

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO
Professor de Direito Titular da UFPR e da PUC-PR
Advogado



Romeu Felipe Bacellar Filho

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Visitante do Instituto Nacional de Administração Pública da Espanha, da Universidade Notarial de Buenos Aires, da Universidade de Belgrano e da Universidade Católica de Salta, na Argentina. Presidente do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul, da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro da Associação Argentina de Direito Administrativo, da Associação Peruana de Direito Administrativo, do Instituto Chileno de Direito Administrativo e do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Membro da *Académie Internationale de Droit Comparé*. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diretor-Geral da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Advogado em Curitiba.

Trata-se de solicitação de parecer oriunda do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, por indicação aprovada por seu Plenário, acerca da proposta de recomendação ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, autuada e processada sob o nº. 1.01065/2017-37, com relatoria do eminente Dr. **Gustavo do Vale Rocha**.

O tema é importante e merece atenção deste Egrégio Instituto e de toda a classe dos advogados. São incontáveis as posturas assumidas e que se contrapõem ao texto constitucional, em sua essência, garantidor da liberdade de opinião e da imunidade do advogado em seus atos e manifestações ínsitos ao exercício da advocacia¹. O Ministério Público, inexplicavelmente, têm ajuizado ações de improbidade administrativa e ações criminais em face de advogados que emitem pareceres em processos administrativos em geral, e, em especial, em processos de licitação.

¹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.



Não bastassem os comandos expressos quanto à proteção dos advogados relativamente à emissão de seus pareceres (sabidamente opinativos e não vinculantes), vários inquéritos, ações civis públicas e ações criminais já ultrapassam a marca de centenas de procedimentos em todo o País.

Assim, o IAB, honrando-me com a indicação para a elaboração do presente parecer, formulou os seguintes quesitos a serem respondidos:

- 1) Qual a natureza do parecer jurídico elaborado por advogado em processos administrativos?
- 2) O parecer jurídico possui caráter decisório ou vinculante?
- 3) Podem os advogados pareceristas responder a inquéritos, ações de improbidade ou penais, quando seus pareceres externam teses juridicamente defensáveis?
- 4) Aplica-se aos advogados pareceristas o artigo 89 da Lei nº. 8.666/93?
- 5) Com base no artigo 37, § 5º da Constituição Federal, é possível ajuizar ações de improbidade administrativa em face de advogados pareceristas, quando ultrapassado o lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no artigo 23, inciso I, da Lei nº. 8.429/92?

Cumprе destacar o encaminhamento do tema de acordo com a doutrina e a jurisprudência mais conscientes dos problemas aqui debatidos, para que este Instituto possa, da melhor maneira possível, conduzir o acompanhamento dos desdobramentos, notadamente perante o Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público.

Desta forma o presente parecer é elaborado tendo em vista a questão que causa apreensão ao Consulente, realçando-se que, em função da urgência, está sendo emitido com a outorga de maior atenção à objetividade.



DA IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A atividade do advogado, a par de ser indispensável à administração da justiça, traz em sua essência a proteção dos direitos democraticamente garantidos por nossa Constituição, de modo a garantir ao cidadão a defesa de tais direitos em face de lesão ou ameaça a direito perpetradas por agentes, sejam eles oriundos da esfera estatal, ou, não.

A Constituição de 1988 inaugurou uma Seção destinada à Advocacia e Defensoria Pública, consagrando indelevelmente a importância do *munus* público exercido por todos os advogados, sejam eles atuantes no setor privado ou compromissados com a administração pública. Sem advogado não há justiça !

A redação do artigo 133 da Carta Magna, é por si, só, elucidativa:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Como se observa, a inviolabilidade dos atos e manifestações dos advogados – dentre os quais se insere o parecer jurídico – constitui garantia elevada à dignidade constitucional. Com efeito, os pareceres jurídicos, desde que elaborados de forma técnica e amparados em fundamentos e teses juridicamente defensáveis, ainda que de seu teor advenham discordâncias, propiciam a seus emissores, além da liberdade de opinião, a garantia de não serem processados por quaisquer órgãos de controle.

