



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**LIMITES DA RESPONSABILIDADE DOS PARECERISTAS EM LICITAÇÕES
PÚBLICAS**

Mayconl Ystwart Pimentel Robadel

Manhuaçu - MG

2020



MAYCONL YSTWART PIMENTEL ROBADEL

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DOS PARECERISTAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Projeto apresentado no Curso Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial a aprovação da disciplina de Elaboração de Projeto de Pesquisa.

Área de Concentração: Direito Administrativo

Orientadora: Milena Cirqueira Temer

Manhuaçu - MG

2020



MAYCONL YSTWART PIMENTEL ROBADEL

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DOS PARECERISTAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Projeto apresentado no Curso Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial a aprovação da disciplina de Elaboração de Projeto de Pesquisa.

Área de Concentração: Direito Administrativo

Orientadora: Milena Ciqueira Temer

Aprovado em: 08 de dezembro de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Ms. Milena Ciqueira Temer.
Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu – Unifacig
Orientadora

Prof. Ms. Bárbara Amaranto de Souza Ribeiro
Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu – Unifacig

Prof. Ms. Thaysa Kassis de Faria Alvim
Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu – Unifacig

Manhuaçu

2020



O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.” (Jonh Locke)



Dedico este trabalho a todas as pessoas que me acompanharam e que não mediram esforços, colaborando para que esta meta viesse a ser concluída.

Meu pai, Jose Erlaine Alves Robadel

Minha mãe, Marcia Pereira Pimentel

Minha irmã, Jhulya Pimentel Robadel



AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente a Deus, por ter me dado força e perseverança para concluir minha graduação.

Agradeço a minha família e amigos, pelo amor e apoio que cada um me deu ao longo dessa trajetória.

A minha orientadora, professora Milena Cirqueira Temer, pela paciência e valiosas contribuições dadas durante todo o processo.

A UNIFACIG pelo estudo com excelência academia que me proporcionou durante esses anos.



LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Fases do Processo Licitatório.



RESUMO

A Administração Pública tem aumentado a utilização dos contratos com terceiros na intenção de diminuir os gastos públicos. Nesse viés com o advento da Lei 8.666 de 1993 (Lei de licitações Públicas), foram criadas as normas para regular tais contratações com o setor privado. O presente trabalho tem como objetivo verificar a importância dos advogados pareceristas e sua emissão de pareceres nos processos licitações, sendo que o parecer é fase obrigatória do processo licitatório, estando previsto no art. 38, inciso VI da supracitada Lei de licitações Públicas. Dessa forma, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudências, o presente trabalho analisou o limite das abrangências das cominações das sanções sofridas pelos advogados públicos quanto da emissão de seus pareceres.

Palavra Chaves: Administração Pública; Direito Administrativo; Licitações; Parecer Jurídico; Responsabilidade Administrativa.



ABSTRACT

Public Administration has increased the use of contracts with third parties with the intention of reducing public costs. In this bias with the advent of Law 8.666 of 1993 (Public Procurement Law), the regular rules for such contracts with the private sector were created. The purpose of this paper is to verify the importance of the related lawyers and their issuance of opinions in the bidding processes, and the opinion is the mandatory phase of the bidding process, provided for in art. 38, item VI of the aforementioned Public Bidding Law. Thus, through bibliographic research and jurisprudence, the present work analyzed the limit of the scope of the penalties suffered by the public lawyers of the issue of their points

Keywords: Public Administration; Administrative law; Bids; Legal Opinion; Administrative Responsibility.



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATO ADMINISTRATIVO	13
3. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO	15
3.1 Princípio da Legalidade	16
3.2 Princípio da Publicidade	16
3.3 Princípio da Impessoalidade	17
3.4 Princípio da Igualdade	18
3.5 Princípio da Moralidade	18
3.6 Princípio do Julgamento Objetivo	19
3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	20
4. LICITAÇÃO PÚBLICA	21
5. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
6. NATUREZA JURÍDICA DO PARECER TÉCNICO NA LICITAÇÃO	27
6.1 Parecer Facultativo	28
6.2 Parecer Obrigatório	29
6.3 Parecer Vinculante	30
7. RESPONSABILIDADE DOS PARECERES TÉCNICO-JURÍDICO DO ADVOGADO PÚBLICO	31
8. RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS ATUANTES EM LICITAÇÕES	34
9. IMPORTANTES DECISÕES SOBRE A MATÉRIA	37
9.1 decisões do STJ e demais Tribunais	37
9.2 Decisões Paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal	39
9.3 Decisões do Tribunal de Contas da União	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública por meio da busca da realização do interesse público observando a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa necessita a todo momento firmar contratos e serviços com o setor privado. Com o fim de regulamentar esse procedimento, em 1993 promulgou-se a Lei 8.666 - conhecida como o instituto da Licitação Pública - e estabeleceu um dos requisitos essenciais para o procedimento licitatório: o parecer técnico-jurídico (Brasil,1993).

