser objeto de regulamentação). Por todos: FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.

Além disso, a omissão em consultar a corte francesa em questão durante o ciclo de formação (de perfeição) do ato administrativo é avaliado de modo muito rigoroso pela doutrina e pelo próprio Conselho de Estado. O ato administrativo será entendido como estando acometido de um vício de incompetência, no caso de se omitir o pedido de consulta, quando ela era obrigatória.⁵² Contudo, nem a doutrina nem o Judiciário francês responsabilizam quem quer que seja por esta omissão.

Outra peculiaridade importante a ser mencionada consiste no fato de que os avis são destinados ao governo e, portanto, cabe a ele decidir se este documento será ou não publicado. Somente as questões que tenham ligação estreita com questões de interesse da opinião pública é que permitem a publicização voluntária.⁵³ Todo ano, duas publicações são expedidas nesse sentido, a fim de dar uma maior compreensão das referidas opiniões: os periódicos *Études et documents du Conseil d'État* e *Les grands avis du CE*.

Sobre os tipos de avis, Chapus⁵⁴ manifesta-se no sentido de que os pareceres facultativos podem ou não ser requisitados, sendo esta consulta uma liberalidade, uma questão de oportunidade do gestor.⁵⁵ E bem por isso, não está vinculado ao conteúdo do parecer.⁵⁶ A autoridade conserva, assim, total liberdade de atuação, não estando limitada pela consulta. Tanto é verdade que pode promover todo o tipo de modificação no entendimento do parecerista.⁵⁷ Assim, a autoridade pública está livre de demandar ou não um parecer, sem estar atrelada ao resultado da consulta.⁵⁸

Avançando, no caso dos pareceres ditos obrigatórios, René Chapus nunca disse que eles seriam vinculativos ou que o gestor teria de reclamar outra consulta para dar conta de firmar seu entendimento. O que o autor refere em sua obra principal a nós soa diferente daquilo que foi propugnado pelo STF, ou seja, a autoridade consultante fica atrelada em uma alternativa: ou a tomar a mesma decisão que o projeto foi submetido à consulta, ou decidir de acordo com o texto que o órgão consultivo pronunciou.⁵⁹ E o Conselho de Estado francês decide fartamente em idêntico sentido.⁶⁰ Logo, aqui resta a primeira incongruência da decisão tomada no MS nº 24.631-DF, pois a autoridade, com parecer favorável ou contrário, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, não necessariamente deverá submetê-lo a novo parecer.

⁵² WALINE, Jean. Op. Cit., p. 593.

⁵³ CE, 27 nov. 1989, avis sur l'affaire des fourlands islamiques.

⁵⁴ Op. Cit., p. 1112.

⁵⁵ CE, 3 set. 1997, Synd. Nat. du négoce indépendant des produits sidérurgiques.

⁵⁶ CE, 30 jun. 1997, Cornebois.

⁵⁷ CE, 15 mar. 1974, Synd. Nat. CGT-FO des fonctionnaires du commerce extérieur.

⁵⁸ GONDOUIN, Geneviève; INSEGRUET-BRISSET, Véronique; VAN LANG, Agathe. Op. Cit., p. 48.

⁵⁹ “[...] l'autorité consultante [...] est enfermée dans une alternative: ou bien prendre la décision même dont le projet avait été soumis à la consultation, ou bien décider conformément au texte en faveur duquel l'organisme consultatif s'était prononcé” (Op. Cit., p. 1114).

⁶⁰ CE, 28 abr. 1954, Comm. de Willer-sur-Thur; CE, 26 abr. 1974, Vilatte; CE, 2 mai. 1990, Joannides.

No parecer obrigatório, o que defende a doutrina e o Conselho de Estado francês é que, somente no caso de se trazer elementos de decisão novos, inéditos, para além do projeto original, é que se deve requerer nova consulta. E esta proposição é lógica. No entanto, difere diametralmente daquilo que ficou decidido pelo STF. Veja: o gestor não fica atrelado à solução do parecer. Pode sim decidir contrariamente ou favoravelmente, mas arcando ele sempre com os ônus de decidir em um ou em outro sentido. Somente quando decidir diversamente da proposta original submetida ao parecer é que deve se socorrer obrigatoriamente de outra consulta.⁶¹ Mas ainda assim conserva-se a liberdade para se optar pela decisão originária.

