

Agravo de Instrumento n. 0009120-68.2016.8.24.0000, de Tubarão
Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – PARECER EMITIDO POR PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO – LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 133 DA CRFB/88 E ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 8.906/94 – ATO MERAMENTE OPINATIVO – GARANTIA DE IMUNIDADE DO ADVOGADO – CULPA NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE – DECISÃO REFORMADA PARA REJEITAR O RECEBIMENTO DA INICIAL, COM FULCRO NO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92 – RECURSO PROVIDO.

1. De acordo com *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, "Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer." (*Temas polêmicos sobre licitação e contratos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 890).

2. "(...) 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." (MS 24073 / DF, rel. Min. *Carlos Velloso*, j. 06.11.2002).

Agravo de Instrumento n. 0009120-68.2016.8.24.0000

2

3. A proposição da ação de improbidade administrativa deve estar sempre lardeada no bom senso e na cautela, isso porque, referida ação reúne características repressivas muito semelhantes a da ação penal, já que as graves consequências da eventual condenação em sede de ação por ato de improbidade administrativa revelam o forte conteúdo penal e os inquestionáveis aspectos políticos desta medida judicial. Dessarte, o estigma originado tão somente com a proposição desta medida judicial, a qual contém fortes características repressivas, é fator suficiente a ensejar precaução por parte do julgador quanto ao recebimento desta ação, quando a petição inicial não apontar com precisão a culpabilidade do agente.

4. O processo dialético imanente à Ciência Jurídica é um plexo que abriga os posicionamentos mais discrepantes possíveis, razão pela qual se exige para a validade de atos jurídicos, nestes compreendidos os pronunciamentos judiciais, as petições, os pareceres técnicos entre outros, exposição de fundamentação e motivos, à guisa de tonificar a tese defendida." (Agravo de Instrumento n. 2009.060743-0, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 3.8.2010)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0009120-68.2016.8.24.0000, da comarca de Tubarão (Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb.) em que é/são Agravante(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Agravado(s) João Olávio Falchetti e outros.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi, que o presidiu, e Des. Cid Goulart.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 16 de agosto de 2016.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Relator

Gabinete Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra a decisão proferida (fls. 28-39) pelo juiz substituto Rodrigo Fagundes Mourão que, na ação civil por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo agravante, nestes termos decidiu:

a) Recebo a petição inicial da presente Ação Civil Pública e determino o seu processamento, quanto aos réus João Olávio Falchetti, Akilson Ruano Machado, Matheus Roetger Madeira e Amanda da Silva Menger, devendo serem citados, para, querendo, apresentarem resposta, no prazo legal;

b) Indefiro a petição inicial e julgo extinto o feito, sem resolução de mérito, no que tange à ré Patrícia Uliano Effting, com fulcro nos artigos 295, inciso II, e 267, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil;

c) Decreto, liminarmente, a indisponibilidade do montante de R\$ 21.033,54 (vinte e um mil, trinta e três reais e cinquenta e quatro centavos) das contas bancárias dos réus João Olávio Falchetti e Akilson Ruano Machado, medida a ser implementada pelo sistema BacenJud.

Nas razões recursais o representante ministerial afirmou, em linha gerais, existir lastro probatório mínimo a respeito da concorrência, efetiva e eficaz, da agravada Patrícia Uliano Effting na prática dos atos de improbidade administrativa narrados na exordial, tendo em vista que, na condição de Procuradora-Geral do Município de Tubarão, recebeu, em mãos, para análise dos reflexos jurídicos do que se pretendia publicar e distribuir, a versão preliminar do "Informativo Gestão Cidadã". E, mesmo após examinar o material, e tendo conhecimentos suficientes para notar que a referida publicação importaria em evidente violação ao mandamento contido no art. 37, § 1º, da CRFB/88, limitou-se a apontar singelos erros de ortografia e de diagramação.

Sustentou que a ora agravada, ao avaliar a publicação do reportado informativo, apesar da clara violação aos princípios da legalidade (art. 37, § 1º, da CRFB/88 e art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429/92) e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88 e art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92), concorreu com a promoção pessoal dos demandados João Olávio Falchetti (Prefeito) e Akilson Ruano Machado (Vice-Prefeito) à expensas do erário municipal.