Ainda, em reforço ao consagrado no texto constitucional, o Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº. 8.906/94), em seu artigo 2º, § 3º, assim dispõe:



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

(...)

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

Da análise atenta do dispositivo constitucional, bem assim do comando legal específico, não é possível extrair qualquer ilação apta a possibilitar o processamento de demandas que tenham por escopo punir advogados pela emissão de parecer jurídico, por delito de hermenêutica e sem prova consistente de fatos que revelem a intenção dolosa, a ação teratológica, enfim, que indique enriquecimento ilícito decorrente de atividade deliberadamente ilegal do advogado.

Agindo de forma a pretender a responsabilização de advogados em face da emissão de parecer, os órgãos de controle, nestes incluídos os órgãos do Poder Judiciário, atuam de maneira frontalmente contrária aos ditames constitucionais e legais, razão pela qual tais atitudes merecem forte repúdio. Para além de atingirem a honra dos profissionais, destroem a própria razão de ser do direito de defesa, inserindo-se a consultoria jurídica como antecedente lógico e consectário desse direito.

DA NATUREZA JURÍDICA DO PARECER – MERAMENTE OPINATIVO E NÃO VINCULANTE

A doutrina brasileira desde há muito consagrou e sedimentou entendimento quanto à natureza opinativa do parecer jurídico.

José dos Santos Carvalho Filho, ao analisar o tema, leciona:

“Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como



tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.”

(José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, Ed. Atlas, 25ª. Edição, 2012, p. 137).

Referido conceito se mostra arraigado em nosso Direito Administrativo, difundido por diversos autores e manuais. Regimentos internos de Tribunais, bem como de órgãos de controle também assim definem os pareceres. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de reforçar o caráter consultivo dos pareceres, traz a seguinte definição:

Seção I

Dos Atos de Administração

Art. 271. Além dos atos judiciais, o Tribunal expedirá atos administrativos expressos:

(...)

§ 4º Parecer é ato de caráter consultivo para a orientação de decisão administrativa.

No mesmo sentido, é a definição elaborada pelo CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, estampada em seu Manual Prático de Padronização de Atos - Portaria da Presidência do CNMP:

“Parecer é o documento por meio da qual o órgão de assessoramento técnico ou jurídico da Administração expressa opinião fundamentada sobre assunto de sua competência, com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão pelo administrador.”²

Isso porque o parecer jurídico, como ato enunciativo, por si só, não é capaz de produzir qualquer efeito jurídico. Como consequência do parecer, segue sendo obrigatório, após detida análise, que a autoridade competente, à luz de todos os elementos constantes no expediente submetido à sua apreciação, adote a alternativa que melhor consagre os princípios constitucionais e dispositivos legais que conformem a matéria.

² Portaria CNMP-PRESI nº. 48, de 28 de abril de 2016, p. 79.



A jurisprudência já firmou entendimento segundo o qual, além de o parecer jurídico não possuir força decisória, tampouco caráter vinculante, leva em consideração as informações e documentos fornecidos pelas áreas competentes no processo administrativo, não cabendo ao parecerista averiguar ou investigar as informações fáticas lançadas no processo, notadamente, quando estas refogem à sua área de atuação.

Nesse sentido, assim decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa. Inclusão de empresa de consultoria jurídica e de consultores no polo passivo da demanda, por negligência ao deixarem de levantar a situação que antecedeu a dispensa de licitação, sugerida ante a paralisação abrupta do serviço de coleta do lixo objeto da consulta. Solução plausível, fundada no art. 24, IV da Lei nº 8.666/93. **A consultoria jurídica não abrange, nem implicitamente, o dever de auditar as informações fornecidas pelo consulente. Inexistência da obrigação de investigar a verdade dos fatos. Parecer opinativo e não vinculante. Inexistência de indícios de participação nos atos ímprobos lastreados em ditos pareceres. Recebimento da petição inicial. Agravo provido para rejeitar a ação de improbidade administrativa. (TJ/SP - AI nº 2059361-55.2016.8.26.0000, Rel. Desembargador COIMBRA SCHMIDT, 7ª Câmara de Direito Público, j. 23/06/2016, g.n.)**

Na mesma linha posiciona-se a doutrina quando analisa a atuação do advogado parecerista:

