

Economic Analysis of Law Review

O Dolo e a Má-Fé como Elementos Fundantes da Responsabilização do Advogado Parecerista por Ato de Improbidade Administrativa

Dolo And Bad Faith As Fundant Elements Of The Responsibility Of The Partner Lawyer By Act Of Administrative Improbability

Jean Colbert Dias¹

Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Viviane Coelho De Sellos-Knoerr²

Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

RESUMO

Trata o presente artigo de pesquisa acerca da atuação profissional do advogado e a sua proteção constitucional. O estudo também destaca o papel do advogado parecerista nas contratações públicas, os limites de sua atuação e a natureza jurídica do parecer emitido por ele em processos licitatórios. A pesquisa contempla a diferenciação entre os atos de gestão pública e a atuação do advogado parecerista nas contratações públicas. O estudo apresenta os aspectos técnicos da decisão paradigmática proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF; analisando o dolo, a má-fé e o erro grave, como elementos fundantes da responsabilização por atos ímprobos. Também investigou-se a boa-fé objetiva como elemento estruturante e inicial de todos os atos administrativos. A pesquisa findou abordando as recentes decisões judiciais que dão sustentação à reconsideração acerca da responsabilidade do administrador público e do advogado parecerista, que excluem o erro como hipótese do fundamento punitivo pela Lei de Improbidade Administrativa. O presente artigo foi edificado mediante a utilização do marco metodológico dedutivo, valendo-se como premissa maior a Constituição Federal e a definição da imunidade do exercício profissional da advocacia, verificando-se as exceções nas normas infraconstitucionais, com destaque para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A finalidade da pesquisa foi de obter resposta ao seguinte questionamento: quando o advogado público pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa pela emissão de parecer jurídico?

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Dolo; Má-fé; Advogado; Parecer Jurídico.

ABSTRACT

This research article deals with the professional performance of the lawyer and its constitutional protection. The study also highlights the role of the legal counsel in public procurement, the limits of his practice and the legal nature of the opinion issued by him in bidding processes. The research contemplates the differentiation between the acts of public management and the role of the legal adviser in public contracts. The study presents the technical aspects of the paradigmatic decision handed down by the Supreme Federal Court when the writ of mandamus no. 24.631-6 / DF; analyzing deceit, bad faith and serious error, as founding elements of accountability for unjust acts. Objective good faith was also investigated as a structuring and initial element of all administrative acts. The research ended by addressing the recent judicial decisions that support the reconsideration about the responsibility of the public manager and the legal adviser, who exclude the error as a hypothesis of the punitive foundation by the Administrative Improbability Law. This article was built using the deductive methodological framework, using the Federal Constitution and the definition of immunity from the professional practice of law as a major premise, checking the exceptions in the infraconstitutional rules, with emphasis on the application of the Law of Administrative dishonesty. The purpose of the research was to obtain an answer to the following question: when can the public lawyer be held responsible for an act of administrative improbity for issuing a legal opinion?

Keywords: Administrative dishonesty; Dolo; Bad faith; Lawyer; Legal Opinion.

R: 14/08/17 **A:** 13/03/19 **P:** 30/04/19

¹ E-mail: jean@diasferreiraadvogados.com.br

² E-mail: viviane@sellosknoerr.com.br

1. Introdução

Este artigo é fruto de pesquisa realizada acerca das hipóteses de responsabilização dos administradores públicos e principalmente dos advogados que examam pareceres jurídicos nas mais variados formas de contratações públicas por meio de processos licitatórios e assemelhados.

A pesquisa analisa inicialmente a atuação profissional advogado e sua proteção constitucional, destacando como premissa maior o artigo 133 da Constituição Federal e seus reflexos na Lei nº. 8.906/94 (Estatuto do Advogado), com especial enfoque à imunidade profissional do advogado e suas exceções.

O estudo também destaca o papel do advogado parecerista nas contratações públicas, os limites de sua atuação e a natureza jurídica do parecer emitido em processos licitatórios.

Por conseguinte o estudo contempla a diferenciação entre atos de gestão pública e a atuação do advogado parecerista nas contratações públicas, demonstrando que emissão de parecer jurídico não se confunde com atos de gestão, condutas essas próprias do administrador público e não do advogado no exercício do seu mister.

Após dispor sobre o âmago da atuação do advogado público nas licitações, passou-se à análise dos aspectos técnicos da decisão paradigmática proferida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2007, através do Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF, que definiu, na ocasião, as hipóteses de punição por ato ímprobo destacando como elementos fundantes o dolo, a má-fé e o erro grave, denominado também de erro grosseiro.

Esta pesquisa também buscou investigar a boa-fé objetiva como elemento estruturante e inicial de todos os atos administrativos, afastando a ideia da inversão valorativa sobre a atuação do administrador público conforme consolidado na visão popular, centrando-se na consideração técnica e principiológica dos atos administrativos.

Buscando fechar o raciocínio acerca do que denomina-se “Virada Hermenêutica”, são colacionadas recentes decisões judiciais e o atual arcabouço doutrinário que dão sustentação à reconsideração acerca da responsabilidade do administrador público e principalmente do advogado parecerista, excluindo o erro como hipótese do fundamento punitivo; destacando a decisões do Supremo Tribunal que irradiam-se para as demais Cortes nacionais, cujas decisões exigem para a caracterização do ato ímprobo a configuração, no caso concreto, de atuação dolosa ou de má-fé.

O problema enfrentado neste estudo está calcado na obtenção de respostas ao seguinte questionamento: quando o advogado público pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa pela emissão de parecer jurídico?

O presente artigo científico foi edificado mediante a utilização do marco metodológico dedutivo, valendo-se como premissa maior a Constituição Federal e a definição dos limites da imunidade do exercício profissional da advocacia, verificando-se as exceções nas normas infraconstitucionais, com destaque para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa às condutas desviantes.

Ainda, foi utilizado para a construção do presente artigo uma ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial, valendo-se da paradigmática decisão proferida pelo Pretório Excelso no ano de 2007 e sua remodelação atual que está definindo novos padrões de comportamento ético-jurídico perante a Administração Pública e seus reflexos na esfera judicial.