Enfatizando a presença do requisitos necessários, postulou a

Agravo de Instrumento n. 0009120-68.2016.8.24.0000

4

antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, do provimento do reclamo para que a inicial da ação civil pública também seja recebida em relação à agravada. (fls. 2-23)

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido. (fls. 156-162)

Contrarrazões às fls. 66-72.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pela Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso, opinou pelo provimento do recurso. (fls. 133-146)

Este é o relatório.

VOTO

Pretende o recorrente, por meio do presente agravo de instrumento, reformar a parte da decisão que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada por Patrícia Uliano Efftting, declarando a extinção da ação em relação a ela.

A decisão vergastada, a respeito da prefacial ventilada pela agravada, consignou:

A respeito dos pareceres emitidos por procuradores ou advogados de órgãos da administração pública, prevalece tanto na doutrina quanto na jurisprudência o entendimento segundo o qual o parecer possui caráter apenas opinativo, com o escopo de se controlar preventivamente a legalidade do ato administrativo, cabendo, porém, ao Administrador a derradeira decisão, que obrigatoriamente deverá ter como objetivo o interesse público.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

“os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação. (...) 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 direitos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos tem conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.” (Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.151).

[...]

Infere-se, portanto, que a responsabilidade do procurador ou advogado parecerista há de ser analisada diante do caso concreto, demonstrando-se a excepcionalidade da situação, na qual a má-fé seja o elemento subjetivo que ensejou a produção do parecer.

Sem que se demonstre dolo ou culpa grave, não há como se pretender responsabilizar solidariamente o gestor e o assessor jurídico, quanto mais no caso em tela, em que se pretende a responsabilização em virtude de suposta omissão decorrente do fato de a procuradora não ter destacado a ofensa à ilegalidade e impessoalidade do ato administrativo praticado pelo Alcaide Municipal.

Diante desse contexto, a adoção do entendimento defendido pelo Órgão Ministerial, no sentido de que a mera ciência da produção do informativo ensejaria a prática de ato de improbidade administrativa, acarretaria uma situação em que diante do temor de serem responsabilizados pelos atos dos gestores públicos, os assessores jurídicos teriam sua independência funcional maculada, interferindo de forma profunda e no regular desempenho de suas funções.

No caso em apreço, denota-se a inexistência de indícios suficientes a ensejar o recebimento da petição inicial em relação à Procuradora do Município,

diante da ausência de comprovação de que tenha contribuído com dolo ou culpa grave para a prática dos atos ímprobos descritos.

Contrariamente ao aludido na peça de ingresso, não há nos autos prova da *"vontade livre e consciente de contribuir com o propósito de publicar o informativo nos exatos moldes em que foi confeccionado"* (sic)

Com efeito, não foi apresentada sequer a prova de que a demandada tenha se manifestado por escrito na "provinha" do informativo, determinando a sua correção ortográfica, segundo alegado pela demandada Amanda da Silva Menger, em seu depoimento extrajudicial.

Dessa maneira, ainda que a demandada tenha exarado parecer verbal favorável à publicação do informativo "Gestão Cidadã", tal ato resume-se a mera opinião, não tendo caráter de ato administrativo, não podendo, portanto, ser tido como improbo.

Conforme explicitado, o parecer não se caracteriza como ato administrativo, sendo, somente, sua opinião técnica a respeito da situação, a fim de orientar o administrador público na tomada de sua decisão.

Ademais, cumpre alhear que a Constituição Federal prevê que *"O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."*

Na mesma linha do dispositivo constitucional, o Estatuto do Advogado, Lei nº 8.906/94, estabelece em seu art. 2º, § 3º, que *"no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei."*

Embora essa inviolabilidade profissional não se revista de caráter absoluto, *"para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito, é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável."* (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.060743-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 03.08.2010).

Assim, embora nesta fase de cognição sumária vigora o princípio *in dubio pro societate*, não vislumbro qualquer elemento capaz de justificar o recebimento da exordial.

