

8

RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Jair Eduardo Santana

1. CONTEXTUALIZAÇÃO: O PARECER É, NO GERAL, *ATO ADMINISTRATIVO*

Dentre as várias exigências que as Leis 8.666/93 e 10.520/02 fazem em torno da *instrumentalização de procedimentos licitatórios*, encontramos a imperiosa submissão da minuta de edital (e demais documentos) à *aprovação da assessoria jurídica da Administração Pública*.¹ O comando vem expresso nas letras do artigo 38, VI, e parágrafo único da respectiva Lei Geral de Licitações – LGL.

Ou seja, o ato de *aprovar* aquele *instante* da etapa interna (ou fase preparatória) é *exclusivo* do assessoramento jurídico traduzindo-se tal peça em *elemento obrigatório do procedimento* muito embora sua ausência não nulifique o certame.

Dúvidas sempre há em torno da necessidade de emitir parecer sobre procedimentos de *dispensa e inexigibilidade*, principalmente naqueles afastamentos de certame contemplados nos incisos I e II do artigo 24 da LGL. Mas não nos ocuparemos de detalhes tais para ir mais diretamente ao ponto que nos interessa: a (ir)responsabilidade do parecerista.

¹ Destacamos a palavra *aprovação* por motivo que adiante será retomado.

Antes de ingressar no núcleo do parecer, é relevante asseverar que “as principais tarefas de assessoramento jurídico, no particular, se dirigem a duas condutas bem distintas: (a) examinar as minutas de edital; e (b) aprová-las previamente à etapa externa”.²

Pois bem. Qual é, enfim, a *natureza jurídica do parecer*?

É de nossa autoria a seguinte afirmação:

Pensamos que o parecer é um *instante formal* do procedimento e, como tal, integra o *todo*. É dizer, a licitação é um *complexo*, um verdadeiro *composto de atos sucessivos e concatenados*. Um ato anterior, se não depende, inter-relaciona-se com outro, daquele alimentando-se. Ademais, não se pode esquecer que a minuta de edital é *aprovada pelo parecer jurídico*. Em tal sentido, o *parecer* não é simples opinião; é *opinião complexa e de conseqüências procedimentais visíveis*. A *não aprovação da minuta do edital* (como o não acatamento, pela autoridade superior, do parecer) tem implicações concretas que deslocam, inclusive, o foco responsabilizatório.

Atrevemo-nos a dizer em público, por ocasião de evento do qual participamos no ano de 2007³, que o parecer jurídico exarado nas circunstâncias em que o comentamos é *ato administrativo*. Para assim concluir, realizamos a sua *dissecação* a fim de verificar se presentes os *elementos e pressupostos* de estilo. E concluímos que sim. Tanto seus elementos (*conteúdo e forma*) quanto seus *pressupostos* (*subjetivo, objetivo, teleológico, lógico e formalístico*)⁴ se fazem presentes.

E também dissemos que *se o parecer não for ato administrativo*, em tais condições, *pelo seu conteúdo a ele vai se agregar como um de seus pressupostos, no mínimo*. Então, o *parecer* (o seu *conteúdo*) acabará se tornando a *amálgama* do ato administrativo a ser praticado.

Com isso nos distanciamos da *doutrina clássica* que sempre afirmou ser o parecer *mero ato opinativo e não vinculativo*, salvo se aprovado por ato subsequente (encampado pela autoridade superior).⁵

² SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico – Manual de implantação, operacionalização e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 195.

³ Jornadas NDJ de Direito Administrativo (*Responsabilidade dos Procuradores e Assessores Jurídicos da Administração Pública*), Brasília, DF (20/9/2007).

⁴ Para nos valermos da categorização de Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁵ SANTANA, Jair Eduardo. *Op. loc. cit.*

Há muito imaginou-se o contrário divulgando-se que o parecer jurídico é peça meramente opinativa, sem cunho decisório, distinta do ato praticado pela autoridade administrativa, não podendo, por isto, conduzir à responsabilidade do parecerista.

Um ponto de grande expressão que se coloca a justificar nosso ponto de vista é exatamente o *termo legal* que determina ser da competência do assessor jurídico a *aprovação* dos documentos submetidos à sua análise.

Ora, o raciocínio é bem simples no particular: quem *aprova* algo em procedimento administrativo o faz *sob responsabilidade*.

2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO ASSUNTO

Muito se tem debatido acerca do tema. O Supremo Tribunal Federal – STF, em curto espaço de tempo, evoluiu consideravelmente em seu posicionamento.

