

A RESPONSABILIDADE DOS PARECERISTAS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Carlianna Victória Costa Procópio Hackradt¹

Leonardo Medeiros Júnior²

RESUMO

Utilizando-se de estudos de livros doutrinários, legislação e decisões para a criação do paper. O presente artigo objetiva avaliar a responsabilidade de um parecerista nos processos licitatórios. O parecer é emitido posteriormente a uma consulta dos órgãos públicos ou quando a lei assim definir, com a função de esclarecer, posições a serem praticadas pela Administração Pública. Assim, esse trabalho irá esclarecer as probabilidades que o parecerista poderá ser responsabilizado, a partir da emissão do seu parecer, que tem sua natureza opinativa.

Palavras-chave: Administração Pública. Parecerista. Parecer Jurídico. Responsabilidade.

THE RESPONSIBILITY OF THE PROCESSES REFEREES BIDDING

ABSTRACT

Using studies of doctrinal books, legislation and decisions to create the paper. This article aims to assess the responsibility of a referee in the bidding process. The opinion was subsequently issued a consultation of public bodies or when the law set with the function of clarifying positions to be practiced by the Public Administration. Thus, this study will clarify the probabilities that the referee may be liable, from the issuance of its opinion, which has its opinionated nature.

Keywords: Public Administration. Referee. Juristic Opinion. Responsibility.

1 INTRODUÇÃO:

¹ Graduanda de Direito da UNI-RN (Centro Universitário do Rio Grande do Norte). E-mail: carlivictoria@hotmail.com

² Professor do curso de Direito da UNI-RN (Centro Universitário do Rio Grande do Norte). E-mail: leonardomjunior@hotmail.com

Atualmente, muito se discute em torno da natureza do parecer técnico-jurídico emitido por assessores, procuradores ou mesmo advogados contratados em processos licitatórios.

O grande questionamento está em torno da responsabilidade dos pareceristas, onde existe um grande questionamento sobre a possibilidade da responsabilização solidária entre o chefe do poder público e o assessor jurídico, que é a pessoa encarregada de emitir o parecer sempre em volta de um ato realizado pela administração pública.

Por várias ocasiões os tribunais foram convocados para dar suas decisões em virtude de grandes conflitos existentes sobre o assunto, foram vários os pensamentos manifestados pelos doutrinadores, tanto contra como a favor.

Com base nisso, em busca de clarear as possibilidades que os pareceristas podem ser responsabilizados, quando da emissão de um determinado ato opinativo, será explanado ainda no presente artigo, as formas que o parecer pode externar, dependendo do grau de necessidade ordenado pela lei.

A Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei de licitações) ao prever que tanto os atos, os editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes, agora teriam que ter previamente examinação e ser aprovado pelas assessorias jurídicas, o que se deu uma grande inovação na administração pública, gerando agora de alguma forma uma responsabilidade aos operadores do direito.

Esse artigo tem como embasamento analisar a questão, identificando os pontos de divergência e concordância quanto à legítima responsabilidade dos operadores do direito nos processos licitatórios, destacando-se uma análise da posição do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal.

2 O PARECER JURÍDICO:

Habitualmente, a Administração Pública produz vários atos administrativos para conseguir chegar aos objetivos necessários para o adequado funcionamento de suas atividades, sendo esses atos batizados de atos da Administração. Sendo assim, podemos

ressaltar que esses atos englobam todos os atos feitos pela Administração, sendo estes jurídicos ou não. Com base nisso, temos o pensamento de Gasparini (2008 p 58-59):

“Os fatos não jurídicos, também chamados de fatos administrativos não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico. Não expressam uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre dada situação. Traduzem mero trabalho ou operação técnica de seus agentes públicos. [...] os jurídicos, ao contrário, predestinam-se à produção de efeitos jurídicos. São quase sempre emanações de vontade, juízo ou conhecimento do Estado ou de quem lhe faça às vezes, orientadas à obtenção de certos e determinados fins de direito.”