“O parecerista jurídico não responde por ações e omissões imputáveis exclusivamente a outros agentes administrativos. Assim, não é responsabilizável o assessor jurídico quando os fatos expostos no processado não correspondem à realidade. O parecerista fornece uma manifestação jurídica em vista dos elementos existentes. Não é cabível a responsabilização pessoal do parecerista nos casos em que a situação real era diferente daquela



submetida à sua avaliação, não existindo meio de o parecerista identificar o defeito. Se o parecer fornecido era compatível com a consulta submetida, a revelação dos defeitos quanto à narrativa deve gerar a responsabilização daquele que forneceu ao consultor jurídico a versão incorreta dos fatos.”

(Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 819)

O Supremo Tribunal Federal sustenta o mesmo entendimento sobre a natureza opinativa do parecer do assessor jurídico e a impossibilidade de responsabilizá-lo, salvo em situações teratológicas. A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nem precisaria, mas fez inserir em seu texto dispositivo para deixar claro que somente em casos de dolo ou erro grosseiro os pareceristas poderiam ser responsabilizados (art. 28 incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Em decisão recente, o Ministro Luiz Fux (MS 35196) concedeu medida cautelar a advogado parecerista que, pelo simples fato de ter exercido sua atribuição ordinária, havia sido notificado a responder processo perante o Tribunal de Contas. Fundamentando sua decisão em diversos precedentes daquela Corte, assentou:

Como se observa, o exercício da advocacia pública compreende, dentre outras atribuições, a emissão de pareceres jurídicos de forma a orientar a Administração Pública quanto à legalidade dos seus atos. Com efeito, a Lei de Licitações prevê, em seu art. 38, parágrafo único, a obrigatoriedade de prévio exame e aprovação pela assessoria jurídica da Administração das “minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes.

A esse respeito, o administrador detém discricionariedade para prosseguir ou não nas referidas fases da licitação, caso o parecer seja pela legalidade das operações. Sob outra ótica, a obrigatoriedade de exame técnico prevista no referido título legal vincula a Administração quando a conclusão da assessoria for pela ilegalidade das minutas.” (STF – MS 35196, Min. Luiz Fux, DJE nº 253, divulgado em 07/11/2017)

Na tramitação do MS 35196, antes citado, a Procuradoria-Geral da República, alinhada à jurisprudência e doutrina dominantes acerca do tema, **emitiu parecer favorável à concessão da ordem**, reafirmando o caráter opinativo e



não vinculante do parecer. Ressaltou ainda, que as opiniões jurídicas expressadas em pareceres, desde que juridicamente defensáveis, não possibilitam a responsabilização de seu emissor, conforme os seguintes excertos:

“Portanto, a doutrina mais abalizada ensina que a manifestação da assessoria jurídica, nestes casos, é obrigatória para o controle da legalidade e da conveniência do ato administrativo objeto de apreciação, sendo que ao assessor jurídico “é imposto avaliar se o procedimento contemplou todas as providências necessárias à produção do juízo de conveniência e oportunidade”, competindo, de consequência, à autoridade com poder de decisão, que não o parecerista, a escolha da conveniência e oportunidade para a prática do ato.

(...)

A incursão acerca das teses/premissas jurídicas lançadas no parecer emitido pelo impetrante ultrapassa sobremaneira a seara de análise dos poderes constituídos. A escolha por uma compreensão, ainda que não admitida pelo TCU, mas com amparo em interpretação coerente da interpretação de entendimento doutrinário, circunscreve-se ao âmbito próprio da hermenêutica jurídica e não sugere, repita-se, erro grosseiro ou omissão dolosa.

(...)

Reforça-se que a análise dos conteúdos das manifestações dos advogados deve ser compatibilizada com o exercício da função pública. Ainda que o TCU indique a existência de motivação diversa para negar a revisão contratual deferida pela Diretoria Executiva, **certo é que essa seara de revisão judicial em relação às manifestações jurídicas constitui o múnus próprio da advocacia e apresenta feições marcadamente subjetivas, encontrando obstáculo no próprio texto constitucional** (CF, artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei).”