O parecer jurídico de um ato administrativo, disposto no artigo 38 da Lei 8.666/93, e é emitido ao órgão executor da Licitação pela assessoria jurídica e este item é de caráter indispensável, uma vez que objetiva dar segurança jurídica aos atos que serão praticados no certame pela pregoeira e sua equipe de apoio. Em contrapartida, a legislação também proíbe a conduta desejada naquele momento. Dentre os motivos cabíveis pode-se destacar os limites previstos em leis e o desrespeito às normas legais acarreta graves sanções (BRASIL, *on-line*, 13.655/2018).

O advogado/assessor público é essencial na tomada de decisões no processo licitatório. E o parecer jurídico é um ato indispensável na fase do processo licitatório e nas contratações públicas. No entanto, os diversos posicionamentos acerca do tema, geram insegurança ao advogado, temendo estar em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio (BRASIL, 1988)

Nesse contexto, há divergência de aplicabilidade sobre o tema nas altas cortes do país O Tribunal de Contas da União - TCU aplica a corrente ao qual o emissor do parecer deve responder por sua emissão jurídica nos autos do Parecer do MP (procurador-Geral) no TC-003.746/1994-1, ao qual poderia gerar responsabilização ao autor, e de lado oposto o STF difere da mesma, nos autos do MS 24.073/DF, julgado em 6/11/2002; MS 35196/DF, julgado em 26/10/2017; MS 29.137/DF, julgado em 18/12/2012, o plenário consolidou o posicionamento de que, em pareceres meramente consultivos, a regra é a ausência de responsabilidade do parecerista. Ficando registrado decididamente, que em danos causados a terceiros ou a seus clientes, decorrente de erro grave, de ato ou omissão praticado com culpa, será o advogado civilmente responsável (Brasil, *on-line* Supremo Tribunal Federal – Mandado de Segurança 24073 DF).

Assim, o problema de pesquisa se sustenta no fato de o parecer jurídico ser é um ato indispensável na fase do processo licitatório e nas contratações públicas. E sendo assim, qual a responsabilidade dos pareceres emitidos pelo Advogado e a abrangência de suas cominações?

Nesse ponto, as divergências de aplicabilidade dos entendimentos dos tribunais superiores, poderiam ser sanadas se dá criação de entendimentos pacificadores do STF, ao qual unifique as decisões quanto à responsabilidade dos pareceres emitidos no âmbito administrativo. No cenário atual onde não existe uma unicidade de entendimento quanto às abrangências das cominações das sanções sofridas pelos advogados públicos, esses sofrem de uma grande insegurança jurídica (PLUTARCO, 2018)

O objetivo geral da pesquisa é analisar o limite da responsabilidade do parecer jurídico em licitações públicas. No intuito de atingir o objetivo geral, alguns objetivos específicos merecem menção, dentre eles: Compreender o conceito de Administração Pública e Ato Administrativo.

A esse respeito, a questão da metodologia aplicada nesta pesquisa, traçou-se alcançar os objetivos por meio de uma pesquisa do tipo qualitativo. O método aplicado foi de pesquisa bibliográfica. Trata-se também de um estudo documental, consubstanciando-se por documentos que tratam dos procedimentos licitatórios, com base em dados secundários extraídos de órgão públicos, que foram analisados a luz da literatura pertinente e áreas afins.

Em meio ao número crescente de irregularidades noticiadas nos procedimentos licitatórios, demonstra-se ser de relevante utilidade o esclarecimento acerca das questões que envolvem a importância das manifestações dos profissionais jurídicos, sendo eles favoráveis ou desfavoráveis ao objetivo pleiteado, exaradas nestes processos. Isto posto, o tema proposto possui também grande relevância para o campo acadêmico do direito, principalmente quando se volta para à efetivação da justiça no viés da segurança jurídica das decisões dos tribunais e, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão sobre os impactos sobre a possibilidade de investigar a admissibilidade de imputação de responsabilidade ao advogado público.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATO ADMINISTRATIVO

O Estado como qualquer organização, precisa promover o suprimento de suas necessidades, a fim de cumprir para com os objetivos do qual foi criado e efetuar suas atividades do dia-a-dia. Para tanto, o Estado possui seu corpo administrativo, chamado de Administração Pública, o qual é responsável por promover ações em busca do bem da sociedade e do suprimento de suas necessidades (MEIRELLES, 2007).