2. O Advogado e sua Proteção Constitucional

A pedra fundamental do presente artigo está estruturada no artigo 133 da Carta Magna de 1988³ que estatui: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. A *Lex Mater* não deixa qualquer dúvida no sentido de que a advocacia é inviolável com relação aos atos e manifestações praticados no exercício da profissão.

Espelhado nesta norma constitucional está o Estatuto do Advogado, materializado através da Lei nº. 8.906/94⁴, em seu art. 2º., § 3º., que dispõe:

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

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

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

A interpretação conjunta da norma maior e o do Estatuto do Advogado traduz-se que não só a atuação jurisdicional do advogado como também a emissão de pareceres jurídicos estão incluídos entre os atos e manifestações profissionais que são dotados de inviolabilidade profissional e, portanto, não poderiam gerar qualquer espécie de responsabilização ao seu emissor.

Destaca-se que, em regra, o advogado não pode ser responsabilizado pela emissão de parecer jurídico, pois ele apresenta tecnicamente apenas caráter opinativo, porém, há discrepância doutrinária e jurisprudencial afirmando inversamente que em determinados processos administrativos o parecer jurídico, diante de sua imprescindibilidade nas licitações, ultrapassaria a esfera da mera opinião jurídica e estaria vinculado ao próprio ato administrativo realizado pelo administrador público.

O parecer do assessor jurídico, de acordo com Hely Lopes Meirelles⁵ reveste-se de caráter meramente opinativo:

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 ordinária, negocial ou punitiva.

³ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. de 2020.

⁴ BRASIL. Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 4 de abril de 2019.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. Vol. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 256.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁹¹, por sua vez, assinala 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”*.

Também se mostra crível que a imunidade ao advogado que emana da Constituição Federal exija que o parecer jurídico esteja assentado em manifestação técnico-jurídica devidamente fundamentada, se defende tese aceitável e se está alicerçada em doutrina ou em jurisprudência factível, mesmo que não dominante.

Desta feita, o advogado, seja na atuação privada ou pública, quando emite um opinativo jurídico que segue linha doutrinária ou jurisprudencial razoável, mesmo que minoritária, exerce seu legítimo papel hermenêutico, não estando obrigado a manifestar sua opinião seguindo padrões predeterminados; senão lhe faltaria autonomia e independência profissional.

O presente artigo demonstrará ainda que a imunidade profissional do advogado não é absoluta, entretanto, sua responsabilização deve estar marcada pelo agir doloso ou de má fé, delimitando o campo de pesquisa especificamente nos processos licitatórios.

3. O Papel do Advogado Parecerista nos Processos Licitatórios

Especificamente nas contratações públicas oriundas de uma das várias espécies de procedimentos licitatório, inclusive a dispensa e inexigibilidade do certame licitatório previstas na norma vigente, na hipótese que o advogado atua como parecerista, certamente não lhe cabe efetuar ou justificar a contratação administrativa, exceto se atua na condição de administrador público e a contratação se origina de necessidade de atendimento oriunda do seu setor de atuação na Administração Pública.

O advogado, nesta hipótese, apesar da claudicância doutrinária e jurisprudencial sobre a temática, apenas exara parecer opinativo acerca das afirmações trazidas à baila pelo administrador público ao processo licitatório, pois somente ele detém informações de campo e conhece a realidade administrativa do seu setor ou órgão sobre a necessidade ou não de executar determinado serviço ou projeto.

Deste modo, ao advogado jamais é permitido adentrar a essas questões meritórias e muito menos dizer, por exemplo, numa eventual dispensa de licitação, se há ou não urgência ou emergência para tal desiderato, já que está fora de sua alçada de atuação.

Do advogado não pode ser exigido que vá a campo checar se os argumentos e o mérito administrativo acerca da abertura de determinado procedimento licitatório são verdadeiros ou não, até porque ele, normalmente, não dispõe de aptidão técnica para questionar a aquisição de bens ou serviços, salvo raras exceções, em que o advogado agrega formação complementar em área específica.

Por isso, o parecer jurídico deve se ater ao pronunciamento em tese sobre os argumentos trazidos pelo administrador público ao processo, ou seja, não lhe é cabível aferir o mérito administrativo.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 377.

A comprovação de que os argumentos utilizados pelo administrador público são ou não verdadeiros, caberia precipuamente aos órgãos de controle externo da Administração Pública e não ao advogado que, na mais palpável das hipóteses, integra órgão de controle interno que não está autorizado a interferir no mérito administrativo, exceto se houver choque expresso com a norma jurídica ou está fora do âmbito do que se entende por discricionariedade vinculada do administrador público.

Mormente em relação àqueles que possuem mandato eletivo, cujo controle é ainda mais limitado, na medida em que se avulta seu poder discricionário e delega-se, por força normativa, aos Tribunais de Contas a emissão de juízo sobre as contas públicas e finalmente cabendo ao Poder Legislativo o julgamento final sobre as contas do Chefe do Poder Executivo.

Em síntese, o parecer jurídico deve limitar-se à emissão de opinativo acerca da viabilidade ou não da modalidade licitatória escolhida, em harmonia com os fatos exprimidos pelo administrador público no caso concreto, tendo como premissa indeclinável que os fatos narrados são verdadeiros, baseados na boa-fé objetiva, que é natural nessa relação jurídica, e não o contrário.

Exatamente na porção de responsabilidade que atinge o profissional no exercício da advocacia, a boa-fé inerente aos atos administrativos deve ser o alicerce de sua atuação, na exata medida em que se propugna pelo reconhecimento da imunidade constitucional do advogado.

Por outro espeque, a imunidade deve encontrar limites quando comprovado cabalmente que o advogado agiu dolosamente ou de má-fé, merecendo inclusive a atenção do Direito Penal quando ultrapassada a perigosa linha do que se entende por corrupção.