O parecer jurídico é uma opinião dada de forma expressa, quando solicitada por órgão da administração que queira uma consulta jurídica em razão de uma questão administrativa ou jurídica, ele poderá ser facultativo, obrigatório, normativo, técnico e ainda o vinculante.

José dos Santos Carvalho Filho, em seu manual de direito Administrativo, p133, diz que “os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matérias submetida a sua apreciação”.

O parecer facultativo é aquele onde a administração solicita quando achar necessário, podendo solicitá-lo ou não, também não é necessário a sua utilização para a prática de algum ato administrativo.

Ele é um ato totalmente opinativo não gerando uma vinculação entre a pessoa que exteriorizou sua opinião nele e a administração pública ou aqueles que de certa maneira fazem parte da sua administração, podendo esses não seguir o que está escrito no parecer, pois como já foi dito, é inexistente qualquer tipo de vinculação a ele.

Consoante a isso temos o entendimento de DI PIETRO que diz:

“é [...] quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato”. (2010, p. 230)

José Cretella Júnior diz:

“Pareceres facultativos são os que a Administração solicita sem nenhuma norma, legislativa ou regulamentar, que a obrigue, e, pois, apenas fundada na oportunidade, discricionariedade valorada, de ouvir a opinião do órgão consultivo. Nem mesmo existe dever da Administração de ater-se ao conteúdo do parecer; ao contrário, tais pareceres são, de regra, destituídos de

qualquer relevância jurídica, no âmbito externo." (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 377-378)

Na mesma linha Carvalho Filho e Mello, ratifica o entendimento dizendo ser o parecer facultativo como sendo aquele que Administração Pública não está obrigada a requerer, e só existe esse requerimento quando existe um objetivo de uma melhor fundamentação ao ato que vai ser praticado e vale salientar que a decisão não está vinculada ao que está contida no parecer.

Consoante a isto, temos:

“O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato”). BANDEIRA DE MELLO, 1979 b, p. 575) citado por DI PIETRO (2005, p. 223)

Alguns doutrinadores têm entendido que as autoridades administrativas que tomar decisão baseada em parecer jurídico solicitador por este, não deve ser responsabilizado pela celebração de ato, ou algum contrato que venha a ser feito.

Veja-se a posição de Márcio Camarrossano, sobre o assunto:

Portanto, se determinada autoridade administrativa decide por expedir este ou aquele ato, celebrar este ou aquele contrato, baseando-se em parecer jurídico que solicita emitido por profissional do próprio quadro de servidores ou a ele estranho, e desde que o parecer que se lhe apresenta esteja redigido em termos tais que lhe possa inspirar confiança, considerando-o com a prudência que é de se esperar do bom administrador, esse mesmo administrador não poderá ser responsabilizado se porventura sua decisão vier a ser anulada pelo Judiciário ou considerada ilegal pelo Tribunal de Contas. Não se pode esquecer de que responsabilidade pessoal do administrador público só há se tiver agido com dolo ou culpa. Decide-se com base em parecer do qual, de acordo com seu prudente critério, e em face do que consta do processo administrativo em que tenha sido juntado, não tem por que desconfiar, mesmo porque aparentemente bem fundamentado e com conclusões plausíveis, não pode ser punido. (CAMARROSSANO, 1997, p. 229).

Desta Forma, é possível afirmar que o parecer jurídico facultativo nada mais é que uma opinião acerca de determinado tema e que esta opinião não vincula a Administração Pública estando ela livre para fundamentar da forma que achar conveniente.

O parecer obrigatório é aquele onde a própria lei afirma que é necessária para alguns atos administrativos a existência do parecer, para que assim possa ser praticado, afinal ele é um requisito do ato, fato que gera obrigação do administrador em solicitá-lo. Mesmo sendo obrigatório não é necessário que seja seguido à risca o que está sendo transmitido pelo parecer, a sua solicitação é indispensável, mas não fica o administrador vinculado a ele.

Veja-se a redação do artigo 42 da Lei 9.784/99:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Assim, fica claro que a obrigação que esta sendo vinculado ao administrador é o da solicitação do parecer e não de que se siga o conteúdo existente nele, podendo agir de maneira diferente desde que ocorra uma comprovação.