Posto isso, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da demandada Patrícia Uliano Effting, com o conseqüente indeferimento da petição inicial e extinção do feito sem resolução de mérito em relação à sua pessoa. (fls. 33-37)

O pronunciamento do douto togado de primeiro grau, não merece reparo.

Quando integrante da Primeira Câmara de Direito Público, tive a oportunidade de proferir voto em caso bastante semelhante, o qual versava justamente sobre ato de improbidade administrativa imputado a agente público que, na condição de procurador municipal, lavrou parecer posicionando-se favorável ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. Por entender que os argumentos lançados no agravo de

Agravo de Instrumento n. 0009120-68.2016.8.24.0000

7

instrumento n. 2009.060743-0 se encaixam como luva à resolução da presente controvérsia, passo a transcrevê-los:

O art. 133 da Lei Maior preceitua que: "*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*".

Cumpra aduzir, desde logo, o pertinente comentário do professor Elias Farah, no que concerne a auto-aplicabilidade do art. 133 da Constituição Federal:

"A advocacia por razões históricas, mereceu a previsão constitucional de sua importância, submetida ao comando do preceito da indispensabilidade do advogado na administração da Justiça, de eficácia plena, e do preceito de inviolabilidade, de eficácia redutível "nos limites da lei". A razão da inserção constitucional está em ter sido a advocacia considerada o mais eficaz instrumento da garantia da efetivação da cidadania, e que o leigo pensa, enganadamente, ter sido na defesa do profissional." (*Caminhos tortuosos da advocacia*. São Paulo: LTR, 1999. p. 35).

Tais garantias restaram novamente confirmadas no texto do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*:

"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."

Uma das funções exercidas pelo advogado no seu mister, é a emissão de pareceres jurídicos. Tal atividade, segundo o professor *Carlos Pinto Coelho Motta*, consiste na elaboração de peça processual que corporifica e veicula a opinião técnica do advogado acerca de determinado assunto, tal como é apresentado à sua percepção, acervo técnico e experiência. (*Fórum Administrativo*. ano. 3, n. 28. jun. 2003. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. Belo Horizonte: FA. p. 2369-2375).

No caso em tela, o que se discute é a prática de ato ímprobo em razão da emissão de parecer jurídico pelo ora agravante, na época Procurador Geral do Município de Chapecó, pelo fato de ter opinado favoravelmente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a empresa TRR Siviero Ltda, cuja finalidade era o fornecimento de combustível.

Compulsando-se os autos, depreende-se que a emissão do parecer jurídico questionado (fls. 96-98) era facultativa. A peça jurídica, por sua vez, ainda que sucinta, está devidamente fundamentada, não se permitindo, pois, impingir conduta ímproba a seu subscritor, em razão do seu direito constitucional e infraconstitucional de se manifestar no livre exercício da profissão, mormente porque ausente descrição de conduta dolosa almejando alcançar finalidade não prevista em lei.

A propósito, aliás, traz-se à colação as esclarecedoras lições de *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, que assevera: "*Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem em*

Gabinete Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer." (Temas polêmicos sobre licitação e contratos. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 890)

Demais disso, impende ressaltar, por oportuno, que a emissão de parecer jurídico, por advogado investido em cargo público, não compreende, por si só, ato administrativo.

As palavras do professor *Carlos Pinto Coelho Motta* consubstanciam tal assertiva:

"O parecer jurídico não constitui, em si, ato administrativo. Representa uma peça opinatória especializada, tecnicamente cautelar, que pode e deve ser agregada ao ato, como elemento de sua fundamentação. O parecer exige ainda um ato administrativo de aprovação ou de acolhida. Inúmeras decisões jurisprudenciais corroboram a afirmativa de que parecer jurídico não é ato administrativo." (*Fórum Administrativo*. ano. 3, n. 28. jun. 2003. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. Belo Horizonte: FA. p. 2369-2375.)

Nesse sentido, já se manifestou o Pretório Excelso:

"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." (MS 24073 / DF, rel. Min. *Carlos Velloso*, j. 06.11.2002).