Quando do julgamento do mérito, reiterando o entendimento pacífico de nossa Corte Suprema, confirmando a concessão da medida liminar, a ordem foi concedida, lavrando-se a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (STF –

MS 35196, Min. Luiz Fux, DJE nº 159, divulgado em 06/08/2018)

Nesse sentido, ainda que a doutrina e a jurisprudência tenham firmado entendimentos convergentes em relação ao caráter opinativo e não vinculante dos pareceres jurídicos, a cada dia, se avolumam notícias e denúncias de advogados pareceristas processados, cível e criminalmente, por emissão de pareceres jurídicos. Esse desdobramento causal automático para atingir todos os que participaram do ciclo de válida formação do ato, configura uma espécie moderna de “regressus ad infinitum”.

No que tange à natureza jurídica do parecer, cabe ainda tecer alguns comentários sobre a facultatividade, a obrigatoriedade e a vinculatividade dos pareceres.

Certa parte da doutrina tem se ocupado a analisar a possibilidade ou existência de pareceres vinculantes no direito brasileiro, bem assim aqueles, em que a atenção aos termos lançados seria obrigatória ou facultativa.

A legislação pode atribuir a obrigatoriedade ou não de pareceres jurídicos em processos administrativos, sem, contudo, atribuir a tais pareceres caráter de vinculatividade, tampouco subtrair-lhes seu caráter eminentemente opinativo.

Tem-se, como exemplo, a exigência de parecer jurídico prévio à publicação de editais de licitação, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei Federal nº. 8.666/93, a saber:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

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.

Assim, impende afirmar que o parecer jurídico prévio à publicação de editais de licitação é obrigatório, porém, nada autoriza conferir ao parecer o caráter de vinculante. Até porque, a ser assim, neste segmento, poderia haver uma inversão de papéis quanto à condução dos negócios administração pública, prerrogativa exclusiva de integrantes da classe política escolhida pelos representantes do povo. Concorde-se, ou não, em nossa democracia representativa, devemos prestigiar uma interpretação que não conflite com o princípio da soberania popular.

Isto porque cabe à autoridade competente (eleita ou escolhida pelos eleitos para o exercício de cargo de natureza política), no exame de todos os documentos e manifestações existentes no processo, decidir quanto ao prosseguimento ou não do certame licitatório. Não se mostra razoável querer transformar o parecerista jurídico em gestor, operando verdadeira e indevida transferência de competência e legitimidade dos gestores e agentes políticos eleitos para o emissor do parecer. O fato de, em uma dada situação, ser possível juridicamente um convênio com entidade defensora de interesses convergentes com os da administração, ou da dispensa de licitação em razão do pequeno valor licitado, ou ainda de inexigibilidade por singularidade de objeto, não elide as afirmações anteriores. A orientação dada por técnico do direito é condição necessária, mas não suficiente para uma dada postura da administração.

E, é neste sentido que se posiciona o Supremo Tribunal Federal, conforme se infere do que foi decidido no MS 24631, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, assim ementado:

“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 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 01.02.2008) (grifamos)

Raciocínio semelhante se aplica aos casos em que haja parecer jurídico nos casos de prorrogação, renovação ou aditamento de contratos e convênios. Os artigos que disciplinam tais matérias (57, 65 e 116) silenciam quanto à obrigatoriedade de pareceres jurídicos prévios à celebração de tais instrumentos. O importante é deixar claro que o parecer jurídico, a despeito de ser obrigatório em algumas situações, não vincula a autoridade. Vale dizer: se o advogado se pronunciar pela ilegalidade de uma dada postura administrativa, a autoridade assume sozinha o risco pela ilegalidade; ao contrário, se o parecerista se posicionar pela juridicidade e conformidade com o ordenamento de uma dada solução, nada obriga que haja acolhimento, ou não, por quem foi eleito para decidir.

DO PROJETO DE REFORMA DA LEI DE LICITAÇÕES – PL 6814/2017 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Merece destaque a discussão acerca da reforma da lei de licitações, consubstanciada no Projeto de Lei nº. 6.814/2017, da Câmara dos Deputados.