No mandado de segurança n. 24.073/DF, o Plenário decidiu que o parecer jurídico emitido por advogado ou por órgão da Administração Pública não é ato administrativo, e sim opinião emitida pelo operador do Direito, para orientar o administrador na tomada de decisão⁶. Na ocasião o STF entendeu pela impossibilidade de responsabilização solidária do parecerista com o administrador. O erro grave, inescusável e a omissão ou o ato culposos praticados pelo parecerista poderiam, entretanto, ser penalizados.

Já no mandado de segurança n. 24.584⁷, em sessão de 9/8/2007, o STF manifestou-se no sentido de dever-se considerar se o ato decisório dependeu ou não do parecer para concretizar-se. Em caso afirmativo, pode-se responsabilizar o parecerista em solidariedade com o administrador.

O mandado de segurança n. 24.631-6/DF⁸, de 9/8/2007, aprofunda o assunto. Ali, no voto do relator, Min. Joaquim Barbosa, valiosas

⁶ STF, MS 24.073/DF. Plenário. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 31/10/2003.

⁷ MS 24.584/DF. Por maioria. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 20/6/2008.

⁸ STF, MS 24.631-6. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Sessão de 9/8/2007.

considerações são feitas sobre o assunto. Primeiramente o Ministro estabelece a diferença entre *parecer obrigatório* e *parecer vinculante*. Naquele a lei exige o parecer, mas não exige a decisão conforme o parecer. Neste, a lei exige o parecer e a decisão em conformidade com a mencionada opinião.

Assim, se o parecer for vinculante, isto é, se a decisão a ser praticada exigir que o parecer seja favorável à prática do ato, a responsabilização do parecerista deverá ser solidária com o administrador, já que, neste caso, houve a partilha do ato decisório.

O relator formulou as seguintes premissas para o caso:

a) “nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista.” O relator cita que esta premissa se adequa à decisão do STF no MS 24.073 já mencionado;

b) “nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, a princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso”.

Interessante ressaltar que a premissa não é conclusiva quanto à responsabilidade do parecerista. É que ela não pode ser objetiva, tal como veremos mais adiante.

Outras decisões acerca do assunto merecem ser mencionadas aqui. O Tribunal de Contas da União – TCU – na Decisão n. 289/96 (Segunda Câmara) e nos Acórdãos n. 512/03, n. 462/2003, n. 1.412/2003 e n. 1616/2006, todos do Plenário, entendeu pela possibilidade de responsabilização do parecerista.

Para tanto, a orientação do TCU é no sentido de verificar, primeiro, se é ou não essencial ao ato administrativo (o que o caracterizará como opinativo ou vinculante), bem assim se ele está alicerçado em lições de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, baseada em interpretação razoável de lei.

Firme-se, assim, o entendimento de que a responsabilização do parecerista de órgão público é possível, dependendo, para tanto, da

análise da natureza jurídica do parecer (caráter vinculante), bem assim da análise da peça e dos elementos que a motivaram.

3. GÊNESE E LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

Partindo da premissa segundo a qual o parecer jurídico é ato administrativo (ou ao menos parte essencial dele venha a ser) e que é possível a responsabilização do assessor jurídico em decorrência do parecer emitido, cumpre-nos analisar como se dará esta responsabilização, ou seja, em que casos pode-se responsabilizar o assessor jurídico pelo parecer que emitiu?

A análise dos elementos subjetivos da decisão (referimo-nos, por exemplo, ao *ato de aprovação*. Esta é *decisão* ou, no mínimo, parte dela) parece-nos indispensável.

É dizer, será de fundamental importância aferir caso a caso, a existência de dolo ou de culpa, de erro grave, ou de outros elementos capazes de evidenciar a má-fé, o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia do parecerista.

A responsabilização é, portanto, de cunho *subjetivo* e *nunca objetivo*.

Sob tal aspecto, fizemos questão de frisar em nosso “Pregão presencial e eletrônico”⁹:

É certo, todavia, que o assessoramento jurídico tem raiz constitucional e se decanta a partir de normas subalternas. Em momento algum se poderá dizer que a responsabilização é objetiva. Não poderá ser assim. Por isso, caso a caso haverá de se aquilatar a conduta do profissional. Seguro que punição haverá quando decorrente de erro grave, inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo.¹⁰

De outro lado, o parecer jurídico não pode constituir manto para a prática de atos ilegais. O parecer não pode tampouco ser utilizado

⁹ *Op. cit.*

¹⁰ Neste caso, é fundamental a instauração de procedimento administrativo para a apuração de falta grave por parte do assessor jurídico que induziu o servidor/administrador a erro.

para a perpetração de fraude, nem se distanciar dos interesses da Administração e das disposições legais a que ela está sujeita.