O voto lavrado pelo eminente Min. *Carlos Velloso* foi bastante elucidativo no tocante à matéria, porquanto, peço vênica para extrair excerto do seu ponderoso pronunciamento, e adotar como minhas, as razões declinadas pelo ilustre jurista:

"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. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:

"Pareceres – 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, ordinária, negocial ou punitiva." (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª. ed., Malheiros, pág. 185).

Celso Antônio Bandeira de Mello não obstante classificar os pareceres como atos administrativos de administração consultiva, deixa expresso, entretanto, que visam eles "a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa". (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 13ª. ed., 2001, pág. 377).

É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão "informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa."

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, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

Este é o primeiro fundamento que me leva a deferir a segurança.

Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão do *writ*, é este: o advogado, segundo a Constituição Federal, "é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

Na linha dessa disposição constitucional, dispõe o Estatuto do Advogado, Lei 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º:

""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."

O art. 7º proclama os direitos dos advogados, incisos I a XX, prerrogativas e direitos assegurados ao advogado-empregado.

Certo é, bem esclarece a inicial, "que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: "Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa." Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, "de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilidade do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nessa hipótese."

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações

divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável."

Pelo exposto, infere-se que o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, não fazendo, portanto, parte deste. Por outro lado, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, está consequentemente incorporando as razões técnicas ao ato administrativo, todavia, isso não implica na perda de autonomia do ato meramente opinativo, que, frise-se novamente, nem ato administrativo é.

Nessa mesma toada, cumpre transcrever as manifestações, respectivamente, dos eminentes Ministros da Corte Suprema, *Carlos Britto* e *Marco Aurélio*, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 24.631, o qual tratava exatamente da responsabilidade de procuradores pela emissão de pareceres que serviram de substrato para a edição de atos administrativos.

As palavras do Min. *Carlos Britto*:

"Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator. Faço uma ressalva quanto a um dos fundamentos. Não entendo, *data venia*, que o fato do parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme no administrador."

Aquiescente, ponderou o Min. *Marco Aurélio*:

"Por ora, também não me comprometo com a tese de responsabilidade abrangente do autor do parecer enquanto simples peça opinativa."

Referido acórdão restou 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." (MS 24631 / DF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 09.08.2007).

Nesse desiderato, o Superior Tribunal de Justiça vem confirmando a tese de imunidade dos advogados por emissão ou aprovação de pareceres, com fulcro no art. 133 da Constituição Federal, uma vez que esse tipo de atividade, segundo entedimento daquela Corte, está diretamente ligada ao exercício da profissão de advogado, o qual se encontra abrigado pelo pálio da imunidade que é inerente ao seu mister.

A respeito, confira-se:

"HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO. 1. Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.

(...)" (HC 46906 / DF, relª. Minª. Laurita Vaz, j. 1712.2007).

"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 INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. Não comete crime algum 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." (RHC 7165/RO, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 22.06.1998)

Em suma, é necessário gizar que o advogado subscritor de parecer não pode ser meramente responsabilizado por haver externado e esposado seu entedimento, juízo ou opinião quanto ao tema examinado, sem que hajam provas robustas de que este profissional tenha obrado com intuito de se desviar dos ditames legais.

Não se que dizer com isso que os advogados estão totalmente imunes pelos atos praticados no exercício da profissão. Em situações excepcionais, e tão somente nestes casos, é possível sim enquadrar o consultor jurídico ou parecerista como sujeito passivo em ação de improbidade administrativa. Entrementes, como bem ponderou o ínclito Min. Humberto Martins, ao relatar o REsp. n. 1.183.504, "*para isso é preciso que a peça opinativa seja apenas um*

instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização de 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."

Porquanto, é importante que se diga, que o pedido administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela empresa fornecedora de combustíveis só obteve parecer favorável por parte da Procuradoria Geral do Município de Chapecó, após ter sido concedida liminar no processo n. 018.05.007916-3, o qual tratava de questão muito semelhante a esta. Registre-se, ainda, que esta liminar foi posteriormente confirmada quando do julgamento de mérito da referida ação.

