**PROPOSTA DE RECOMENDAÇÃO N° \_\_\_\_\_, DE 2017.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília/DF, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ 2017.

**RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

**Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público**

**PROPOSTA DE RECOMENDAÇÃO**

**ProponeNteS:** Conselheiros Leonardo Accioly da Silva e Erick Venâncio

**J U S T I F I C A Ç Ã O**

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

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

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

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

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

Assim, para que o *Parquet* possa atribuir ao advogado a prática de ato delituoso ou ímprobo, faz-se necessário que se demonstre a má-fé como o móvel condutor da confecção do parecer. Este é, inclusive, o entendimento já pacificado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça[[1]](#footnote-1).

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

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

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

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

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do MS nº 24.631/DF, de relatoria do então Min. Joaquim Barbosa, também já decidiu que “***É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário.*** *Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.”* (grifos nossos).

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

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

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acrescente-se que o erro, isoladamente, não pode e nem deve justificar o ajuizamento **de ação penal**, pois, por se tratar de uma falha na análise interpretativa da lei em relação a um caso concreto, indica ausência de dolo, assim compreendido como a vontade deliberada de praticar um ilícito. Desta forma, à luz do princípio da fragmentariedade, segundo o qual o direito penal apenas deve ser utilizado quando as demais esferas mostrarem-se insuficientes, resta evidente que o advogado parecerista pode apenas se responsabilizado nas searas civil e administrativa, quando o erro grosseiro contribuir para a concretização do ilícito.

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

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

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017.

**LEONARDO ACCIOLY DA SILVA**

**CONSELHEIRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**ERICK VENÂNCIO**

**CONSELHEIRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

1. “É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.” (STJ, 2ª Turma, REsp nº 1183504, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, pub. no DJe de 17/06/2010). [↑](#footnote-ref-1)
2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. P 144. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Assim, via de regra, se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, e dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca a sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é, como bem define Hely Lopes MEIRELLES: ‘”**o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva**” (Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189).” [↑](#footnote-ref-3)
4. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito.* 2ª ed. São Paulo, RT. 2001. p.12. [↑](#footnote-ref-4)