A Administração pública é todo aparelhamento do Estado, predestinado a concretização de seus serviços, visando a satisfazer a coletividade. Sendo o conjunto de meios institucionais e organizados para executar as decisões das atividades de gestão de negócios ou serviços públicos com finalidade de prover as necessidades coletivas (MEIRELLES, 2007).

Para Moraes (2008, p. 78):

“A expressão ‘administração pública’ é, no sentido objetivo, o conjunto de bens, e direitos próprios para a execução da função administrativa; no sentido subjetivo, o conjunto de pessoas (órgãos) públicos ou privados que executam atividades administrativas”.

A administração pública é um conjunto de bens e conjunto de pessoas os quais executam as atividades administrativas. Em sendo assim, Meirelles (2007) conceitua que para que a Administração Pública firme contrato para realizar obras e serviços, compras e/ou alienar bens, a mesma se valerá por intermédio de contratos administrativos, que é o meio para firmar com particular ou como outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público.

De acordo com Figueiredo (2002, p. 15):

“O poder público, para desenvolver as atividades de prestação de serviços públicos, necessita contratar empresas privadas, profissionais liberais, pessoas físicas ou jurídicas, que lhe forneçam bens e serviços úteis, em certames nos quais a participação dos licitantes exige, por parte do poder público, um tratamento igualitário para todos eles, visando selecionar para a Administração Pública, a proposta que lhe for mais vantajosa”.

O poder público necessita fazer contratações por meio de licitações, devendo dar tratamento igualitários a todos os participantes para a escolha da proposta mais vantajosa. O ente público tem grande responsabilidade para com a sociedade,

devendo realizar uma boa gestão administrativa pois tem o objetivo de realizar trabalhos em prol da coletividade (interesse público) em concordância com a lei de forma ética e com transparência. Sendo assim, a administração é exercida através dos serviços públicos ofertados a população com a finalidade de atingir o bem comum. Nesse aspecto, Barros (2008) elucida que Administração Pública é o bem da coletividade administrada a defesa do interesse público, a fim do agir administrativo seja a pratica do bem comum.

De acordo com Oliveira (2003, p. 27), “a Administração, por seus diferentes setores, executa diretamente as normas legais que lhes são dirigidas, para o cumprimento de finalidades públicas determinadas”. Com o objetivo fundamental de produzir efeitos jurídicos, o comportamento administrativo caracteriza-se por expressar os desejos do Estado, das autoridades da administração pública e dos agentes públicos que os representam. Nesse ver, o estado tem como objetivo criar, modificar, reconhecer, preservar ou eliminar condições legais subjetivas em assuntos administrativos por meio de seus representantes (Cretella, 2000).

Corroborando com esse entendimento Meirelles (2002), diz que qualquer externalização da vontade da administração pública tem um objetivo direto, a saber, adquirir, abrigar, transferir, modificar, eliminar e declarar direitos, ou à pessoa administrada ou a si próprio, a fim de exteriorizar o querer. Entende-se também que a vontade do estado é toda exteriorização de vontade da administração, no qual é feita pela intermediação de seus representantes. Deste modo, para administração exercer sua função é necessário que todo ato por ela praticado, esteja previsto em lei para que tenha validade (MEIRELLES, 2002).

3 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Os princípios são para o direito brasileiro, a base de toda normal constitucional e infraconstitucional, portanto, todas as ações da administração pública direta ou indiretamente devem estar amparadas por princípios administrativos para serem eficazes, a luz do que dispõe o artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL,1988)

Nesse entendimento, Barro (2008, p. 59), define princípio como qualquer proposição, ou seja, uma hipótese sistemática, para garantir sua validade e legitimá-la. São normativas que orientam e condicionam a aplicação do direito. Por sua vez, segundo Mazza (2017, p. 107), “princípios são as regras gerais que a doutrina identifica como condensadoras dos valores fundamentais de um sistema”.

No art.37 da Constituição Federal de 1988, estão previstos os princípios, os quais se somam com outros princípios implícitos da nossa Carta Maior, Rosa (2006, p. 9). Os princípios da Administração Pública têm como objetivo orientar o administrador Público em suas ações e garantir a boa gestão na administração dos interesses da coletividade, Barros (2008, p.36).

Os processos licitatórios devem obedecer aos fundamentos constitucionais regulamentados pelo artigo 3º da Lei 8.666/93, quais sejam: Princípio da igualdade/isonomia, princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade e da probidade; princípio da publicidade; princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo (DI PIETRO, 2019).

Segundo (MAZZA, 2017), há também os princípios quais sejam o princípio do sigilo das propostas, princípio da adjudicação compulsória, princípio da licitação sustentável. O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, estabelece que as compras e alienações da administração pública, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (BRASIL, 1988).