Além disso, mostra-se equivocada a ideia de que o parecer conforme encerraria um dos elementos decisórios de ato administrativo complexo.⁶² O parecer vinculante possui natureza de autorização ou de aprovação prévia,⁶³ e não de ato administrativo complexo, como quer o STF. O parecer conforme não deixa de ser um efetivo e típico parecer, sendo a enunciação de um conhecimento técnico-científico.⁶⁴ Defende-se, inclusive, que os órgãos ativos da Administração Pública poderiam subtrair-se do entendimento exarado na manifestação jurídica. Merece destaque que a própria doutrina⁶⁵ reconhece que as hipóteses de avis conforme são por deveras raras, porque colocam o administrador público em uma situação muito difícil.

É bom que se diga que a finalidade dos “pareceres vinculativos” da França é diversa daquela estabelecida no nosso País. Bem por isso o modelo gaulês não pode ser trazido ao nosso ordenamento sem um amplo e mínimo refinamento. Veja que o Conselho Estado, quando é obrigado a promulgar alguns “regulamentos” em situações em que há uma lacuna da lei ou ela é heterogênea, age de modo genérico. Por isso, a função consultiva aparece para a doutrina francesa particularmente ligada ao Conselho de Estado, conferindo-lhe a missão de proteger os direitos dos cidadãos.⁶⁶ Assim, aqui, a atividade normativa em questão gera a mesma dificuldade que se tem em responsabilizar o legislador (a pessoa dele) quando edita uma lei. Eis um ponto importante a ser considerado.

Aliás, é bom que se diga que se reconhece ao administrador público a faculdade de abandonar a decisão, enfim, de não praticar o ato. Logo, o parecer possui uma vinculatividade relativa, porque o gestor ainda assim conserva a posição livre de

⁶¹ GONDOUIN, Geneviève; INSEGRUET-BRISSET, Véronique; VAN LANG, Agathe. Op. Cit., p. 48.

⁶² Entendimento de: LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. Manuale di diritto amministrativo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 232.

⁶³ Conferir: VITTA, Cino. Diritto amministrativo. Turino: UTET, 1937, p. 371; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2010, p. 585.

⁶⁴ DRAGO, G. Fonction consultative du Conseil d'Etat et fonction de Gouvernement : de la consultation à la codécision. AJDA. Paris, 12 mai. 2003, p. 948.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ BERHALI-BERNARD, Hafilda. Les avis conformes du Conseil d'État. Droit administratif. L'actualité juridique. Paris, ano 65 n. 22, 23 jun. 2008, p.1181-1187.

agir ou de não agir.⁶⁷ E este elemento coloca por terra a tese do julgado no sentido de que o parecer vinculante seria elemento de um ato administrativo complexo.

Quanto ao avis conforme (parecer vinculante), Chapus⁶⁸ conclui que a autoridade não precisará se conformar com aquilo que foi proposto na consulta, porque bem pode recorrer da decisão.⁶⁹ Contudo, não há qualquer menção acerca da possibilidade de se perfazer a responsabilidade do parecerista neste caso. O que a doutrina e a jurisprudência gaulesas permitem é a possibilidade de o parecer sofrer um recurso administrativo, inaugurando um procedimento contencioso.⁷⁰ Contudo, esta perspectiva realmente é por deveras distante da possibilidade de se responsabilizar o parecerista. Eis, possivelmente, o equívoco cometido no MS nº 24.631-DF.

Aliás, a lei [francesa] de simplificação do direito, de 17 de maio de 2011, abriu a possibilidade de que os “pareceres conforme” possam ser submetidos, previamente, a “consultas abertas”, ou seja, à participação de inúmeros segmentos da sociedade. São publicizados em sítios virtuais da rede mundial de computadores, abrindo-se prazo para a manifestação e observação da sociedade em geral, ou de segmentos definidos. A lei determina que o avis, neste caso, seja substituído pelo resultado da consulta aberta.⁷¹ Ora, neste caso, trazendo a lume o entendimento do STF, gerar-se-ia, pois, a possibilidade de punir a própria sociedade ou quem auxiliou no entendimento final da referida “consulta aberta”, o que se mostra, claro, como irrazoável. Essa perspectiva denota a certeza de que a dogmática francesa nunca aceitou a responsabilização do parecerista nos termos propugnados pelo STF, devendo, pois, ser reputado incongruente o fundamento de direito comparado trazido a lume no STF, MS nº 24.631.