Para um melhor embasamento, temos:

“O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.” (BANDEIRA DE MELLO, 1979 b, p. 575) citado por DI PIETRO (2005, p. 223).

Expondo a respeito Carvalho Filho (2010, p.152) doutrina que o parecer obrigatório é emitido por determinação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar a emanção do ato que lhe é próprio.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro o parecer é um ato pelo qual os órgãos da Administração emitem opiniões sobre assuntos tanto técnicos como jurídicos de sua competência e que ele pode ser facultativo ou obrigatório.

Vejamos abaixo:

“O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato. O parecer é obrigatório quando a lei exige como pressuposto para a prática de final do ato. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao chefe do executivo. Embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão [...]” (DI PIETRO, 2011, p. 231).

Existe também outra variante sobre o parecer jurídico. O parecer Normativo. Este é feito para uma situação individual, mas que por alguma variante vem a ser aplicado a vários outros casos idênticos que venham a existir, sendo sua aplicação obrigatória.

Nesse sentido, temos o entendimento de Meirelles que diz:

“[...] é aquele que, ao se aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo” (MEIRELLES, 2001,p189)

Outra espécie é o parecer técnico. Constata assim, que o parecer técnico tem em seu teor uma declaração opinativa de agente ou órgão, sobre uma determinada circunstância que tem a matéria específica sobre a sua área jurídica de atuação, e que em razão dessa matéria acaba se predominando sobre a administração, devendo, em função dessa soberania, ser seguido à risca pelos administradores, podendo apenas, se alvo de contestação por administradores especializados na mesma área.

Uma grande característica deste parecer está relacionado em sua elaboração. Ele só vem a ser técnico, pois é produzido por órgão ou agente público especializado no assunto, não sendo possível sofrer questionamento de qualquer pessoa, mesmo que esta venha a ser um leigo ou até mesmo um agente hierarquicamente superior.

E por fim o parecer vinculante, que em tese é semelhante ao parecer obrigatório, pois é provocado por determinação legal, devendo a autoridade da administração pública seguir em

seu total teor o que está descrito no parecer, sendo assim, a opinião do parecerista esta totalmente vinculada a decisão da administração, gerando grande responsabilidade.

Carvalho Filho assegura sobre o parecer vinculante:

“Pareceres vinculantes, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo [...] se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitido se a lei expressamente o exigir” (2010, p.152-153).

Alguns pensadores acreditam que é necessário que se chame as parte interessadas. Não existe um modelo obrigatório de parecer, mas basicamente ele é composto por: Título, Endereçamento, Ementa, Relatório, Fundamentação e conclusão.

Vejamos abaixo, o que diz o Manual de Redação do Governo de Goiás sobre os aspectos que necessitam estar contidos em um parecer jurídico:

De efeito externo ou interno ou ambos, ato processual de caráter opinativo e fundamentado, exarado com base na constatação de fatos e na análise técnica, administrativa ou jurídica, com a indicação de solução, favorável ou contrária, segundo as argumentações apresentadas pelo parecerista, devendo conter, no mínimo:

- assunto ou ementa;
- relatório das peças processuais e resumo do pedido;
- legislação aplicável
- fundamentação e argumentação do autor do parecer
- proposta de solução

Tendo em vista o que já foi dito, o parecer jurídico deve ser realizado por alguém que tenha competência no assunto, devendo conter princípios técnicos de linguagem, como também princípios técnicos referentes à matéria que será analisada, além de expressar uma opinião fundamentada.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO PARECER:

A Natureza jurídica e detentora de diversos conceitos, tendo em vista que alguns doutrinadores acreditam que se trata de um documento meramente opinativo e assim não o consideram como um ato administrativo propriamente dito. Por sua vez, outros doutrinadores acreditam que se tem uma natureza vinculativa, alegando que o parecer não deixa espaço para o gestor público.

O advogado parecerista, quando chamado para realizar uma consulta jurídica em um processo administrativo ele apenas irá opinar ,servindo apenas uma orientação sobre o tema em questão, o que como já foi descrito acima não é considerado um ato administrativo propriamente dito, assim não criará nem tampouco obrigações e nem direitos.