A Carta Magna e a Lei infraconstitucional, determinam que os procedimentos devem resguardar o princípio da igualdade entre os interessados no certame, visando garantir a todos a igualdade no direito de participação (BRASIL,1988).

3.1 Princípio da Legalidade

Por esse princípio, todos os procedimentos da administração pública nos editais de licitação dependem do que está previsto na lei, caso contrário, não tem efeito. Previsto no art. 37 da CF/88, princípio geral da Administração Pública, aplica-se, por óbvio, ao procedimento licitatório, pois se refere nada mais que ao cumprimento fiel do que se encontra previsto na legislação, notadamente em caso de licitações seguir a lei nº 8.666/1993 e suas alterações.

No dizer de Penteado Filho (2006, p. 13):

“O princípio da legalidade vem a ser a mola mestra de todo o sistema jurídico brasileiro, o quer dizer que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, como preconiza o art. 5º inciso II da Carta Maior. Submeter a Administração Pública ao princípio da legalidade significa impor limites à ação do Estado, característica da democracia”.

Todos os atos da Administração devem estar previstos em lei, como forma de legalizar os efeitos públicos, Medauar, (2007). Conforme entendimento Freitas (2009, p. 72), o princípio da legalidade apresenta sua importância, desde que, esteja agindo junto com os demais princípios norteadores da Administração Pública. O Princípio da Legalidade possui atividade totalmente vinculada, o que significa dizer ausência de liberdade para a autoridade administrativa. Meirelles nos ensina que:

“Na administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim.”

Significa dizer que o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto a administração deve fazer o que está previsto em lei. Tendo o administrador público a finalidade de resguardar o interesse coletivo, tornar-se-ia incompatível com a imparcialidade necessária ao exercício de sua função, se não fosse lhe imposto restrições em suas atividades (FREITAS, 2009).

3.2 Princípio da Publicidade

Em conformidade com o artigo 3º, § 3º: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao

conteúdo das propostas, até a respectiva abertura". Por esse princípio, os cidadãos podem fiscalizar as prefeituras, uma vez que os editais são publicados no Diário Oficial e em jornais de grande circulação, para tomada de preços, concorrência, concursos, leilão e pregões, o que assegura a transparência no processo de licitação.

Segundo entendimento de Barros (2008, p 70).

“É através deste princípio que a Administração Pública se torna transparente para que a sociedade e os órgãos de controle possam tomar conhecimento de seus atos e impugná-los, se viciados ou em desacordo com a legalidade e a moral administrativa.”

A luz do princípio da publicidade, tem-se que a administração pública deve ser transparente, ao passo que todos os atos praticados devem ser públicos, tal formalidade se aplica não somente a licitação pública, como também a todos os tramites de processos municipais. Segundo o mesmo princípio, o órgão da administração pública não deve ter comportamentos obscuros, à revelia da sociedade e dos órgãos de controle, devendo deve divulgar seu comportamento de forma ética e democrática (BARROS 2008).

3.3 Princípio da Impessoalidade

Esse princípio limita o gestor, essencialmente, à prática de atos que tenham seu fim legal, impede que ele beneficie pessoas de seu círculo de amizades. Embora não seja admitido por vários doutrinadores, Meirelles (2003, p. 89) leciona que:

“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.

Entende-se que impõe ao administrador a prática de ato unicamente com fim legal, sendo esse ato com objetivo de forma impessoal. Nesse ver, Penteado Filho (2006, p.14), entende que o princípio, determina que se deve agir sempre dentro de um equilíbrio, evitando perseguições políticas e privilégios a protegidos (MEIRELLES 2003).

Percebe-se que o princípio da impessoalidade deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações, significa dizer que neste princípio não deve haver interesse pessoal, o agente público deve agir sempre a favor do bem comum (HELLY LOPES, 2002).

3.4 Princípio da Igualdade

Tal princípio proíbe a discriminação dos licitantes pela administração pública, e garante a todos o direito de concorrer nas licitações públicas em igualdade de condições conforme o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal: “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]” (BRASIL, 2008).

Para Palavéri (2003):

“Igualdade exige-se, dentre outras coisas: a publicação dos atos do procedimento licitatório (princípio da publicidade); o estabelecimento de regras prévias no instrumento convocatório, das quais não poderá o poder público de desgarrar (princípio da vinculação do edital); o estabelecimento de regras impessoais no procedimento (princípio da impessoalidade); a garantia de julgamento mediante critérios objetivos e previamente fixados (princípio do julgamento objetivo); e a busca da competição efetiva, real e concreta (princípio da competitividade)”.

Compreende que sobre este princípio Administração Pública poderá elaborar requisitos mínimos para participação da licitação, podendo ela discriminar o objeto em questão de forma detalhada e precisa, e é um impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (PALAVÉRI, 2003).