Também releva notar que, atualmente, existe um quarto tipo de parecer na França: l’avis “contentieux” (parecer “contencioso”). A Lei de 31 de dezembro de 1987 produziu uma intensa reforma no sistema do contencioso jurisdicional daquele país europeu. Esta consulta é produzida quando um Tribunal Administrativo ou uma Corte Administrativa de Apelo demanda o Conselho de Estado para se manifestar sobre uma questão de relevante interesse social, que possa, p.ex., evitar numerosos litígios.⁷² Apesar de ela não ter caráter jurisdicional,⁷³ é produzida por um órgão com esta característica. E, por mais uma oportunidade, nunca em França se cogitou a responsabilização do “relator público”⁷⁴ desta consulta.

⁶⁷ GAUDEMET, Yves. Op. Cit., p. 72.

⁶⁸ Op. Cit., p. 1115.

⁶⁹ CE, 26 jul. 1996, Assoc. des utilisateurs de données publiques.

⁷⁰ CE, 31 jan. 1991, Rovoala.

⁷¹ GONDOUIN, Geneviève; INSEGRUET-BRISSET, Véronique; VAN LANG, Agathe. Op. Cit., p. 49.

⁷² Idem.

⁷³ De acordo com o que decidiu o próprio Conselho de Estado em: CE, 17 nov. 1997, Mme veuve Doukouré.

⁷⁴ Sujeito responsável por proferir a consulta, o parecer.

Assim, concluo que o entendimento do Ministro Relator distancia-se do entendimento da doutrina e jurisprudência francesas em geral. Aliás, nem mesmo o restante do ordenamento jurídico francês ou quiçá a dogmática, como se viu, acompanha esse entendimento que, claramente, está distorcido.

Da mesma maneira, o sistema jurídico italiano ou a dogmática que se baseia nele em nenhum momento visualizam a possibilidade de, em alguma medida, responsabilizar o consultor técnico. A atividade de pareri e valutazioni tecniche, mesmo quando obrigatória, não vincula o administrador.⁷⁵ Apesar de o Conselho de Estado italiano manter esta atribuição consultiva (Seções I, II e III), também lá não se admite a possibilidade de responsabilização de eventual parecerista. Quando é feita uma consulta ao referido órgão, este emite um juízo, que trata de questões gerais sobre questões públicas. Muitas vezes o conselho manifesta-se também sobre a atividade legislativa do governo, a fim de se primar por regulamentações secundum legem e objetivas. Esta última matéria referida ganhou uma seção própria em 1997 (Lei nº 127).

O próprio Hely Lopes Meirelles, que tem boa parte da sua doutrina lastreada no direito francês (especialmente na Escola de Bourdeaux), nunca e em nenhum momento entendeu que se poderia responsabilizar o parecerista, porque justamente compreendeu que o sistema jurídico daquele país europeu é completamente diverso do nacional, bem como — e o que é mais importante — nem mesmo a doutrina francesa não se compadece com este entendimento em qualquer nível. Aliás, o autor é bastante didático quanto a isso.⁷⁶

Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷⁷ foi mais além. Após dizer que um parecer resume apenas uma opinião acerca de questão posta à consulta, pronuncia a classificação desses documentos nas três espécies mencionadas, tomando o mesmo caminho dos doutrinadores franceses. Contudo, em nenhum momento o autor faz qualquer ligação da vinculatividade do parecer para com eventual responsabilidade do parecerista, porque justamente a opinião continua sendo um mero juízo, ainda que o gestor tenha de agir conforme.

O que nos parece é que este cenário revela uma bela ironia. Veja que o magistrado relator do MS nº 24.631-DF aprova e se baseia em opinião (distorcida) de terceiro para fundamentar sua decisão. Depois, na prática, quer punir o próprio terceiro que deu base técnica a uma decisão. Se o entendimento fosse verdadeiro, no caso,

⁷⁵ CORSO, Guido. *Manuale di diritto amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p. 223.

⁷⁶ Diz o autor que pareceres administrativos “[...] são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração: 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, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva” (MEIRELLES, Hely. *Op. Cit.*, p. 185).

⁷⁷ *Op. Cit.*, p. 583-585.

quem teria de ser responsabilizado é o próprio René Chapus (doutrinador que ofertou um entendimento), ainda que sua teoria tivesse sido deturpada. É dizer: o julgador só aprovou a opinião do teórico. Logo, se alguém errou, é quem inventou a teoria, e não o magistrado, que não pode ser responsabilizado (mesmo que ele tenha distorcido a opinião verdadeira de quem ele citou). Afinal, segundo o MS nº 24.631-DF, quem deve responder é o citado, e não o órgão que decide, enfim, que o cita.