Ronny Charles conceitua em seu livro que: O parecer jurídico possui natureza opinativa, de caráter obrigatório, porém não vinculante.

Já Hely Lopes Meireles definiu assim a natureza jurídica do parecer:

“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a administração ou os particulares a 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”. (MEIRELLES, 2001, p. 185).

Contudo o agente público que convocou o advogado para dar a sua opinião, é que terá que realizar o ato administrativo decisório, somente esse ato final é que terá uma natureza jurídica vinculante. O agente que da a sua opinião no parecer nunca poderá ser o agente que define, pois se trata de direitos diversos.

José dos Santos Carvalho Filho disserta a respeito:

“De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato final, decidindo pela aprovação do parecer. 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, no entanto, não dimana do parecer em si, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta do seu autor”.

Assim fica claro que a natureza jurídica do parecer será opinativa, afinal o advogado público não tem capacidade decisória, podendo o órgão administrativo público discordar de seu ponto de vista.

3. O PARECER JURÍDICO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS:

A atividade do advogado público em processos licitatórios fica limitada a formulação do parecer técnico-jurídico opinativo, em conformidade com o princípio da legalidade e com a lei de licitações e contratos, tendo o órgão administrativo à função decisória em razão deste, não vinculando o parecerista, a administração e os particulares.

Acerca disso, nota-se que com a criação da lei n. 8.666/93 gerou uma obrigatoriedade na emissão de pareceres, onde deixou claro que os atos de editais, contratos e minutas de processos licitatórios devem ser acompanhados por assessoria jurídica da administração, que deverá analisar todos os atos, elaborando um parecer.

A Lei 8.666/93, art. 38, diz: “Art.38, paragrafo único: As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da administração”.

A constituição federal em seu artigo 133, afirma que o advogado é indispensável na administração da justiça, ou seja, sem a presença do advogado não se consegue provocar a jurisdição e chegar a uma solução do conflito jurídico.

Nos processos licitatórios o parecerista é convocado para agir em nome alheio e direito alheio, ou seja, para agir em nome do órgão da administração, onde utiliza os seus conhecimentos jurídicos para tentar defender interesse desse órgão, sempre dentro da legalidade.

Apesar de não está vinculado com seu parecer opinativo, não será por isso que o advogado não terá responsabilidades nos certames licitatórios, pelo contrário, ele terá a responsabilidade de agir de forma correta, pois de certa maneira ele faz parte do órgão da administração e por possuir entendimentos na área, deverá ajudar a administração para seguir o melhor caminho, não a induzindo ao erro.

Portanto ao desempenhar essa atividade que é privativa do advogado ele encontra-se devidamente velado pela norma constitucional que o resguarda, a de se frisar que ao parecerista não o compete responsabilidade em prestação de contas do dinheiro publico,

ordenamento de despesas, planilhas orçamentarias das licitações, pois o advogado parecerista ele não pode opinar naquilo que ele não tenha conhecimento, apenas estando ao seu alcance o que estiver determinado em lei.

Com base no estatuto do advogado, se entende que o advogado parecerista não poderá ser responsável nem civilmente, administrativamente e ate mesmo penalmente por opiniões que estão inseridas em seu parecer. Logo,

Terá o advogado responsabilidade em razão de seu parecer, quando este agir de má-fé com dolo ou culpa, levando um resultado negativo para a administração pública.

Segue abaixo a declaração sobre parecer jurídico da parecerista do Município de Nísia Floresta/RN, Arialda Helena do Carmo Martins:

A Lei Nacional nº 8.666/93, também chamada de Lei das Licitações, em seu art. 38, parágrafo único, disciplina que o parecer sobre a análise prévia das minutas dos editais de licitações e dos contratos a serem firmados, delas, oriundos, é obrigatório.