4. O Advogado Público Não Exerce Atos de Gestão

Como já foi explicitado preliminarmente no tópico antecedente, descabe ao advogado fazer juízo de valor acerca do tema ou buscar extrair a seiva do mérito administrativo, até porque não lhe cabe na esfera limitada de seu labor tal viés interpretativo, sobretudo nos processos licitatórios que muito bem demarcam a linha divisória de atuação do advogado parecerista.

No que compete à assessoria jurídica da Administração Pública, cabe ao advogado prolatar parecer jurídico cotejando a situação factual narrada pelo administrador público, que deve acreditar ser verdadeira, até porque não haveria motivo para desconfiar da veracidade das informações baseado na fé pública que deve permear o ato administrativo levado a parecer.

Partir de outra proposição seria dispensar a necessidade da Administração Pública ser dividida em setores de gestão. Bastaria que tivessem advogados exarando pareceres para suprir as demais fases de qualquer processo administrativo, prescindindo do processo gerencial.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷ delimita muito bem a atividade da advocacia pública:

Temos realçado, em diferentes oportunidades, que a advocacia pública, quando na função consultiva, participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não exerce função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres.** Revista Consultor Jurídico, 20/08/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2020.

consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle, é posterior).

A atividade da advocacia, acima de tudo da advocacia pública, não pode ser equiparada às funções dos órgãos de controle externo da Administração Pública, muito menos lhe pode ser exigido o exercício de atividades típicas de auditoria ou fiscalização dos atos administrativos, pois apenas exerce controle interno, restringindo-se a responder consultas sobre os atos futuros ou pretéritos, opinando de acordo com a liberdade intrínseca ao exercício profissional, lastreado em corrente doutrinária ou jurisprudencial razoável, não urge que seja majoritária, com o fito de orientar o administrador público, cujo norte técnico não vincula a decisão a ser proferida e muito menos torna o advogado fiador da sua conduta.

5. O Precedente Do Supremo Tribunal Federal. O Mandado de Segurança Nº. 24.631-6/DF

Na mesma linha do raciocínio empregado nos tópicos anteriores deste artigo, sobretudo acerca do controle externo do ato administrativo, a doutrina produziu importante arcabouço técnico-jurídico para que os Tribunais brasileiros definissem que a opinião jurídica exarada pelo advogado não precisa estar alinhada com a interpretação jurídica dada por órgãos de controle externo, desde que livre do dolo, da má-fé ou da culpa grave ou erro grosseiro.

A autora Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸ trata pontualmente deste tema, fazendo menção expressa à decisão paradigmática proferida pelo Pretório Excelso no MS nº. 24.631-6/DF⁹:

É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de *má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro*. De outro modo, faltarão aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, *consideradas essenciais à justiça* pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O escólio jurisprudencial que foi construído com base na decisão do Supremo Tribunal Federal no MS nº. 24.631-6/DF firmou entendimento que não havendo comprovação de que o

⁸ DI PIETRO, 2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

parecer jurídico esteja caviado por conduta dolosa, por má-fé ou por culpa grave que ocasione o chamado erro grosseiro, não estaria caracterizado o ato ímprobo.

Dentre as hipóteses de responsabilização do advogado parecerista pode-se exemplificar as situações que ele interpreta os fatos e a norma de forma distorcida; quando seu atuar está manchado por ajuste ilícito prévio entre as partes para formalização de processo licitatório fraudulento.

Por outro lado, de acordo com a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, não evidenciado que o advogado agiu dolosamente, de má-fé ou mediante erro grosseiro, restará clarividente que o parecer deve ser considerado trabalho intelectual do advogado, não passível de censura, cuja manifestação se trataria de mero opinativo jurídico, que obviamente deve estar lastreado em vertente doutrinária ou jurisprudencial plenamente aceitável, mesmo que minoritária.

6. A Boa-Fé Objetiva como Pressuposto do Ato Administrativo

Os fatos que precedem o ato administrativos devem ser investigados longamente para evitar precipitações jurídicas no tocante à responsabilização do administrador público e principalmente do advogado parecerista, pois deve-se partir da premissa que todos os atos administrativos são realizados obedecendo os princípios motores da Administração Pública e não o contrário; a boa-fé objetiva deve ser considerada como ponto inicial de todos estes atos.

Ocorre que nem sempre há boa intenção dos administradores públicos, mas a boa-fé objetiva precisa ser desconstruída para fins de eventual punição administrativa ou judicial, portanto, quando identificado que o autor do fato agiu dolosamente, verificando-se sua vontade direcionada para violar a norma jurídica ou assumindo voluntariamente o risco que o ilícito venha a ser praticado, inclusive esperando que seu efetivo resultado nefasto ocorra, a responsabilização deve ser a regra.

Quando um advogado emite um parecer jurídico plenamente consciente de que está cometendo um ilícito, inclusive manifestando seu querer ilícito, sustentando o parecer técnico-jurídico no processo administrativo, não restará dúvidas de que ele deve ser penalizado não só na esfera administrativa como também na judicial cível e criminal.

Mais nefasta ainda será a conduta do advogado que, agindo dolosamente, valha-se da sua atividade profissional como parecerista num processo licitatório para amealhar benesses pessoais ou em benefício de terceiros em detrimento do erário público. Isso é corrupção.¹⁰

A corrupção está intimamente ligada ao enfraquecimento moral e ético no atuar do administrador público, que coopta as mais variadas gamas de técnicos públicos para dar ares de legalidade aos procedimentos licitatórios, perpassando certamente pelo parecerista jurídico que deveria servir como filtro de ilícitos na fase de controle interno do processo administrativo, tornando-se muito mais fácil a prática da ilicitude se houver o alinhamento jurídico com a conduta criminosa do administrador público.

¹⁰ MIRANDA, Luiz Fernando. **Unificando os conceitos de corrupção**: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 25, Brasília, janeiro - abril de 2018, p. 265. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n25/2178-4884-rbcpol-25-237.pdf>>, Acesso em: 10 de maio de 2019.

Também se mostra plenamente razoável encetar providências para punir aquele que age imbuído de má-fé, consistente na má intenção do administrador público ou do advogado parecerista, quando realizam seus respectivos misteres.