Tendo em vista a complexidade dos temas, bem como a repercussão trazida pela responsabilização e criminalização empreendidas contra os advogados pareceristas, o projeto traz em seu artigo 47, § 3º, a seguinte redação:

Art. 47. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que analisará, sob o aspecto estritamente jurídico, a minuta do edital de licitação.

(...)

§ 3º Os agentes dos órgãos de assessoramento jurídico da Administração não são passíveis de responsabilização por suas opiniões de aspecto estritamente jurídico, ressalvadas as hipóteses de dolo ou fraude, de apuração exclusiva pelo órgão correicional da respectiva instituição jurídica, quando houver.

Nota-se a intenção do legislador em definir textualmente o limite de responsabilização dos advogados pareceristas, na medida em que se verifica atualmente a criminalização indevida da advocacia, em total desacordo com o texto constitucional.

DA REPULSA DO ORDENAMENTO JURÍDICO À EXISTÊNCIA DE DELITOS DE OPINIÃO E HERMENÊUTICA

A importância dos advogados é reconhecida desde tempos imemoriais. Invoca-se neste passo, o entendimento do i. Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, que, em voto proferido no RE 603583, julgou constitucional o exame de ordem, destacando a posição do Advogado, na democracia brasileira:

“O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da jurisdição, estampado no artigo 2º do Código de Processo Civil, faz com que o advogado assumira um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízos e tribunais do país. Todo advogado é um potencial defensor do Direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada.



O constituinte foi altissonante e preciso ao proclamar, no artigo 133 da Lei Maior que o advogado mostra-se indispensável à administração da justiça. Insista-se: justiça enquadra-se como bem de primeira necessidade; a injustiça, como um mal a ser combatido.” (Grifei)

Deste modo, mostra-se absurdo pretender transformar a figura do advogado em mero coadjuvante ou instrumento para endossar vontade política, e nem seria o caso. O que não é coerente e muito menos cabível é que o advogado seja responsabilizado pelo mérito das políticas públicas adotadas. Para tanto, é de ser colacionada a pacífica jurisprudência sobre o tema:

HABEAS CORPUS. QUESTÃO PRELIMINAR. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA FORMULADO PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB. INDEFERIMENTO. MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO ESPECÍFICO DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO. DENÚNCIA QUE APENAS AFIRMA QUE OS PACIENTES EMITIRAM PARECER NO PROCEDIMENTO QUE CULMINOU NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL RECONHECIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AOS PACIENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pretendida intervenção, em sede de *habeas corpus*, seja na qualidade de assistente ou de *amicus curiae*, além de não possuir amparo legal, é refutada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não obstante a impetração tenha por escopo o trancamento da ação penal em relação a dois advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por ter sido formulado em sede de *habeas corpus*, a hipótese é de indeferimento do pedido de ingresso do Conselho Federal da OAB na qualidade de assistente dos pacientes.

2. É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, a inexistência de indícios da autoria ou prova da



materialidade delitiva, ou ainda, a inépcia da exordial acusatória.

3. Não obstante a ausência de disposição legal expressa, a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei 8.666/1993 exige "o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica – INQ 2.616, relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014" (AP 683/MA, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 06/3/2017). Dessa forma, a denúncia deve especificar, ao menos de forma sucinta, atos ou circunstâncias concretas que denotem a intenção dos agentes em elidir o procedimento licitatório em prejuízo do erário.

4. Hipótese em que a exordial acusatória, embora descreva a sucessão de atos que culminaram na dispensa de licitação, no que toca aos pacientes, apenas aponta que eles emitiram pareceres na qualidade de Procurador-Geral e Consultor Jurídico municipal, sem nenhuma circunstância que os vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo, revelando-se inepta a denúncia.

5. Em denúncia similar à presente, em outra ação penal proposta contra os mesmos pacientes, decorrente de outro contrato com suposta dispensa irregular de licitação, a Sexta Turma desta Corte determinou o trancamento da ação por inépcia da denúncia (HC 377.430/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 19/12/2016).

6. Ordem de habeas corpus concedida para cassar a decisão que recebeu a denúncia, apenas em relação aos pacientes, ante o reconhecimento da inépcia da inicial acusatória, sem prejuízo de que outra seja apresentada em obediência à lei processual.