Embora seja obrigatório, por força do citado artigo, este é meramente opinativo, não é um ato administrativo, não vincula o gestor, que, poderá acatá-lo ou não, desde que fundamente a sua decisão. Mesmo não sendo vinculante, a meu ver, não exime a responsabilidade do assessor, em razão do seu compromisso perante a Administração Pública, devendo, sempre, agir com cautela e zelo no exercício de sua função, procurando coibir vícios e/ou erros existentes, para evitar que os princípios administrativos sejam afrontados.

Ante a ausência de má-fé na emissão do parecer, por parte do assessor jurídico, e a prova de dano causado ao erário público, não há por que se falar sobre responsabilidade solidária com os atos praticados pelo Administrador Público.

4. A VISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O TEMA:

O Tribunal de Contas da União vem defendendo a posição de que o parecerista em processos licitatórios responde solidariamente, com a administração pública.

Em conformidade com o entendimento do Tribunal, Marçal Justen Filho entende que:

“A atividade de consultoria jurídica importa em analisar a existência de algum defeito jurídico, que, caso existente, deve ser apontado. Havendo discordância doutrinaria ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações para possibilitar

as autoridades executivas plenas conhecimento dos riscos de determinadas decisões. No caso de duas teses jurídicas igualmente defensáveis, sustenta o autor que a escolha por uma delas não pode acarretar punição. No entanto, haverá de ser punido o emitente do parecer que adotar tese contrária ao direito, ou que desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos e outras provas.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 527).

Assim, mostra que sendo apenas uma consultoria jurídica dada de maneira errada, não levando a gestor a uma decisão apropriada, gerando um fato danoso, como no fato expresso acima, decisão contrária ao direito, deverá o advogado ser responsabilizado.

JUSTEN FILHO entende ainda que:

Ao examinar e aprovar 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 responsabilização 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 [...]. (FILHO, 2005, p.379).

Aperfeiçoa o entendimento assim:

[...] por isso, poderá (deverá) punir-se o servidor público que adota interpretação contrária ao Direito, aberrante, ou se o prolator do parecer desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos ou outras provas. Se a decisão administrativa for estanha de defeito desconhecido do agente que forneceu o parecer, não há cabimento de sua responsabilização.. Tato mais por ser inadmissível impor uma espécie de “responsabilidade política” ao sujeito que desempenha função de assessoramento, sancionando-o apenas em virtude da consumação de um resultado reputado incompatível com valores protegidos pelo Direito. Aquele que desempenha atividade de assessoramento jurídico ou técnico se sujeita ao regime jurídico genérico: a responsabilização civil, penal ou administrativa depende da culpabilidade. Enfim, é essencial preservar a autonomia da função de assessoramento jurídico ou técnico. (FILHO, 2005, p.379).

No MS 24.073/DF o tribunal de contas afirma a sua tese da responsabilidade solidária, vejamos:

“[...] e possui implicação na apreciação da regularidade dos atos de gestão de que resulte despesa, quanto a sua legalidade, legitimidade, e economicidade. Assim, o parecerista poderia, juntamente com o administrador público, ser responsabilizado judicialmente”.

O TCU argumenta ainda no MS 24.073/DF, que é de absoluta responsabilidade do parecerista examinar com a devida cautela, se o seu parecer está em conformidade e atendendo a todos os pressupostos e requisitos que aduz a Lei de Licitações e contratos.

Ainda assim, o Tribunal de Contas da União argumenta que nos casos em que os atos praticados pelos administradores públicos em processos licitatórios, tenham sido confirmados e assegurados perante o parecer jurídico e sendo uma das motivações para a decisão, deverá ocorrer a responsabilização do parecerista juntamente com o gestor público.

Segundo o TCU, essa responsabilização não implica questionar a interpretação dada dispositivo da lei pelo parecerista, mas sim a conduta de não averiguar com o devido rigor, nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, a observância de requisitos básicos para atendimento das exigências impostas pela lei (Informações prestadas pelo TCU no MS. 24073/DF, STF, Relator: Min. Carlos Veloso).