3.5 Princípio da Moralidade

Segundo Barros (2008, p 71) conceito de moralidade administrativa é vago e que é absorvido pelo próprio conceito de legalidade, porém, tal princípio está elucidado no art. 37, caput CF/88.

O princípio da moralidade impõe ao Poder Judiciário exercer o controle administrativo e examinar, além dos aspectos legais, se ele atende à moralidade, à razoabilidade, à probidade administrativa e a justiça. Logo, é necessário não só a observância à lei, mas também aos princípios éticos, segundo Moraes (2008, p 40).

Por isto, não é simples falar-se do princípio da moralidade, todos os princípios são por ela congregados” (NIEBUHR, 2000, p. 97).

Celso Antônio Bandeira de Melo (2007, p.119), ao tratar do princípio da moralidade, diz que:

“A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que as sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da constituição”.

Entende-se que a moralidade administrativa se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder pois se entendia que a Administração Pública se utilizava de meios lícitos para atingir finalidades ilícitas, sendo assim, o princípio da moralidade administrativa configura um vigoroso instrumento à função de controle de legalidade. A luz do art. 37 da CF/88, este princípio validada todo ato da Administração Pública, a fim de garantir o bem comum (MELO, 2007).

3.6 Princípio do Julgamento Objetivo

Tal princípio obriga a Administração Pública a se ater aos critérios adotados no edital para promover o julgamento do processo. Desse modo, fica afastada a possibilidade de o julgador fazer uso de fatores subjetivos ou adotar critérios que não estão previstos no ato convocatório (RENOVAR, 2003).

Para Carlin (2007, pág. 178), o “Julgamento objetivo é aquele que não comporta dúvida na interpretação do contexto licitatório e pelo qual resta claro por que a Administração tomou determinada decisão”. Segundo o entendimento de Segundo Justen Filho (2005, p. 312):

“A vantajosidade da proposta deve ser apurada segundo um julgamento objetivo. O ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores”.

A escolha deve ser baseada em critérios e parâmetros concretos, precisos, previamente estipulados no instrumento convocatório, e que estes afastem quaisquer subjetivismos, dando a necessidade de um julgamento de forma objetiva.

Entende Medauar (2000, pág. 218) que:

“O julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito”.

Percebe-se que deve adotar critérios para o julgamento objetivo, não devendo usar fator sigiloso ou critério secreto, que diminua a igualdade entre os licitantes, afim de impedir que haja qualquer interpretação subjetiva do edital e que possa vir a favorecer um concorrente, prejudicando outros, defeso a preferência para escolha (MEDAUAR, 2000).

3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem grande importância por assegurar o vínculo da administração e dos administrados às regras determinadas. Descumprir qualquer cláusula pode levar à desaprovação ou desclassificação da proposta (LICÍNIA ROSSI, 2015).

Em relação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório Nascimento (2007, p. 30) elucida que:

“Mediante este princípio, o licitante encontra-se inteiramente vinculado aos ditames do edital ou instrumento convocatório. Com isso, evita-se modificação de forma de julgamento, de forma de pagamento, etc. Isto não quer dizer que a Administração está liberada para fixar regras divorciadas da legalidade e dos demais princípios previstos na licitação”.

O licitante está vinculado aos requisitos descritos na minuta do certame, de forma que seu não cumprimento pode levar a desclassificação do mesmo e inabilitando-o. A luz Meirelles, este (1998, p. 31) afirma que “o edital é a Lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu”.

A administração deve se atentar ao que foi pedido através do edital, não podendo está exigir algo a mais que já não esteja previsto no edital do certame ou eximir-se de cobrar algum requisito relacionado, para que não se caracterize favorecimento a terceiros por interesses particulares (NIEBUHR, 2011)

4 LICITAÇÃO PÚBLICA

O procedimento licitatório é o ato pelo qual a Administração Pública busca selecionar a proposta mais vantajosa. Esse procedimento é composto por vários atos contínuos, ao qual proporcional a igualdade aos licitantes, além de apresentar a eficiência necessária para o alcance do interesse público (BRASIL, 2010).

Segundo Mello (2004, p. 469) “licitação é um certame no qual as entidades públicas abrem disputa entre os interessados, a fim de escolher a proposta mais vantajosa às conveniências pública”.

A Licitação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Nº 2.296/1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (JUNIOR, 2017). Mais tarde, com advento da Constituição de 1988, a licitação tornou-se como um dos fundamentos constitucionais da administração pública, devendo ser aplicada a todos os entes da Administração pública direta e indireta, conforme dispõe o artigo 37 da Carta Magna (BRASIL, *online*, 1988).