Humberto Theodoro Júnior¹¹ salienta sobre a má-fé que

As noções de lealdade e probidade não são jurídicas, mas sim da expressão social”. E ainda conclui dizendo “A lealdade é o hábito de quem é sincero e, naturalmente abomina a má-fé e a traição, enquanto que a probidade é própria de quem atua com retidão.

A jurisprudência aponta, inclusive, a má-fé como premissa para a caracterização do ato ilegal e ímprobo:

A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba” (TRF 1ª R. – AC 1999.38.02.000258-0/MG – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto – DJ 8-4-2005).¹²

No que toca ao erro - ainda utilizando-se da paradigmática decisão proferida pelo Pretório Excelso no MS nº. 24.631-6/DF - que demanda a punição do administrador público e principalmente do advogado parecerista é aquele denominado por inescusável, pois não se exige exatidão numa ciência humana como o Direito, tão aberta e sujeita a múltiplas interpretações.

Sílvio de Salvo Venosa¹³ assevera que o Código Civil¹⁴ assemelhou o erro à ignorância, apesar de discordar ao afirmar que não há identidade de conceitos:

O Código assemelhou e equiparou os efeitos do erro à ignorância. O erro manifesta-se mediante compreensão psíquica errônea da realidade, ou seja, a incorreta interpretação de um fato. A ignorância é um “nada” a respeito de um fato, é o total desconhecimento. Erro é forma de representação psíquica, porém desacertada, incorreta, contrária à verdade. A ignorância é ausência de conhecimento, falta de noção a respeito de um assunto; não há na ignorância nem mesmo a representação imperfeita, porque inexistente qualquer representação mental ou conhecimento psíquico. Como vemos, apesar de equiparadas nos efeitos pela lei, não há identidade de conceitos para as duas noções. Portanto, o que se diz para o erro, para fins legais, aplica-se à ignorância.

A doutrina assemelha a culpa grave ao erro grosseiro, como tem sido chamado na esfera judicial, inclusive por conta das alterações havidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹⁵, recorrendo também a distinção sobre as mais variadas formas de culpa.

A teoria subjetiva faz distinções com base na extensão da culpa. Culpa lata ou grave: imprópria ao comum dos homens é a modalidade que mais se avizinha do dolo; culpa leve: falta evitável com atenção ordinária; culpa levíssima: falta só evitável com atenção

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 100.

¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª R. – AC 1999.38.02.000258-0/MG – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto – DJ 8-4-2005. Disponível em: < <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2246548/apelacao-civel-ac-258-mg-19993802000258-0/inteiro-teor-100755029> >. Acesso em 22 de maio de 2019.

¹³ VENOSA. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, v.1,18. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 416.

¹⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm >. Acesso em: 4 de abril de 2019.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 12 de abril de 2019.

extraordinária ou com especial habilidade. No cível, a culpa mesmo levíssima obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*).¹⁶

Partindo-se da premissa acima aventada, é crucial aproximar o que se entende pelo erro e a boa-fé objetiva. Para reconhecer a boa-fé objetiva, importa primeiro conceituar a boa-fé subjetiva. Para Ruy Rosado de Aguiar¹⁷, a boa-fé subjetiva “é um dado interno, que está na consciência do sujeito, que o leva a acreditar (crença) na legitimidade de sua conduta”, de modo que “a pessoa é levada a crer que está sendo fiel ao ordenamento jurídico”.

Relativamente à boa-fé objetiva, o autor preconiza que se trata de um dever de agir de acordo com os padrões sociais recomendados, frisando que consiste ela em “uma cláusula geral, expressão do princípio da lealdade, que o juiz utilizará para verificar, nas circunstâncias daquele caso, qual a conduta que satisfaria essa exigência de lealdade”.¹⁸

Perceber-se que a lealdade e a confiança estão intrinsecamente relacionados ao conceito de boa-fé objetiva, fixando que o comportamento individual alinhe-se por modelos de retidão e honestidade. Caso o sujeito deixe de agir dessa forma, permite-se afirmar que sua conduta é ilícita, pois destoante da aceção objetiva de boa-fé.

A boa-fé objetiva define um modelo de comportamento social, exigindo, no caso do administrador público, que ajuste sua própria conduta a esse *standard* jurídico, pautando seu agir na lealdade, probidade e honestidade.

Américo Plá Rodríguez¹⁹ tece a distinção entre a boa-fé crença e a boa-fé lealdade:

[...] a boa-fé-crença é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém. É o sentido que se empresta quando se fala do possuidor de boa-fé (que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído) ou do cônjuge que contrai um matrimônio putativo (pois ignora o impedimento ou o erro essencial e, em consequência, os efeitos jurídicos se produzem como se o ato fosse válido) A boa-fé lealdade se refere a conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e bonrazes no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaceas, sem abusos, nem desvirtuamentos.

Neste contexto, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁰ promove a diferenciação da boa-fé *lato sensu* e da má-fé, destacando exatamente a comprovação do aspecto acerca do conhecimento, por parte do autor do fato, sobre a ilicitude de sua conduta:

O princípio da boa-fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé. Há quem identifique o princípio da boa-fé e o da proteção à confiança. É o caso de Jesús González Pérez, em sua obra sobre *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*.

Parte da doutrina liga umbilicalmente o princípio da boa-fé ao princípio da proteção da confiança, partindo-se da premissa de que o administrador público atua de boa-fé e não ao

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 460.

¹⁷ AGUIAR, Ruy Rosado de. **Proteção da Boa-fé Subjetiva**. In: Revista da AJURIS, vol. 39, n. 126, Junho de 2012, p. 190.

¹⁸ ÁVILA, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.

¹⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 425.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 123.

contrário, não havendo sentido inverter esta lógica, desconfiando que todo o ato administrativo possa conter vício.