Transcrevo, por entender pertinente, excerto da sobredita liminar, tudo com o escopo de demonstrar a plausibilidade do parecer objeto do litígio:

"ANTECIPO PARCIALMENTE A TUTELA para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro no Contrato n. 70/2005, determinado ao Município de Chapecó que, doravante, pague à autora, por litro de óleo diesel que por esta lhe for entregue, o valor desembolsado em sua aquisição junto à Distribuidora (acaso esse valor seja superior àquele previsto no Contrato), até que sobrevenha sentença no feito, servindo como prova para tanto a respectiva Nota Fiscal." (fls. 594-595)

Não obstante o pronunciamento judicial tenha possibilitado, em caso análogo, o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro em contrato de fornecimento de combustíveis, o Ministério Público alegou na exordial que o réu Antonio Marcos Gavazzoni obrou com imperícia, "*uma vez que responsável pela emissão de parecer técnico, (com) negligência na análise da situação concreta e, até mesmo, (com) imprudência na emissão precipitada do parecer jurídico, (...) fato que acarretou prejuízo ao erário municipal.*" (fl. 33)

Do parecer objurgado extrai-se:

"A de se notar que esta Administração vem resistindo cotidianamente às pretensões de reequilíbrios econômicos dos contratos administrativos, sendo que até o presente momento nenhum reequilíbrio havia sido concedido administrativamente.

Oportuno se demonstrar que nos autos 018.05.007916-3, o Município de Chapecó sucumbiu judicialmente diante da decisão judicial, liminar, que determinou reequilíbrio de preços quando o caso era assemelhado, ou seja, ocorreu modificação do preço na base distribuidora, e o Município tendo resistido administrativamente, acabou sendo obrigado a proceder ao reequilíbrio dos preços, consoante demonstra o teor do despacho judicial abaixo:" (fl. 96)

Necessário salientar ainda a prudência que norteou o Procurador do Município quando da confecção do parecer, pois em qualquer momento verificou-se advir deste um tom de taxatividade determinando o reequilíbrio econômico da relação entabulada entre Município e TRR Siviero Ltda, fato que revela o caráter exclusivamente opinativo da peça jurídica por ele elaborada. Para tanto, trago à colação outro fragmento do indigitado parecer, de sorte a corroborar tal assertiva, confira-se:

"Diante do exposto, o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato 123/2006 poderá ser deferido, com a cautela de se juntar ao processo,

tabela atualizada de preços médios praticados na cidade de Chapecó, a qual demonstra que o valor médio praticado no mercado local é de R\$ 1,908, mantendo a proposta vencedora, com o reequilíbrio a ser deferido, de forma competitiva e dentro dos padrões fixados no edital de chamamento." (fl. 98)

Dentro desse contexto, não há se falar em negligência, imprudência ou imperícia, nem tampouco dolo ou má-fé do Procurador Municipal que confeccionou parecer meramente opinativo e devidamente fundamentado, mormente por estar fulcrado em decisão judicial, assim como por ter adotado a cautela necessária para o desfecho da questão.

Portanto, se formulada pretensão de imputar ato ímprobo ao agente público, este deverá ser excluído do processo se na petição inicial o autor não indicar com precisão em que consistiu a conduta do réu, pois, a mera presunção de culpabilidade não é assaz para deflagrar o ajuizamento de ação civil pública por ato improbidade administrativa.

A proposição da ação de improbidade administrativa deve estar sempre lardeada no bom senso e na cautela, isso porque, referida ação reúne características repressivas muito semelhantes a da ação penal, já que as graves consequências da eventual condenação em sede de ação por ato de improbidade administrativa revelam o forte conteúdo penal e os inquestionáveis aspectos políticos desta medida judicial.

Dessarte, o estigma originado tão somente com a proposição desta medida judicial, a qual contém fortes características repressivas, é fator suficiente a ensejar precaução por parte do julgador quanto ao recebimento desta ação, quando a petição inicial não apontar com precisão a culpabilidade do agente. Nesse sentido vale conferir julgado do Tribunal de Justiça Minas Gerais: Apelação Cível n. 1.0024.06.930400-04/001, rel. Des. *Armando Freire*.