(STJ – HC 377.453/RJ – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; julgado em 28/03/2017)

RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENUNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDENCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. NÃO COMETE CRIME ALGLTM QUEM, NO EXERCÍCIO DE SEU CARGO, EMITE PARECER



TÉCNICO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA, AINDA QUE PESSOAS INESCRUPULOSAS POSSAM SE LOCUPLETAR AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE.

2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE. (STJ - RHC N° 7165, SEXTA TURMA, RELATOR MIN. ANSELMO SANTIAGO, DJ 22/06/1988)

No corpo de seu voto, o eminente Ministro Relator ainda asseverou que: “Fácil é de se ver que a denúncia é desprovida, abusiva até. Não é plausível a *persecutio criminis* contra quem simplesmente, no pleno exercício de suas funções, emite opinião sobre matéria teórica” (..) “Nem por estar jungido ao Estado, o advogado perde sua independência técnica, ficando amarrado à opinião oficial, como nos estados totalitários. Processar um profissional por externar, livremente, sua opinião, é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o art. 18 dos Estatutos dos Advogados, aplicável ao caso, a relação de emprego não retira do advogado (mesmo que do Estado, me permito acrescentar), a sua isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional.”

Nesse mesmo sentido, é remansosa e pacífica a jurisprudência do STJ, conforme os seguintes precedentes: RHC 83355, RHC 82377, RHC 46102, RHC 44582, RHC 39644, HC 377430, HC 369019, HC 185591.

Ademais, como já reiterado, a emissão de parecer não vincula o administrador público, logo, não ocasionando a sua lavratura, ipso facto, dispensa de licitação. O tipo penal do artigo 89 da Lei 8.666/93 prevê como determinantes os verbos “dispensar” e “inexigir”, somente incidíveis aos ordenadores de despesas, e não ao advogado. O tipo não traz a previsão quanto a emissão de parecer favorável, sendo vedado, portanto, ampliar os núcleos do tipo para alcançar uma figura completamente estranha ao mesmo.

Confira-se, neste sentido o seguinte julgado:

Ementa: habeas corpus - crime do art. 89 da lei 8.666/93 - advogadas que apenas exararam e aprovaram parecer opinando pela dispensa de licitação - atipicidade da conduta - imunidade do advogado - exclusão das pacientes da ação penal - ordem concedida - decisão unânime. 1 - Examinando o art. 89 da Lei 8.666/93 verifico sem muito esforço que os verbos do tipo são "dispensar", "inexigir" e "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade". Observa-se, também, que as referidas advogadas jamais poderiam ter incorrido nessa figura típica por não serem ordenadoras de despesa, já que o parecer não possuiria caráter vinculante e não obrigaria os demais réus da ação penal, quais sejam, o secretário de educação e seu adjunto, a procederem a contratação sem licitação da Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa - FADESF; 11 - Admitir que duas operadoras do direito sejam injustamente processadas criminalmente, como afirmaram os impetrantes, seria criminalizar o próprio exercício da advocacia que a Carta Magna visou proteger, ao dispor em seu art. 133 que; "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Em outras palavras, procurou dizer o legislador constituinte que o exercício da advocacia não é crime, sendo garantido ao advogado fazê-lo com plena liberdade, exarando, se for o caso, parecer com suas convicções, estejam elas certas ou erradas. O importante é proteger a liberdade de pensamento. Precedentes do Colendo STF e do STJ; 111 - Sabe-se que no ordenamento jurídico atual o regular exercício da ação penal já trás consigo uma agressão à dignidade do acusado e que por isso deve ser exercida com uma base probatória mínima, a fim de subsidiar a acusação. In casu, não basta à mera afirmação de que as pacientes teriam incorrido no crime por terem pura e simplesmente exarado e aprovado parecer técnico que, depois, provou-se estar incorreto. Isto porque, além de não terem incorrido no verbo do tipo como coautoras, não há provas de terem dolosamente agido como partícipes, concorrendo para a consumação do crime; IV - Não havendo requisito indiciário mínimo a evidenciar a participação dolosa das coactas, falta justa causa para o exercício da ação penal. Ressalte-se que não estamos aqui revolvendo matéria probatória, o que é sabidamente vedado em sede de habeas corpus. Afinal sequer é necessário analisar as provas dos autos, pois se está diante de ilegalidade flagrante, perceptível icto oculi. Como visto, basta a simples comparação entre a conduta das pacientes e o núcleo do tipo para perceber que não estamos diante de condutas enquadradas na lei como crime. Ora, se