A autora continua afirmando que a boa-fé deve estar do lado tanto da Administração quanto do administrado, baseada no princípio da proteção à confiança:

Na realidade, embora em muitos casos, possam ser confundidos, não existe uma identidade absoluta. Pode-se dizer que o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da Administração e do lado do administrado. Ambos devem agir com lealdade, com correção. O princípio da proteção à confiança protege a boa-fé do administrado; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração Pública. O particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com a lei e com o direito. É o que ocorre, por exemplo, quando se mantêm atos ilegais ou se regulam os efeitos pretéritos de atos inválidos.²¹

Deve ficar claro que a boa-fé objetiva não é antônimo de má-fé, mas um desdobramento da boa-fé subjetiva, que depende precipuamente da comprovação de que o administrador público tinha ciência que estava agindo ilicitamente.

Na prática, ao focar na atividade da advocacia, certamente a maioria dos advogados que agem de boa-fé, com experiência em Direito Público, seria incapazes de cometer um erro grosseiro, exceto se imbuídos de má-fé. Mas não pode-se negar que diante da profusão de interpretações divergentes da doutrina e da jurisprudência sobre os mais variados temas, não seria difícil que um advogado cometesse um erro de interpretação.

É importante distinguir o erro evidente e inescusável de situações nas quais a Administração traz um fato ao advogado parecerista, aparentemente adequado, partindo do pressuposto da boa-fé objetiva, já que o advogado não sabe e não tem como saber de todos os fatos que permeiam a atuação do administrador público, a não ser que lhe seja repassado, *ipsis litteris*, as questões de fato, daí não poderá alegar desconhecimento e desprezar a informação para fins da confecção do seu parecer.

A atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a cláusula. Nessa atuação, foge ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, como a escolha discricionária do administrador, e os elementos técnicos não jurídicos, como aspectos de engenharia de uma obra ou compatibilidade e eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração.²²

O que a doutrina e a jurisprudência têm repellido, tanto na esfera de controle externo pelas Cortes de Contas quanto pelo Poder Judiciário, é a responsabilização do advogado e do administrador público por erros ou falhas que não se enquadram nas hipóteses de terem agido com dolo, má-fé ou erro grosseiro, lastreado em culpa grave.

De outra sorte, há movimento doutrinário e jurisprudencial crescente exigindo a comprovação do dolo ou da má-fé, não admitindo o erro, em qualquer escala, como saída para a responsabilização do administrador público e principalmente do advogado.

²¹ Ibid., p. 123.

²² TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1605, 23 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10689>>. Acesso em: 11 de fev. 2020.

7. A Virada Hermenêutica: O Dolo e a Má-Fé como Elementos Fundantes da Responsabilização pelo Ato Administrativo

Conforme narrado no tópico anterior, as Cortes nacionais estão remodelando a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal proferida no Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF, optando por excluir o erro como hipótese de responsabilização do administrador público e do advogado parecerista, especialmente no que tange à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

José dos Santos Carvalho Filho²³, por outro lado, defende a hipótese de responsabilização do parecerista, por improbidade administrativa, somente quando comprovado que agiu dolosamente.

A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor. Não nos parece correto, portanto, atribuir, a priori, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei nº 8.666/1993 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas.

A hodierna virada hermenêutica está delimitando as hipóteses de punição quando presente o dolo ou a má-fé, afastando o erro como elemento ensejador da penalização.

Especificamente em relação ao advogado, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy²⁴ pontifica que não se trata de uma defesa intransigente do exercício da advocacia, mas a compreensão sobre o entendimento dominante em todas as Cortes nacionais sobre o tema da improbidade, não permitindo a criminalização da opinião do advogado ao emitir um parecer jurídico:

Não se trata de medida corporativa indicativa de não responsabilização de advogado público; o que se cogita, tão somente, é a retomada e a fixação de entendimento hoje dominante, no sentido de que a responsabilização por pareceres decorre de dolo e de má-fé. Não se pode criminalizar a opinião. Esta última é da essência do regime democrático e deve ser defendida, de modo intransigente.

Na sua ótica, a punição do advogado, ressalvada a comprovação de que agiu dolosamente ou de má-fé, seria criminalizar a opinião do advogado, abalando certamente a essência do próprio regime democrático previsto na Constituição de 1988.

O autor acrescenta ainda que

A negação dessa premissa remete-nos a tempos pretéritos, de triste memória, quando se plasmava e tipificava o crime de opinião. É necessário que se apure o dolo, a má-fé, o conluio, a má intenção, o uso indevido de uma qualidade, que se revela como prerrogativa

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 142.

²⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR CONFECÇÃO E EMISSÃO DE PARECERES NO CONTEXTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**; *apud* MARQUES, Mauro Campbell, coord. **Improbidade Administrativa. Temas Atuais e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58.

da função, como o sigilo da fonte o é para o jornalista, a confissão para o sacerdote e a patologia do paciente para o médico.²⁵

No entendimento de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, ao negar-se a premissa ao advogado de emitir sua opinião técnico-jurídica, remete-se aos tristes tempos pretéritos, onde imperava a criminalização da opinião, surgindo a odiosa figura do “crime de hermenêutica”.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por intermédio de decisões monocráticas ou proferidas pelas suas Turmas, tem avançado sobre o tema, inclusive modificando paulatinamente o entendimento esposado pelo Plenário no julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF:

Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Pretendido trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta imputada. Ausência de demonstração do dolo específico. Agravante que, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração Regional, emitiu parecer favorável a contratação. Manifestação de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. O parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não é vinculante. Ineficiência da denúncia na demonstração da vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. Abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g., MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal à qual responde a agravante.

1. É pacífico na Corte o entendimento quanto à possibilidade de trancamento de ação penal pela via do habeas corpus quando evidente a falta de justa causa para seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta imputada.