Em recente acórdão de N. 825/2014, pela Relatora Ana Arraes em 02/04/2014, trata-se de pedido de reexame interposto por um subprocurador administrativo contra acórdão proferido em 2013, no qual ficaram constatadas diversas irregularidades, contrariando leis e sumulas em seu parecer. Depois das análises técnicas foram rejeitados todos os pedidos feitos pelo subprocurador, aplicando a ele a multa prevista no art. 58, inciso II, da lei 8.443/92, transcrito abaixo:

Art. 58, II: O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

Aplicando em conformidade com o artigo citado ao subprocurador a multa no valor de R\$: 3.000,00 (três mil reais). O recorrente alega que condenação à pena de multa, fundamentada unicamente na emissão de parecer jurídico, não deve persistir. Isso porque o ato por ele praticado teria cunho meramente opinativo, não criando direitos ou obrigações, devendo apenas o agente público que decidiu a questão posta em seu parecer ser responsabilizado, até porque, como dito, o gestor não estaria vinculado ao teor do citado parecer.

Afirma corroborar os argumentos apresentados em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais o Mandado de Segurança 24.073/DF, e ensinamentos de doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles.

Haja vista que não ordenou despesas, não gerenciou, arrecadou, guardou ou administrou quaisquer bens ou valores públicos, o que não permitiria a tipificação do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, como erroneamente tentou enquadrar o Ministério Público junto ao Tribunal. (ACÓRDÃO N.825/2014).

O Tribunal não acata o recurso interposto alegando que “Esta Corte de Contas tem entendimento firmado no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório – caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo.

Reforçando esse entendimento temos um acórdão do TCU de nº 342/2007, que dispõe:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. LICITAÇÃO. SUPERFATURAMENTO. CONTRATAÇÃO INDEVIDA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PRINCÍPIO. PROCESSUAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CONDENAÇÃO EM DIFERENTES INSTÂNCIAS. DESNECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO POR PARTE DO TOMADOR DE CONTAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PARECERISTA. RESPONSABILIDADE DE GESTOR QUE AUTORIZA, HOMOLOGA OU ASSINA ATOS IMPUGNADOS. CONTAS IRREGULARES. DETERMINAÇÕES.

1. Julgam-se irregulares as contas e em débito os responsáveis, com aplicação de multas individuais, quando se constata superfaturamento em contrato de execução de serviços.

7. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos.

Embora não exerça função de execução administrativa, nem ordene despesas ou utilize, gere, arrecade, guarde e administre bens, dinheiros ou valores públicos, o parecerista jurídico pode ser arrolado como responsável por este Tribunal, pois o art. 71, inciso II, da Constituição Federal responsabiliza aqueles que derem causa a perda, extravio “ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário” (ACÓRDÃO N.825/2014).

5. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA:

Já o Supremo Tribunal Federal, vem em sentido contrário ao TCU, sustentando que os pareceristas não podem ser responsabilizados perante o judiciário, em solidariedade com a autoridade da administração.

Corroborando com esse entendimento, temos a ementa do Mandado de Segurança 24.073-3/DF, abaixo transcrito:

EMENTA CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO TRIBUNAL DE CONTAS TOMADA DE CONTAS ADVOGADO PROCURADOR PARECER CF art. 70, parág. Único, art. 71, II art. 133 Lei 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 de 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 Antonio 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.

O ministro Carlos Velloso afirma que os pareceristas não podem ser responsabilizados solidariamente, tendo em vista que estes não são considerados administradores públicos, em razão de não ordenarem despesas públicas.

Ainda assim, o ministro aduz que é inadmissível o controle externo do TCU pela emissão de pareceres, visto ser este uma atividade técnico-jurídica, assim o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração publica não é ato administrativo.

Nada mais é do que uma opinião emitida pelo operador do direito, que orientará o administrador na tomada da decisão, na pratica do ato administrativo, que constitui na execução ex officio da lei.

Ainda assim, o ministro conclui 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 inoperante. (MINISTRO CARLOS VELLOSO, MS 22.073/DF).