a atipicidade salta aos olhos dessa forma não há outra saída a não ser determinar a exclusão das pacientes da ação penal, sob pena de se cancelar odiosa ilegalidade; V - Ordem concedida, excluindo-se as pacientes da ação penal. (Acórdão 110034 - Comarca: Belém - Fórum Criminal - CAMARAS CRIMINAIS REUNIDAS - Data de Julgamento: 16/07/2012 - Proc. nº. 20123010148-2 - Rec.; Habeas Corpus - Relator(a): Des(a). Rômulo José Ferreira Nunes.)

Os elementos constitutivos do tipo, assim, são expressos e taxativos, não se admitindo interpretação extensiva, pois de modo inverso, haveria de ser manejada uma analogia *in malam partem* o que é completamente vedado pelo direito penal.

Portanto, na condição de parecerista não há como o advogado incorrer no tipo imputado, até porque, como leciona o professor Hely Lopes Meirelles: **“pareceres normativos 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”** (Direito administrativo brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 10a. Ed., 1984, p. 200).

Carlos Pinto Coelho Motta, em passagem oportuníssima, traz à colação que **“o parecer jurídico não constitui, em si, ato administrativo, representando uma peça opinatória especializada, tecnicamente cautelar, que pode e deve ser agregada ao ato, como elemento de sua fundamentação e o parecer exige ainda um ato administrativo de aprovação ou de acolhida”**. (Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor, in: Doutrina, pareceres e atualidade nº 933).

Esse entendimento, aliás, já foi sacramentado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento que segue:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS; ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., ART. 70, PARÁG. ÚNICO, ART. 71, II, ART. 133. LEI Nº 8.906, DE 1994, ART. 2º, § 3º, ART. 7º, ART. 32, ART. 34, IX.



I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13a. ed., p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS nº 24.073. Tribuna] Pleno, Relator Min. Carlos Velloso)
Em seu destacado voto no julgado acima, o Ministro Marco Aurélio asseverou que: "o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão. Na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei. (...) Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador"(STF-MS nº 24.073).

Deste modo, a emissão de parecer jurídico encontra-se agasalhada pela inviolabilidade do artigo 133 da Constituição da República. O advogado devidamente habilitado ao emitir **um parecer está a exercer uma de suas atribuições, não cometendo crime, sendo certo que** é seu direito fazê-lo com liberdade, tal qual determina o artigo 7º, inciso I da Lei 8.906/94. Ademais, em se tratando de manifestação do pensamento técnico do profissional, não há que se falar em criminalização do pensamento.

RESPOSTA AOS QUESITOS

1. Qual a natureza do parecer jurídico elaborado por advogado em processos administrativos?

Os pareceres sobre questões jurídico-formais são atos privativos dos advogados legalmente habilitados, segundo o art. 1º do EOAB. Nessa condição, são opinativos quanto à regularidade jurídica das posturas da administração.

Nada obriga a uma dada autoridade acatar ou não a opinião sugerida em parecer, que se caracteriza como um ato enunciativo. A circunstância de, em algumas situações, ser o parecer condição necessária antecedente para o prosseguimento de uma postura administrativa, não haverá de submeter seu prolator à condição de réu em ações que debatam desvios, erros grosseiros ou atos dolosos de outros profissionais envolvidos no tema de fundo sob investigação.

2. O parecer jurídico possui caráter decisório ou vinculante?

O parecer jurídico ostenta caráter opinativo. Não existe resolutividade no parecer, mas o advogado é instado a bem exercer esse *munus* constitucional não se admitindo o cometimento de erro grosseiro, nem tampouco deficiente conhecimento da doutrina e da jurisprudência, e, menos ainda, agir dolosamente com a intenção de prejudicar a administração ou de extrair vantagem pessoal de sua opinião.