2. Demonstram os autos que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia em face da agravante e de outros imputando-lhes a prática do crime descrito no art. 89, c/c o art. 99, e no art. 84, § 2º, todos da Lei nº 8.666/93, porque, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração do Paranoá/DF, emitiu parecer opinativo favorável à legalidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da Federação de Jiu-Jitsu de Brasília (FJJB), visando à realização de evento denominado “Paranoá Fight”.²⁶

Na primeira parte do Acórdão citado, o relator faz referência à decisão paradigmática proferida no Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF, mas, na sequência, toma caminho interpretativo inovador, inclusive permitindo pela via excepcional do *habeas corpus* o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

No desenvolver do Acórdão, fica frisada a inexistência de provas acerca do que chamou de “vontade conscientemente dirigida” para burlar o procedimento licitatório:

²⁵ MARQUES, Mauro Campbell, coord. **Improbidade Administrativa. Temas Atuais e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 61.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

3. Não logrou êxito a acusação em demonstrar suficientemente na denúncia a vontade conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. [...] ²⁷

A decisão analisada vai além, pontuando que para a responsabilização do advogado parecerista na esfera criminal, deverá ser amealhado provas de que a atuação foi motivada por vontade consciente de burlar o procedimento licitatório, somada à vontade ilícita de produzir um resultado danoso. Em suma, exige-se a comprovação de atuação dolosa:

10. Tal conclusão se robustece quando se torna evidente, para além do dolo simples necessário (vontade consciente de contratar independentemente da realização de procedimento licitatório), que o Parquet não apresentou, na denúncia, elemento probatório mínimo que demonstrasse qualquer tipo de intenção por parte da agravante de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

11. A ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e houver demonstração da vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, o que não foi o caso.

12. Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal em relação à agravante.

(STF. Hc 155.020 AgR/DF, 2ª Turma, relator Min. Celso de Mello, Redator para o Acórdão: Min. Dias Toffoli, DJE 05/11/2018).²⁸

No corpo do Acórdão cotejado, o Ministro relator Dias Toffoli, diferindo do julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal ocorrido no ano de 2007, afirmou que:

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios.²⁹

Recentemente a Corte Suprema, em decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, concedeu liminar em *habeas corpus* determinando o trancamento de ação penal promovida em face de um advogado que emitiu parecer jurídico em processo licitatório, sustentando em trecho da decisão que:

[...] Do teor da denúncia, vê-se que o Ministério Público pretende exigir do assessor jurídico conhecimento técnico de todas as áreas e não apenas de temas relacionados ao Direito.

É que, no processo licitatório, não compete ao assessor jurídico averiguar se está presente a causa de emergencialidade, mas apenas se há nos autos, decreto que a reconheça. Sua função é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades.

²⁷ Id.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 155.020 AgR/DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338966239&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 de fev. de 2020.

²⁹ Ibid.

No processo licitatório, portanto, o assessor jurídico está restrito a atestar a presença, ou não, do decreto, quando o Ministério Público exige que ele investigue a presença, ou não, da emergência.

A assinatura do assessor na minuta do contrato, de igual modo, serve de atestado de cumprimento de requisitos formais e não materiais.

Não há nenhuma menção, na denúncia, de que o paciente se beneficiou de suposto esquema, tampouco que teria emitido o parecer, a fim de, sabidamente, causar danos ao erário.

Não se está a negar que é possível a responsabilização criminal do parecerista, não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar.

É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do seu autor. Cito os seguintes precedentes, o MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 31/10/2003 e o MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1o/2/2008, assim ementados:[...] ³⁰

A decisão destaca que cabe ao advogado apenas tratar dos assuntos relativos ao Direito no seu parecer, não lhe competindo averiguar, por exemplo, se está presente a emergencialidade para a contratação, focando apenas velar pela lisura dos aspectos formais do processo licitatório, ou seja, atestar o cumprimento dos requisitos formais e não materiais.

Complementando sua fundamentação, o Ministro relator ressalta que é necessário comprovar a existência do prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido, ligando subjetivamente a conduta do advogado na emissão de parecer com a eventual intenção ilícita.

Portanto, impõe-se a comprovação de prejuízo ao erário e de finalidade específica de favorecimento indevido. Sem dúvidas, em momento anterior ao sentenciamento, tal análise se realiza com parâmetro em standard probatório inferior àquele necessário à condenação. Contudo, a acusação formulada deixou de indicar qualquer elemento ou narração fática que permita tal enquadramento.

Por fim, fundamental destacar que a atuação de advogado é resguardada pela ordem constitucional. Conforme disposto no art. 133 da CF, "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Assim, eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo. ³¹

Está cristalino que o dolo e a má-fé necessitam ser demonstrados cabalmente para que se promova a responsabilização do advogado parecerista, tendo em vista que, mesmo que tenha cometido o erro, não poderá ser responsabilizado diante da inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício da profissão, conforme garantido pelo art. 133 da Constituição de 1988.

Também destoando do entendimento paradigmático do Supremo Tribunal Federal do ano de 2007, a jurisprudência recentíssima do Superior Tribunal de Justiça é muito mais restritiva aos

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 171.576/RS. Rel. Min. GILMAR MENDES, J.04/06/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340311448&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2020.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 171.576/RS. Rel. Min. GILMAR MENDES, J.04/06/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340311448&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2020.

casos de punição por atos improbidade administrativa, ressaltando que o dolo deve ser comprovado para fins de punição.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO E MÁ-FÉ. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação de afronta aos arts. 3º da Lei n. 8.429/1992 e 131, 332 e seguintes do CPC/1973 e a tese a eles relacionadas não foram analisadas pela Corte local, não tendo sido sequer suscitadas em embargos de declaração.

2. Dessa forma, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal com base no art. 105, III, "a", da Constituição. Incide no caso, portanto, o disposto nos enunciados 282 e 356 das Súmulas do STF.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

4. Além da compreensão de que basta o dolo genérico - vontade livre e consciente de praticar o ato - para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, este Tribunal Superior exige, ainda, a nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

5. Por sua vez, a conduta desonesta, de má-fé ou deslealdade, exsurge, na espécie, com a ciência anterior, em decorrência de manifestação havida por parte de órgãos da fiscalização, de que atuar daquela forma pode redundar em violação de princípio da administração pública.

6. Note-se, no caso, que o Tribunal a quo foi categórico ao afirmar a presença de dolo na conduta do agente, uma vez que o recorrente, mesmo diante do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado para o saneamento das irregularidades, inclusive com a dilação do prazo por duas vezes, quedou-se inerte, mantendo as contratações sem concurso público, o que configura a má-fé no ato praticado e, portanto, caracteriza o ato de improbidade que lhe foi imputado.