A licitação tem seis modalidades distintas que são concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão; 05 (cinco) delas estão previstas na lei 8.666/93, mais conhecida como lei das licitações, e 1 (uma) delas, o pregão foi acrescentada pela Lei Federal nº 10.520/02, uma vez que está permite que as contratações realizadas pela administração aconteçam de uma maneira mais célere, segundo (RIBEIRO, 2006).

Toshio Mukai citado por Wálteno Marques da Silva (1998, p. 20);

“A finalidade da licitação é permitir que o poder público consiga a proposta que lhe seja mais vantajosa, cujo desiderato não pode ser lançado com infração aos princípios básicos que regem a licitação”.

Conforme dito, tem-se que a finalidade é a proposta mais vantajosa e com melhor condição para atender ao órgão licitante, de maneira que visa principalmente a escolha de opções mais vantajosas para os órgãos públicos (SILVA, 1998).

Para Lacombe (2009, p. 379) licitação é procedimento para verificar, entre os vários concorrentes, quem oferece melhores condições para a organização licitante realizar obras, prestar serviços ou fornecer produtos”. Uma licitação pura e lícita, deve proporcionar igualdade entre os licitantes em sua divulgação e avaliação de condições oferecidas.

Para Lacombe (2009, p. 379) a licitação é:

“Procedimento para verificar, entre os vários concorrentes, quem oferece melhores condições para a organização licitante realizar obras, prestar serviços ou fornecer produtos. Uma licitação bem feita deve proporcionar igualdade entre os licitantes em termos de divulgação e avaliação das condições oferecidas”.

Sendo o meio de verificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, pelo qual os concorrentes devem atentar aos requisitos mínimos de descrição dos itens e oferta-los em maior vantajosidade para o ente licitante, o qual deve ser analisado e julgado.

A luz do entendimento de Medauar (1996, p. 205):

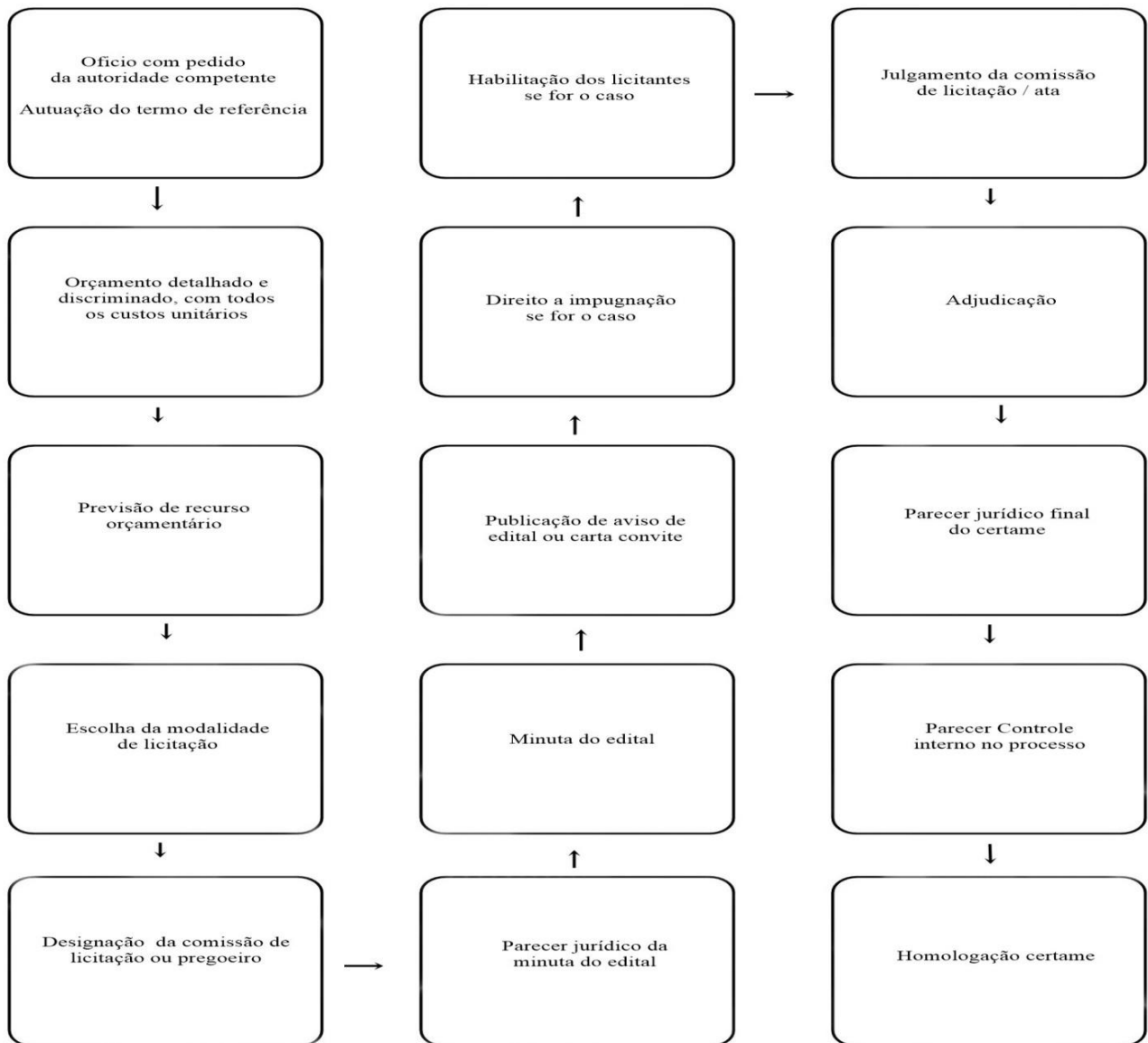
“Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado”.