3. Podem os advogados pareceristas responder a inquéritos, ações de improbidade ou penais, quando seus pareceres externam teses juridicamente defensáveis?

Os pareceristas somente podem responder por seus atos quando incorrentes em dolo ou erro grosseiro. Ser investigado em inquérito civil ou criminal retrata circunstância a que todos os profissionais da advocacia estão sujeitos, o que não está a autorizar, que o Ministério Público, automaticamente, converta em ação de improbidade ou ação criminal todos os inquéritos que envolvam a emissão de

parecer, sem indícios sólidos de que a postura do parecerista tenha sido deliberadamente dolosa ou pautada em erro grosseiro, e que efetivamente tenha causado o dano ao erário.

4. Aplica-se aos advogados pareceristas o artigo 89 da Lei nº. 8.666/93?

Os artigos de cunho criminal da lei de licitação prescrevem tipos cerrados que podem sim, ser decorrentes de posturas administrativas mal orientadas por advogados pareceristas. Nesta condição pode haver responsabilização quando se constate uma ação dolosa ou a prática de erros grosseiros que revertam em enriquecimento ilícito. Não sendo este o caso, não haveria porque o Ministério Público automaticamente arrolar os advogados em tais processos, pois isto atentaria contra o a inviolabilidade do advogado consagrada no art. 133 da Constituição da República.

5. Com base no artigo 37, § 5º da Constituição Federal, é possível ajuizar ações de improbidade administrativa em face de advogados pareceristas, quando ultrapassado o lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no artigo 23, inciso I, da Lei nº. 8.429/92?

Se a conduta do advogado estiver comprometida por dolo específico, v.g., com deliberada intenção de fraudar a administração, e com comprovado enriquecimento ilícito, pode e deve ser objeto de processo administrativo e criminal. Os prazos prescricionais estão previstos na legislação. Em não havendo prova antecipada de prática de conduta dolosa não cabe ação de ressarcimento por improbidade prescrita após o quinquênio legal (STF RE 852.475). A nova LINDB e as alterações normativas atinentes ao tema da improbidade, são conducentes ao reconhecimento de que a pena de ressarcimento somente pode ser aplicada se comprovado o prejuízo decorrente da conduta dolosa do agente, o que já estava em vigor em nosso ordenamento constitucional. Em se tratando de parecer opinativo sem poder de decisão, revela-se inaceitável a propositura de ações com o propósito de responsabilizar advogados em geral, antes ou depois do quinquênio legal.

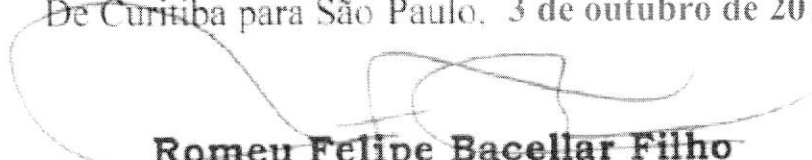


Conclusão geral.

A conclusão geral é de que a importante atividade investigativa encontra limites na atuação competencial dos demais agentes envolvidos. Uma litigância aberta e ilimitada haverá de desestruturar a área técnica de todos órgãos da administração, trazendo temor e incerteza aos pareceristas. Faz muito mal ao homem de bem ver submetida sua ação, ainda que, por mínima dúvida, em razão de seu caráter, sua honra e sua honestidade. É imprescindível que os agentes de Ministério Público se premunizem contra a compulsividade, entendendo que qualquer ação de reprobabilidade de conduta só deve ser intentada após a inequívoca evidência de que o fato constitui ato enquadrável no direito punitivo. Ao CNMP, como o órgão máximo de regulação do Ministério Público brasileiro, compete normatizar e evitar abusos em atuação repressiva de seus comandados que seja conducente a inviabilizar a função constitucional de outra função constitucionalmente prevista, e, tão importante quanto a do *Parquet*, como é a nobre função do advogado.

É o parecer.

De Curitiba para São Paulo, 3 de outubro de 2018.


Romeu Felipe Bacellar Filho
Professor Titular da UFPR
Professor Titular da PUC/PR
Doutor em Direito do Estado