É importante frisar que os assessores, procuradores ou mesmo os advogados quando elaboram um determinado parecer para a Administração Pública não tem a obrigação para constatar se as informações recebidas por eles são verdadeiras ou não.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aborda:

“(...) as leis, muitas vezes, admitem interpretações diversas; não se pode concluir, em grande parte dos casos, que um ato acarrete responsabilidade só porque a interpretação adotada pelo Tribunal de Contas é diferente daquela adotada pelo advogado que proferiu o parecer. Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina e jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado (...). Em assunto tão delicado e tão complexo como a licitação e o contrato (principalmente diante de uma lei nova, não tão bem elaborada e sistematizada como seria desejável), a responsabilidade só pode ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro, por parte do advogado”. (DI PIETRO, 2001, p. 163).

O ministro Joaquim Barbosa quando Julgou o Mandado de Segurança nº 24631/DF, entendeu na fundamentação do seu voto que o parecer jurídico, ele apenas será vinculante se a lei assim exigir.

Segue abaixo:

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.

Os Pareceristas, na preparação do parecer jurídico para a Administração Pública, ele não tem a obrigação de verificar se as informações que foram fornecidas pela Administração Pública estão de acordo com o princípio da legalidade e de boa-fé, ou seja, informações verdadeiras, já que nos processos licitatórios estes pareceres deveram ser totalmente embasados nas informações que foram fornecidas ao parecerista, assim sendo essas informações serão consideradas por ele como corretas.

Recentemente o Tribunal Regional Federal da 5^o região, concedeu um pedido de Habeas Corpus impetrado pela OAB/RN, em virtude de um parecer emitido por um parecerista, apresentando um parecer adepto a ter uma continuidade no processo licitatório. O presidente da Seccional, Sérgio Freire, assegura que existe mais de 12 advogados no estado passando pela mesma circunstância, o presidente ainda afirmar:

“O entendimento dos Tribunais Superiores é que o parecer favorável à continuidade de certame licitatório não configura crime de responsabilidade. Cabe a autoridade a decisão para contratação ou não da empresa.”

6. A LEI 12.846/13

Conhecida como lei anticorrupção, à lei 12.846/13, que entrou em vigor em fevereiro desse ano, tem o intuito de responsabilizar objetivamente na administração, como também civilmente as pessoas jurídicas, pela prática de atos que causem danos à administração pública.

Vejamos:

Art. 1^o Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

A lei admite uma penalidade a pessoas jurídicas que venham a cometer atos de corrupção abrangendo os funcionários públicos do órgão, a sua chegada veio preencher um espaço vazio existente no nosso ordenamento jurídico atual, gerando uma maior proteção a administração pública que antes permitia uma penalização apenas às pessoas físicas que gerassem atos de corrupção.

Os atos de corrupção descritos na lei são aqueles que sejam danosos à administração pública, que ataquem o patrimônio público, e que estejam em contradição com os princípios existentes na atual administração pública, seguindo sempre pelo princípio da legalidade ou que venham contra as convenções internacionais no qual o Brasil venha adotado.

Um exemplo de ato ilícito da corrupção são aqueles realizados para alterar algum procedimento do certame licitatório público, obviamente aqueles que venham de confronto com a lei, para benefício próprio ou de terceiros, o que de fato não está dentro da legalidade.

Vejamos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Neste diapasão, os pareceres jurídicos deverão levar a uma identificação maior, onde irá observar se aquele procedimento licitatório está sendo realizado de maneira correta, dentro das fontes legais do direito, da segurança jurídica, o que acaba por gerar uma responsabilidade aos pareceristas, o que de certa forma irá ajudar a ter uma maior responsabilidade na formulação do parecer e um maior cuidado em relação à empresa que poderá ser contratada pela administração pública.

7. CONCLUSÃO

Diante dos posicionamentos aqui expostos, é possível deduzir que existe um grande questionamento em torno da responsabilidade dos pareceristas nos processos licitatórios, inclusive com entendimentos diversos, visto que esses esboçam apenas suas opiniões em seu parecer, que poderá ser assim acatado ou não, o qual gera conflitos entre tribunais como foi visto.

Mas, por possuírem as técnicas jurídicas essenciais, para a elaboração de um parecer e se ter assim uma conclusão de um ato, a administração tem total confiança de que o que foi descrito por ele esta totalmente correto, não se pode retirar totalmente a responsabilidade de um parecerista, afinal ele é um profissional da área, além de que, ele age em nome da administração para se alcançar um resultado desejado.