Ao parecerista cabe analisar o atendimento do ato a ele submetido aos interesses públicos, e o efetivo cumprimento das normas legais que norteiam a conduta da Administração. Se o parecer se desviar deste caminho, impõe-se a análise dos elementos motivadores desta postura.

O erro grave, inescusável, o ato ou a omissão praticados com culpa em sentido largo pelo advogado, há muito já eram de responsabilidade do causídico¹¹. A má-fé, o dolo, igualmente impõem a responsabilização do parecerista.

O certo é que a responsabilidade é subjetiva, como já dissemos aqui, merecendo análise cuidadosa dos elementos que concorreram à emissão do parecer.

E não poderia ser diferente. No trato com os valores e bens públicos há que se impor o zelo por parte de todos, notadamente daqueles que detêm o conhecimento das leis e que dominam as técnicas de utilização delas.

Ninguém por certo pensará em *tolher* a atividade do assessor na interpretação da lei desde que tal, é evidente, se pautar dentro dos limites permitidos pelo sistema jurídico.

Também sobre isso fizemos questão de enfatizar nossa posição invocando argumento de reforço:

Por tudo o que se viu, a síntese de Marçal Justen Filho é muito feliz:

‘Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da respon-

¹¹ Lei n. 8.906/94, art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

sabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.¹²

De fato, *divergência de interpretação normativa* nunca poderá ser motivo para responsabilização de quem quer que seja. Mas cumpre ao assessor jurídico – esse é o seu papel, aliás – apontar para a autoridade que decidirá os *possíveis caminhos existentes* e, sobretudo, a ela mostrar o *grau de vulnerabilidade* das teses existentes.¹³

4. AS CORTES DE CONTAS PODEM PUNIR OS PARECERISTAS?

Outra indagação que eventualmente poderia surgir é se podem os Tribunais de Contas punir o emissor de parecer jurídico.

Em regra, os Tribunais de Contas fazem a análise da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Analisam, portanto, as atuações dos agentes públicos na utilização de dinheiros, bens e valores públicos.

Todos aqueles que estejam ligados à administração de dinheiros, bens e valores públicos, que se envolvam em atos decisórios e cuja manifestação tenha relevância na administração destes bens públicos, devem ser responsabilizados em caso de atos de gestão ilegítimo ou antieconômico, de lesão ao erário, de infração à lei ou a regulamento.

Aliás, importante lembrar que, em regra, os tribunais de contas têm jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência. É o que se passa com o TCU, por exemplo, que, na

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005 p. 379.

¹³ SANTANA, Jair Eduardo. *Op. cit.*

fiscalização dos bens, dinheiros e valores da União, tem jurisdição em todo o território nacional.

É bom que se diga que não se trata de avocar as funções inerentes à entidade de classe. Ao contrário, a fiscalização da atuação do parecerista está ligada unicamente ao serviço público, ao interesse público. É essencialmente a coisa pública e os deveres e responsabilidades inerentes ao trato para com ela que se foca na atuação dos tribunais de contas. Daí por que ser inafastável a jurisdição deste tribunal na análise da atuação do parecerista.

5. CONCLUSÕES

De tudo o que foi dito, há que se concluir que o emissor de parecer jurídico pode ser responsabilizado (solidariamente) pelo parecer, se este, sendo obrigatório e indispensável à prática do ato (vinculante), apresentar-se de modo contrário à lei, carente de fundamentação plausível (ausente posicionamento doutrinário ou jurisprudencial sólido), se for evidente a má-fé, dolo, omissão e elementos do gênero ou se evidenciarem-se interesses escusos.

A responsabilização sempre dependerá da análise do caso concreto. Por serem os Tribunais de Contas guardiões dos interesses públicos, fiscais dos dinheiros, bens e valores públicos, têm jurisdição¹⁴ para a análise dos atos dos pareceristas de órgãos públicos e podem, por isto, aplicar a estes profissionais as sanções cabíveis àqueles que lidam com os bens públicos.

¹⁴ Não aprofundaremos aqui na questão da *jurisdição das Cortes de Contas* matéria que, para nós, deve ser analisada sob o *foco* das competências constitucionais.