Percebe-se que o processo licitatório é um processo administrativo, do qual estabelece quem será o detentor do contrato, visando o interesse público quanto ao a melhor proposta, no intuito de fazer economia para os cofres públicos mediante a análise dos custos e benefícios.

Para Di Pietro (2014, p. 273) “A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da administração e atos e fatos do licitante”. Niebuhr (2011, p.36) diz que “a licitação pública é o meio para celebrar contrato administrativo, que é o meio para contemplar o interesse público, a fim de propiciar a Administração Pública o recebimento de utilidades produzidas por terceiros [...]”.

A licitação é um convite para o particular realizado pelo poder público para que os mesmos façam as melhores propostas para serem contratados. Nesse entendimento, Meirelles (2007, p. 26) diz que a licitação conduz a um contrato, e o contrato objetiva um serviço, uma obra, uma alienação ou uma compra.

Sendo assim, para que a administração pública firme contrato com um particular, ela deve seguir uma série de procedimentos, sendo eles atos praticados antes da publicação do edital (interno) e atos praticados após a publicação do edital (externo). Veja-se:



Fonte: Elaborado pelo autor com base na Lei 8.666/1993

5. OBRIGATORIEDADE DE LICITAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, o procedimento obrigatório de licitação, sendo que este é aplicável tanto na administração pública direta quanto indireta, sob certas circunstâncias. O que isso significa é que qualquer contrato de compra, descarte, engenharia e serviço público deve passar pelo processo de licitação.

Para Barros (2008, pág. 122):

“A Administração Pública tem como dever constitucional a necessidade de licitar se pretende contratar, salvo nos casos específicos de dispensa e inexigibilidade. Esse é o princípio. Buscando delimitar o conceito de Administração Pública para cumprimento da obrigação constitucional, a Lei nº 8.666/93, no seu art.º, parágrafo único, expressamente estabeleceu que, além dos órgãos da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), também estariam vinculados as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e para não deixar dúvida de que a vinculação era a mais ampla possível, os fundos especiais e as entidades controladas diretas ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Compreende-se que salvo dispensa e inexigibilidade a administração pública tem o dever de licitar, sendo tal preceito aplicável aos demais Entes que compreendem a administração pública direta ou indiretamente.

Segundo Mazza (2017), trata-se de procedimento obrigatório para que a administração pública possa realizar seus contratos, uma vez que o ente público não pode selecionar um fornecedor ou prestador de serviços sem garantir a todos os interessados, a igualdade de condições; desse modo, obedecendo a uma das finalidades do processo licitatório que é a da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Segundo Di Pietro (2011) e Nascimento (2007), ficam obrigados a licitar todos os órgãos governamentais da Administração direta, fundações públicas, empresas públicas, empresas de capital misto e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos governos da União, do Estado, do Distrito Federal e Municípios, acrescenta-se que os órgãos do poder legislativo (Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa, Câmara dos Deputados e Senado Federal), do Poder Judiciário e Tribunais de Contas estão, também, obrigados a licitar. Segundo

Gasparini (2001, p. 408), "Mesmo que os procedimentos sejam diferentes, todas as entidades devem licitar". Niebuhr (2011, p.48), elucida que:

"A realização de licitação pública é obrigatória em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, dados que os agentes administrativos encarregados de celebrarem contratos em nome da administração pública não podem fazê-lo de acordo com suas vontades, com seus desígnios pessoais, porém sempre norteados pelo interesse público. Com isso rechaça-se a celebração de contratos administrativos ofensivos à moralidade administrativa, que tenham sido levados a cabo em obséquio ao clientelismo, para beneficiarem particulares cooptados por aqueles que deveriam curar dos interesses coletivos".