3.2 Método de abordagem dedutivo a partir do sistema jurídico-administrativo brasileiro

Diante do sistema jurídico brasileiro, da mesma maneira, a responsabilidade do parecerista não se sustenta, ainda que a opinião seja tachada de vinculante. Aliás, esta metodologia de procedimento, por incrível que pareça, ficou à margem do obter dictum do caso-líder oriundo do STF (MS nº 24.631-DF).

Indo ao ponto. Especificamente no que se refere aos advogados que expedem pareceres, a sua responsabilização, na nossa ótica, ofenderia o art. 133 da Constituição Federal (repetido pelo art. 2º, §3º, da Lei nº 8.906/94, que institui o do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Esses diplomas normativos garantem a inviolabilidade das manifestações dos advogados.⁷⁸ Aliás, não se vislumbra fundamento bastante para responsabilidade solidária do parecerista, que atua no exercício da profissão, que é legítimo e constitucionalmente aceito.

Deve-se atentar para a etimologia da palavra: “parecer” é o que “parece ser”, e não necessariamente o que é. Eis o ponto.

Salvo erro grosseiro, fraude ou má-fé, a responsabilização do profissional que aponta uma solução científica à questão a ele veiculada prejudica sumariamente o bom exercício dos seus misteres e o aprimoramento da gestão administrativa.⁷⁹ Na hipótese, não se percebe uma relação de causalidade que possa estabelecer qualquer responsabilização do parecerista, salvo nos casos apontados.

De mais a mais, uma das premissas mais basilares do nosso ordenamento jurídico — talvez uma das mais incipientes da ciência do direito — é a de que a solidariedade e a responsabilidade não se presumem, derivam da lei ou do negócio jurídico (art. 265 do Código Civil). E mais, nem sequer podem ser geradas a partir de hermenêutica extensiva. No caso, o STF presumiu uma responsabilidade que, ao nosso sentir, não encontra previsão expressa no texto legal.

⁷⁸ AMORIM, Gustavo Pinheiro de. Op. Cit., p. 283.

⁷⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, v. 61, 2006, p. 272. Ou ainda: CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 256, jan./abr. 2011, p. 23-46.

A responsabilidade de qualquer espécie não pode nunca advir do emprego da analogia, devendo decorrer expressamente da lei. Então somente haverá obrigação de reparar o dano nos casos especificados em lei ou em contrato.

Ao contrário. A interpretação sistemática das fontes jurídicas positivadas tendem a afastar esta responsabilidade, salvo erro grosseiro, dolo ou fraude. Explico: da mesma maneira (mas, claro, guardadas as devidas proporções) que a opinião jurídico-administrativa vinculativa gera um padrão de conduta a ser seguido pelos órgãos administrativos subordinados, a decisão judicial também gera este mesmo efeito jurídico na realidade fática. Além disso, os dois tipos de atos são praticados por agente estatal legalmente investido, que deve pautar seu entendimento a partir da imparcialidade,⁸⁰ legalidade, moralidade etc. Logo, ambas as decisões possuem um caráter prescritivo e vinculante, cada qual no seu nicho de incidência.⁸¹

Assim, por analogia, aplicar-se-ia à espécie as disposições contidas no art. 133 do Código de Processo Civil, e no art. 630 do Código de Processo Penal, permitindo somente a responsabilidade do agente público que profere uma opinião jurídica quando se evidenciar casos de dolo, fraude ou erro grosseiro.

Ademais, caso se entenda que parecer vinculante produziria uma prescrição, ou seja, um padrão de conduta, estaríamos diante de ato de natureza normativa — ainda que este último conceito seja aqui percebido de maneira ampla. Esta espécie de consulta acaba por se traduzir como um verdadeiro ato que gera efeitos no dever ser. E se assim o é, na nossa opinião, incidiriam à espécie as mesmas dificuldades em se punir um sujeito que legisla.