Não podemos esquecer que em vários casos pode ocorrer a fraude da licitação, do qual é considerado um ato ilícito, por parte da empresa ganhadora e da própria administração, sem que o parecerista não tenha como evitar.

Com a entrada em vigor da lei. 12.846/2014, a chamada lei da anticorrupção, as pessoa jurídicas, ao agirem com ilegalidade, envolvendo também os funcionários públicos do órgão deverá ser responsabilizada por seus atos ilícitos, ou seja, com isso tanto a administração, quanto o parecerista e o empresário serão responsabilizados, quando agirem corruptamente, em benefício próprio ou alheio.

O Tribunal de Contas da União vem defendendo na maioria de suas decisões, a posição de que o parecerista em processos licitatórios responde solidariamente, com a administração pública.

Argumenta ainda que nos casos em que os atos praticados pelos administradores públicos em processos licitatórios, tenham sido confirmados e assegurados perante o parecer jurídico e sendo uma das motivações para a decisão, deverá ocorrer a responsabilização do parecerista juntamente com o gestor público.

A maneira como o Tribunal de Contas analisa esse tema não poderia se dar de outra forma, visto que, se não houvesse a responsabilização dos agentes públicos e dos pareceristas, permitiria que o patrimônio público ficasse livre as vontades dos chefes dos órgãos públicos.

Importante ressaltar que ainda é corriqueiro que essa atividade de parecerista ainda é realizado por Advogados que estão investidos em cargos de comissão, sendo muito difícil de contrariar os interesses do Chefe da Administração e mesmo assim continuar no cargo.

Já o Supremo Tribunal Federal, tem uma posição majoritária perante os outros órgãos da esfera jurídico Brasileira, no qual tem o posicionamento de que o parecerista apenas terá responsabilidade solidária com a administração quando esse agir de má-fé.

Argumenta ainda que os Pareceristas, na preparação do parecer jurídico para a Administração Pública, ele não tem a obrigação de verificar se as informações que foram fornecidas pela Administração Pública estão de acordo com o princípio da legalidade e de boa-fé.

Conclui-se, então, que os pareceristas são responsáveis pelas suas opiniões apenas quando eles agem contra os princípios da administração pública ficando claro o dolo e a má-fé não sendo responsável quando seu parecer vai de acordo com todas as normas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 24073. REL. MIN. CARLOS VELOSO, julgado em 06/12/2002 e publicado no DJ em 30/10/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?S1=%2824073%2ENUME%2E+OU+24073%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de abr. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 24073. REL. MIN. CARLOS VELOSO, julgado em 06/12/2002 e publicado no DJ em 30/10/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824073%2ENUME%2E+OU+24073%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 de abr. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão 342/2007 Tomada de Contas Especial. REL. MIN MARCOS BEMQUERER COSTA. Julgado em 27/2/2007 e publicado no DOU 2/3/2007. Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/consultartextual/juris>> . Acesso em 22 de Abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CHARLES, Ronni, **Lei de licitações e contratos comentadas**. São Paulo, 2008

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MICHELS, Charliane. O parecer jurídico e a atividade administrativa. Aspectos destacados acerca da natureza jurídica, espécies e responsabilidade do parecerista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3470, 31 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23349>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

CAMARROSANO, Márcio. **Da Responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes**. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, 1997, p. 229.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERREIRA, Carina Estephany. A gestão pública e a responsabilidade do advogado público na elaboração de pareceres jurídicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3224, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21600>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 2006

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Verônica Vaz de. A responsabilidade dos assessores jurídicos na elaboração de pareceres para a Administração Pública em atividades licitatórias mal sucedidas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2536, 11 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/15002>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

RIBAS, Carolline Leal. A responsabilidade do parecerista jurídico perante os Tribunais de Contas no exercício da função consultiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3504, 3 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23617>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

XAVIER, Gabriela Costa. Responsabilização do advogado público pela emissão de parecer jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3484, 14 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23451>>. Acesso em: 23 abr. 2014.