7. Nesse contexto, a revisão de tal conclusão implicaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via eleita devido ao enunciado da Súmula 7 do STJ.

8. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - Acórdão Agint no Aresp 838141 / MT, Relator(a): Min. Og Fernandes, data de julgamento: 26/11/2018, data de publicação: 02/12/2018, 2ª Turma).³²

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Agint no Aresp 838141. Rel. Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2161013>>. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

Na decisão em foco, ficou consignado que a Lei de Improbidade Administrativa visa punir a conduta desonesta, de má-fé, a deslealdade e a corrupção, não tendo o condão de punir meras irregularidades ou a inabilidade do agente público.

Estas decisões mudam o panorama jurisprudencial que fixava como passível de punição, além do dolo e da má-fé, a hipótese de comprovação da ocorrência do erro grosseiro, mesmo que o erro não fosse relacionado ao agir intencional do autor do fato e que houvesse intenção ilícita na sua conduta, ou seja, a existência de uma nítida separação das condutas intencionais daquelas movidas por erro ou inabilidade, independentemente do grau que se queria aquilatar ao erro.

De igual forma decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. COMPRA DE EQUIPAMENTO HOSPITALAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PROVA DE DOLO OU MÁ-FÉ. PEDIDOS IMPROCEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.

I. Atos de improbidade administrativa ofensivos aos princípios da Administração Pública, catalogados no artigo 11 da Lei 8.429/1992, pressupõem dolo ou má-fé do agente. Sem esse desígnio subjetivo não se pode cogitar de improbidade administrativa, figura jurídica que, por possuir contornos próprios, não se confunde nem se equipara ao ato ilícito ou ato antiético.

II. A punição por ato de improbidade violador dos princípios regentes da Administração Pública não se dirige ao administrador inábil, incauto, negligente, imprudente ou imperito (conduta culposa), mas ao agente público desonesto que se vale de suas prerrogativas funcionais para alcançar, dolosamente, fins distintos daquele que deve orientar a sua atuação: o interesse público.

III. A conclusão pela inexigibilidade de licitação com base em documentos aparentemente legítimos e a partir de parecer jurídico favorável não transparece dolo ou má-fé, sobretudo quando não se demonstra a existência de equipamento com as mesmas características técnicas no mercado ou que, conquanto distintas, fosse hábil ao atendimento das necessidades que embasaram o propósito de aquisição.

IV. A improbidade administrativa tem tipologia jurídica própria e não se confunde nem absorve todo e qualquer ato desprovido de legalidade ou de eticidade. Daí porque se exige que, na ação de improbidade administrativa, seja identificada na petição inicial e demonstrada na dilação probatória a capitulação da conduta em alguma das hipóteses previstas no artigo 11 da Lei 8.429/1992, com destaque para o elemento anímico que é indispensável à configuração da improbidade administrativa.

V. À falta de alicerce probatório consistente sobre a existência de dolo ou a má-fé na contratação direta que, no caso concreto, foi resolvida pelo posterior inadimplemento da empresa contratada, deve ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação de improbidade administrativa.

VI. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT - Acórdão 0001289-54.2014.8.07.0018, Relator(a): Des. James Eduardo Oliveira, data de julgamento: 17/07/2018, data de publicação: 20/08/2018, 4ª Turma Cível).³³

³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão Nº. 0001289-54.2014.8.07.0018. Rel. Des. James Eduardo Oliveira. Disponível em: <<https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=0001289-54.2014.8.07.0018>>. Acesso em: 16 de fev. de 2020.

Esta decisão gizou que a improbidade administrativa tem tipologia jurídica própria e não deve abarcar todo e qualquer ato irregular, inclusive aqueles desprovidos de legalidade e eticidade, exigindo a comprovação do dolo ou da má-fé.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também oferece importante posicionamento acerca do tema:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – Contratação direta para aquisição de veículos – Contratação direta que não observou procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação - Ilegalidade constatada que não se confunde, todavia, com ato de improbidade administrativa – Ausência de efetivo prejuízo ao erário e de má-fé, essenciais à configuração das condutas ímprobas dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 – Improbidade administrativa que exige para a sua caracterização o elemento subjetivo, ou seja, a má-fé ou o dolo, circunstância não demonstrada durante o processo – Não provado o dano ao erário público – Precedentes – Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP - Acórdão Apelação / Remessa Necessária 0003176-74.2006.8.26.0584, Relator(a): Des. Oscild de Lima Júnior, data de julgamento: 12/11/2018, data de publicação: 12/11/2018, 11ª Câmara de Direito Público).³⁴

A decisão da Corte paulista amplia o foco da análise jurídica, exigindo robustez de provas acerca do dolo ou da má-fé, e estende sua interpretação também para os tipos ímprobos dos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais é ainda mais exigente para promover a condenação de alguém por ato de improbidade administrativa, pois além de alinhar a necessidade de comprovação da conduta dolosa ou da má-fé para a consecução do ato administrativo, exige a demonstração de dano ao erário ou locupletamento ilícito do agente público ou em favor do particular:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. INÉPCIA RECURSAL INOCORRENTE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. HIPÓTESE LEGAL. POSSIBILIDADE. DANO AO ERÁRIO, MÁ-FÉ E LOCUPLETAMENTO DO AGENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. CONDUTA ÍMPROBA NÃO CONFIGURADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Os fundamentos de fato e de direito hostilizadores da sentença são pressupostos essenciais para que o recurso de apelação seja examinado.
2. Assim, se presentes, em linhas gerais, os requisitos do art. 1.010, II e III, do CPC, de 2015, deve o recurso ser conhecido.
3. A contratação com o Poder Público, em regra, exige a prévia licitação ou sua regular dispensa ou inexigibilidade.
4. É regular a contratação de serviço sem licitação se concretizada a hipótese legal de dispensa ou inexigibilidade.
5. Oportunizado o amplo acesso às provas, demonstrada a dispensa prévia de licitação com respeito ao limite legal e ausente comprovação de má-fé ou enriquecimento ilícito, tem-se por inexistente o alegado ato ímprobo e, por óbvio, as sanções referentes a ele.