Com efeito, denota-se, outrossim, que as inúmeras variantes aplicáveis a uma mesma questão jurídica é característica intrínseca à Ciência do Direito, o que indubitavelmente, enseja ampla interpretação do sentido e alcance da própria lei. Por conta disso, não se pode exigir dos juristas uma verdade única e absoluta acerca de determinada questão. Quando muito, pode haver um posicionamento dominante, que por vezes parece ser mais aceitável para a maioria, mas que não deve guardar o significado de verdade estreme e imune à contestação.

Como é sabido, por nós operadores do direito, o processo dialético imanente à Ciência Jurídica, é um plexo que abriga os posicionamentos mais discrepantes possíveis, razão pela qual se exige para a validade de atos jurídicos, nestes compreendidos os pronunciamentos judiciais, as petições, os pareceres ministeriais, os pareceres jurídicos elaborados por advogados entre outros, exposição de fundamentação e motivos, à guisa de tonificar a tese defendida.

Destarte, não se há de negar validade ou mesmo inquinar um parecer jurídico como ilegal, apenas porque diverge do entendimento por nós defendido. Pois, como há muito preconizava o filósofo *Voltaire*: "*Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.*"

Dito isto, impende registrar que, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei

8.429/92: "O juiz rejeitará a ação, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do réu, da inexistência do ato de improbidade ou da impropriedade da ação."

Coadunando o exposto, resta evidenciado que o agravante, na condição de Procurador Geral do Município de Chapecó, emitiu parecer jurídico interpretando, tão somente, os fatos que lhe foram apresentados, não podendo por isso ser responsabilizado, uma vez que tanto a lei quanto a jurisprudência garantem aos advogados, na qualidade de agentes indispensáveis à administração da justiça, o livre exercício da profissão, bem como a inviolabilidade por seus atos e manifestações. Seguindo essa linha de raciocínio, entendo que a conduta descrita na exordial não compreende ato ímprobo, o que me leva a crer que a inicial deveria ter sido rejeitada, consoante a regra insculpida no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PREFEITO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE PROCURADORIA JURÍDICA NO MUNICÍPIO - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRECEDIDA DE LICITAÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALTA DE PROVA DO DOLO E DA MÁ-FÉ

1. Nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como improbidade, mesmo quando aparentemente o ato tizado de irregularidade se enquadre na tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

2. "Sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca, arca com o ônus de prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a impropriedade da prestação jurisdicional" (AC n. 44.087, Des. Francisco Oliveira Filho). Ainda que na fase investigativa, é necessária a existência de indícios da prática de improbidade para justificar o recebimento da petição inicial." (Apelação Cível n. 2008.081144-5, de Ipumirim, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 19.05.2009).

Não vislumbrando, portanto, indícios de má-fé, dolo, culpa ou mesmo a existência de irregularidades no parecer jurídico capazes de configurar ato de improbidade administrativa, reforma-se a decisão objurgada, rejeitando-se o recebimento da inicial em relação ao ora agravante.

Compulsando-se os autos, denota-se, contudo, que a ré Patrícia Uliano Eftin, ora recorrida, foi incluída no polo passivo da demanda porque, na condição de Procuradora-Geral do Município de Tubarão, teria, de forma verbal, anuído com a publicação de informativo custeado pelo erário, e cuja finalidade seria a promoção de agentes políticos.

Oras, nos termos do voto proferido no agravo de instrumento n. 2009.060743-0, consignou-se exhaustivamente que pareceres jurídicos não são tidos como atos administrativos, dado que este tipo de estudo nada mais faz senão informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem

estabelecidas nos atos de administração ativa.

Em suma, o autor do parecer, o qual emite opinião não vinculante, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ainda que o administrador acolha as razões do parecer jurídico e as incorpore ao ato administrativo, isso, todavia, não implica na perda de autonomia do ato meramente opinativo.

Destarte, diante da ausência de indícios mínimos que comprovem a má-fé, o dolo, a culpa ou mesmo a existência de irregularidades ao suposto ato atribuído à agravada, entendo que a conduta a ela atribuída na peça póstica não caracteriza ato ímprobo, de modo que o decreto de extinção da ação quanto a ela seja mantido.

Pelo exposto, voto para negar provimento ao recurso.

Este é o voto.