Conclusões finais

Após percorrermos a lógica exposta neste trabalho, concluímos que:

- a) os pareceres constituem uma análise especializada sobre determinado tema, aprofundando questões específicas do procedimento, fornecendo, em regra, alternativas ao administrador público;
- b) não devem ser considerados atos administrativos, segundo a coerência doutrinária conferida nesta exposição, porque não geram efeitos prescritivos, bem como não possuem, como elemento nuclear, uma decisão administrativa. Destoa deste panorama o parecer vinculante, de acordo com as conclusões a seguir apresentadas;

⁸⁰ Como bem denota Chapus (Op. Cit., p. 446), os órgãos consultivos devem estar dotados da maior imparcialidade possível.

⁸¹ Lembrando, também, que a decisão judicial possui a característica de ser definitiva, o que não é visto na decisão administrativa, ainda que derivada de um parecer vinculante.

- c) o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da responsabilidade do parecerista em algumas oportunidades, sendo que firmou, a partir do MS nº 24.631-DF, a existência de três espécies de consultas — tudo com lastro na doutrina do direito administrativo francês: pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes;
- d) concluiu-se, na última decisão, que há responsabilidade solidária entre o parecerista e o administrador, no caso de a consulta ser de caráter vinculativo, porque a decisão desta fica vinculada à opinião daquele. O parecerista, segundo a Suprema Corte brasileira, acaba por decidir no mesmo nível do administrador público, formatando-se verdadeiro ato administrativo complexo;
- e) o Tribunal de Contas da União consagra jurisprudência que entende que não há que se falar em responsabilidade do parecerista quando a peça está fundamentada, defende tese jurídica pelo menos aceitável, alicerça-se em um parâmetro doutrinário e jurisprudencial etc.
- f) a decisão do STF não se sustenta, dado que:
 - f. 1) pelo método dedutivo aplicado a partir do direito comparado percebeu-se que as bases dogmáticas (oriundas do direito administrativo francês, em especial) foram utilizadas de modo distorcido pelo STF, no MS nº 24.631-DF. Sendo assim, por esta metodologia, concluiu-se que:
 - f. 1.1) ao avis (conselhos) franceses não podem ser comparados aos pareceres brasileiros. São institutos em alguns pontos assemelhados, mas diametralmente diversos no que se refere à sua natureza, aos seus efeitos, ao seu modo de produção etc.;
 - f. 1.2) por isso, a classificação operada às consultas exaradas pelo Conselho de Estado francês, ou não se aplicam ao sistema jurídico-normativo do Brasil, ou mesmo não foram trazidas ao julgado com precisão;
 - f. 1.3) em nenhum momento a doutrina francesa aponta que certo tipo de consulta poderia gerar a responsabilização do produtor da opinião jurídica;
 - f. 1.4) o parecer obrigatório, seja ele favorável ou contrário ao entendimento do gestor público, não o obriga a seguir o caminho traçado na consulta. E se ele pretender praticar o ato de forma como constava na proposta original, não necessariamente deverá submetê-lo a novo parecer — entendimento este que se distancia da perspectiva consagrada na decisão da Suprema Corte brasileira mencionada;
 - f. 1.5) a doutrina brasileira, mesmo aquela que lastreia sua obra no direito e na dogmática franceses, nunca concluiu pela possibilidade de responsabilizar o parecerista, mesmo diante de consultas com caráter vinculante;
 - f. 2) pelo método dedutivo aplicado partir do sistema jurídico-administrativo brasileiro, entende-se que a (ir)responsabilidade do advogado público que atua na atividade consultiva deve ser visualizada a partir destas premissas:

- f. 2.1) tomando por base a classificação trazida a lume pelos julgados do STF, quanto aos pareceres facultativos e obrigatórios, não se visualiza qualquer possibilidade de responsabilização deste agente, dado que este instituto não é vinculante, não é ato administrativo e, portanto, permite ao gestor público atuar com liberdade de acolher ou não a solução jurídica ofertada;
- f. 2.2) quanto aos pareceres de natureza vinculante, concluímos que:
- f. 2.2.1) no caso de o parecer conservar o caráter opinativo, e outro ato lhe conferir natureza vinculante, somente este terá a especificidade prescritiva, jamais o parecer. Este, como dito, manterá o escopo enunciativo, até porque a autoridade pública pode ou não dar o condão vinculante ao parecer — existe, aqui, verdadeira margem de opção neste aspecto. Neste caso específico, não se visualiza a possibilidade de qualquer responsabilização, salvo dolo ou fraude do parecerista;
- f. 2.2.2) no caso de a consulta ser vinculativa de pronto (de per se, por ela mesma), deve se aplicar à espécie as disposições contidas no art. 133 do Código de Processo Civil, e no art. 630 do Código de Processo Penal, permitindo somente a responsabilidade do agente público que profere uma opinião jurídica quando se evidenciar que agiu com dolo, fraude ou erro grosseiro;
- f. 2.2.3) caso se entenda que parecer vinculante produziria uma prescrição, ou seja, um padrão de conduta, estaríamos diante de ato de natureza normativa — ainda que este último conceito seja aqui percebido de maneira ampla. Esta espécie de consulta acaba, então, por se traduzir como um verdadeiro ato que gera efeitos no dever ser. E, se assim o é, na nossa opinião, incidiriam à espécie as mesmas dificuldades em se punir um sujeito que legisla.