³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão Apelação. / Remessa Necessária 0003176-74.2006.8.26.0584, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, data de julgamento: 12/11/2018. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/diarios/220740983/djsp-judicial-2a-instancia-06-12-2018-pg-2502>. Acesso em : 3 de mar. de 2020.

6. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (TJMG - Acórdão Apelação Cível 1.0476.15.001195-7/001, Relator(a): Des. Caetano Levi Lopes, data de julgamento: 07/05/2018, data de publicação: 13/05/2018, 2ª Câmara Cível).³⁵

Pelo que se extraiu da pesquisa até aqui realizada, está nítida uma virada hermenêutica no que tange à responsabilização do administrador público e consequentemente do advogado parecerista, limitando-se às hipóteses de penalização quando comprovado à saciedade o agir direcionado à ilicitude, nas estritas circunstâncias de ter agido com dolo ou no mínimo de má-fé.

8. Considerações Finais

Ficou evidenciado nesta pesquisa que realmente o advogado goza de imunidade constitucional no tocante ao seu exercício profissional, mas que esta imunidade não é absoluta, porém, sua relativização depende precipuamente da comprovação que agiu no caso concreto de forma dolosa ou no mínimo que agiu de má-fé.

O estudo elucidou o verdadeiro papel do advogado pareceristas nas contratações públicas, fixando claramente os limites de sua atuação e natureza jurídica do seu parecer como mero opinativo, em que pese a obrigatoriedade da emissão do parecer jurídico pela Lei de Licitações.

Ficou esclarecido ainda que o parecer jurídico emitido em processo licitatório não se trata de ato de gestão, o qual cabe precipuamente ao administrador público no exercício da sua atividade discricionária vinculada.

O estudo também apontou os principais aspectos da paradigmática decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2007 através do Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF, que definiu na ocasião que os atos ímprobos passíveis de punição se ancorariam no agir doloso, na má-fé e no erro grave ou grosseiro, cujo posicionamento se irradiou para as demais Cortes nacionais e modulou as decisões sobre a Lei de Improbidade Administrativa.

Por conseguinte, houve imersão nos casos julgados nas Cortes Superiores sobre o tema em estudo, com referência inicial aos escólios jurisprudenciais na esfera criminal que acabaram refletindo na remodulação do entendimento sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa imperante no Supremo Tribunal desde o ano de 2007.

Demonstrou-se no estudo que as decisões do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça estão promovendo indisfarçável virada hermenêutica sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, exigindo para configuração do ato ímprobo a comprovação que o agente público agiu com dolo ou no mínimo de má-fé.

A pesquisa findou respondendo o questionamento feito sobre quando o advogado público poderia ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa pela emissão de parecer jurídico, delimitando as hipóteses de punição, com arcabouço na doutrina e na jurisprudência atualíssima, quando demonstrado indene de dúvidas que o advogado emitiu seu parecer jurídico no processo licitatório movido por dolo ou má-fé.

³⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão Apelação Cível 1.0476.15.001195-7/001. Rel Des. Caetano Levi Lopes. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577496418/apelacao-civil-ac-10476150011957001-mg/inteiro-teor-577496515>>. Acesso em: 21 de fev. de 2020.

9. Referências

- AGUIAR, Ruy Rosado de. **Proteção da Boa-fé Subjetiva**. In: Revista da AJURIS, vol. 39, n. 126, Junho de 2012, p. 190.
- ÁVILA, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. de 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2019.
- BRASIL. Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 4 de abril de 2019.
- BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 4 de abril de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 155.020 AgR/DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338966239&text=.pdf>>. Acesso em: 20 de fev. de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 171.576/RS. Rel. Min. GILMAR MENDES, J.04/06/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340311448&text=.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº. 171.576/RS. Rel. Min. GILMAR MENDES, J.04/06/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340311448&text=.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Agint no Aresp 838141. Rel. Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2161013>>. Acesso em: 15 de fev. de 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª R. – AC 1999.38.02.000258-0/MG – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto – DJ 8-4-2005. Disponível em: < <https://trf-ealr.v10.n1.p322-342>, Jan-Abr, 2019

1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2246548/apelacao-civel-ac-258-mg-19993802000258-0/inteiro-teor-100755029 >. Acesso em 22 de maio de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres**. Revista Consultor Jurídico, 20/08/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão N°. 0001289-54.2014.8.07.0018. Rel. Des. James Eduardo Oliveira. Disponível em: <<https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=0001289-54.2014.8.07.0018>>. Acesso em: 16 de fev. de 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR CONFECÇÃO E EMISSÃO DE PARECERES NO CONTEXTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**; *apud* MARQUES, Mauro Campbell, coord. **Improbidade Administrativa. Temas Atuais e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Mauro Campbell, coord. **Improbidade Administrativa. Temas Atuais e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. Vol. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão Apelação Cível 1.0476.15.001195-7/001. Rel Des. Caetano Levi Lopes. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577496418/apelacao-civel-ac-10476150011957001-mg/inteiro-teor-577496515>>. Acesso em: 21 de fev. de 2020.

MIRANDA, Luiz Fernando. **Unificando os conceitos de corrupção**: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 25, Brasília, janeiro - abril de 2018, p. 265. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n25/2178-4884-rbcpol-25-237.pdf>>, Acesso em: 10 de maio de 2019.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão Apelação. / Remessa Necessária 0003176-74.2006.8.26.0584, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, data de EALR, V.10, nº 1, p.322-342, Jan-Abr, 2019

julgamento: 12/11/2018. Disponível em:
<www.jusbrasil.com.br/diarios/220740983/djsp-judicial-2a-instancia-06-12-2018-pg-2502>. Acesso em : 3 de mar. de 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1605, 23 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10689>>. Acesso em: 11 de fev. 2020.

VENOSA. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, v.1,18. ed., São Paulo: Atlas, 2018.