Por derradeiro, retorna-se ao ponto de partida: Ulisses, então, foi à Guerra de Troia, e lá permaneceu por dez anos. Levou mais outros dez para retornar para casa, e reencontrar sua esposa e o restante de sua família. E o que o moveu a este propósito não foi nada menos do que a sua perseverança em mudar a sua realidade. Que a advocacia pública, então, tenha perseverança para mudar a realidade jurisdicional atualmente posta no que se refere à responsabilização do advogado público que atua na função consultiva. Com a esperança, claro, de que não se leve o mesmo tempo do herói grego.

Impossibility of Recognizing the Liability of the Public Attorneys on the Exercise of the Advisory Role

Abstract: In Brazil, according to the relevant constitutional provisions, it is exclusively the federal law and state the duties of legal advice. From this legal boundary, the Brazilian Supreme Court decided that, in a particular opinion, public attorneys could be liable for their opinions. Then, taking as a starting point these scientific sources, it will demonstrate, through two methods, that this understanding is not right. To do so, it will take, as a paradigm, as model solution, the method of deductive approach, which is why it will be faced,

firstly, the fundamental theoretical questions and the base object of the research. After using the methods of procedures from national law and comparative law, we intend to compose an understanding different from that stated in the judgments of the Supreme Court on the subject.

Key words: Advice. Adviser. Non-liability.

Referências

- AMORIM, Gustavo Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). Leituras complementares. Direito administrativo. Licitações e contratos. Salvador: Juspodivm, 2012.
- AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. Código do procedimento administrativo comentado. Coimbra: Almedina, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.
- BERHALI-BERNARD, Hafida. Les avis conformes du Conseil d'État. Droit administratif. Paris: L'actualité juridique, ano 65 n. 22, 23 jun. 2008.
- CHAPUS, René. Droit administratif général. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.
- CHAPUS, René. Droit du contentieux administratif. Paris: Montchrestien, 2008.
- CORSO, Guido. Manuale di diritto amministrativo. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.
- COSTA, Jean-Paul. Le Conseil d'État dans la société contemporaine. Paris: Economica, 1993.
- CUNHA, Bruno Santos. A responsabilização do advogado de Estado perante os tribunais de Contas pela emissão de pareceres jurídicos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 23-46, jan./abr. 2011.
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio. Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DRAGO, G. Fonction consultative du Conseil d'Etat et fonction de Gouvernement: de la consultation à la codécision. AJDA. Paris, 12 maio 2003.
- FORSTHOFF, Ernst. Traité de droit administratif allemand. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.
- FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. Précis de droit administratif. Paris: Montchrestien, 2010.
- GAUDEMET, Yves. Traité de droit administratif. Paris: L.G.D.J., 2001.
- GONDOUIN, Geneviève; INSEGRUET-BRISSET, Véronique; VAN LANG, Agathe. Dictionnaire de droit administratif. Paris: Sirey, 2012.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: F.D.A., 2004. t. 3.
- HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public. Paris: Sirey, 1921.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2002.
- KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. Manuale di diritto amministrativo. Milano: Dott A. Giuffrè, 1963.

LAUBADÈRE, André de. *Trate de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1973.

MACAREL, Louis-Antoine. *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*. Paris: Dondey-Dupré, 1818. 2 v.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MICHAELIS. *Dicionário escolar francês*. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1975.

ROBINOT, Yves et TRUCHET, Didier. *Le Conseil d'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGERJ*. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, v. 61, 2006.

VITTA, Cino. *Diritto amministrativo*. Turino: UTET, 1937.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2010. p. 592.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HEINEN, Juliano. *Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 167-192, jul./set. 2014.

Recebido em: 05.09.2013

Aprovado em: 12.09.2014