O princípio da indisponibilidade do interesse publica obriga o entre a licitar, não podendo os mesmos efetuar contratos por vontade própria. Nesse sentido, pode-se afirmar que, no ramo privado predomina a autonomia da vontade, já que as contratações são propostas de um indivíduo para outro, que tem liberdade para aceitar ou não, no ramo Público ocorre a seleção de propostas mais vantajosas, sendo está selecionada se possuir mais conveniência para a contratação pretendida pela Administração.

É o que ministra Di Pietro (2014, p. 374), ao discorrer sobre a matéria:

"No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais constantes do edital; entres estas algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que for mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório".

Percebe-se que a licitação abrange toda uma coletividade a qual tenha os requisitos constante no edital do certame, cabendo a administração escolher a que for mais vantajosa e conveniente. É pertinente trazer ao tema o conceito de Bandeira de Mello (2015, p. 536) "licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas".

Nesse contexto, na lei 8.666/93, no bojo do art 2º, estabelece a licitação como regra fundamental da Administração pública, comportando sua não aplicação somente em exceções. Leia-se:

"Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente

precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (BRASIL, 1993, *On-line*)”.

Para contratar obras e serviços, deve preceder de licitar, ademais, todo contrato ou ajuste entre entes públicos e particulares são considerados contratos. Salienta-se que na referida lei de Licitações estão previstas 5 (cinco) modalidades em seu art. 22, quais são: Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão (BRASIL, 1993, *Online*).

No ramo privado predomina a autonomia da vontade, e em se tratando do ente público, este nas contratações públicas e nos contratos com particulares, tem a obrigação de licitar a fim de firmá-los, respeitando a legislação e a constituição federal (MELLO, 2015,).

6. NATUREZA JURÍDICA DO PARECER TÉCNICO NA LICITAÇÃO

Em regra, o advogado competente para a emissão do parecer em apreço é servidor público efetivo da Advocacia-Geral da União – AGU, no caso da Administração Pública Direta ou de autarquia federal. É o que se depreende da análise do art. 131 da Constituição Federal, o art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar Federal n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, e do art. 1º, II, e do art. 3º, § 1º, ambos da Lei Federal n.º 8.906/1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (BRASIL, *online*, 1994)

Excepcionalmente, o parecer jurídico pode ser emitido por advogado que ocupe cargo de provimento em comissão, ou, então, por advogado contratado por meio do art. 25, II, e § 1º, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Os advogados públicos não apenas desempenham parte de suas funções em litígios em nome de suas instituições restritas, mas também prestam consultoria em ações administrativas e na legalidade de contratos. Os advogados públicos expressam opiniões legais nessa qualidade como consultores, que é a base deste trabalho (PIETRO, 2015).

Além das opiniões, os advogados também se expressam por meio de instruções técnicas, ordens e outros meios. Bandeira de Mello (2013), conceituou a opinião como a manifestação consciente de uma agência de consultoria onde avalia o conteúdo a ela submetido. Nesse sentido, Oliveira (2007, p. 58), relata que os pareceres jurídicos podem ser considerados como espécies de atos administrativos, uma vez que, embora não nascem da vontade do administrador, acabam recebendo igual tratamento normativo.

No mesmo sentido, Medauar (2008, p. 385) relata que, em casos que a norma exija consulta prévia ao órgão jurídico, o parecer deve nortear obrigatoriamente a decisão a ser tomada, sendo assim, a autoridade só pode decidir no sentido do parecer.

A luz do entendimento de Cunha Junior (2015), o parecer é uma espécie do gênero ato jurídico, sendo regido pelo direito público, do qual se vale o Estado ou quem age em nome dele, para exprimir, unilateralmente, uma declaração de

vontade, fundada na lei e voltada ao desempenho de funções administrativas na gestão do interesse coletivo. Entende-se a luz de Cunha Junior (2015), que os pareceres simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzirem qualquer efeito jurídico imediato.

No mesmo sentido, Meirelles (2010) estabeleceu que a opinião administrativa é o desempenho da instituição técnica no assunto que lhe foi submetido à consideração, e a opinião é apenas uma opinião e não restringe a gestão de sua motivação. Portanto, o que constitui um ato administrativo não é uma opinião, mas um ato por ele aprovado. Segundo decisão paradigmática da Supremo Tribunal Federal (MS 24.631-6/DF) estabelece-se classificação de parecer jurídico em parecer facultativo, parecer obrigatório e parecer vinculante, ao qual é aceita por grande parte da doutrina.

Em sede do Mandado de Segurança STF- MS 24.631-6/DF. Leia-se o voto do Relator Joaquim Barbosa:

“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. (BRASIL, 2003)”.

Entende-se que a luz do supracitado Mandado de Segurança, quando se trata de parecer jurídico, existe as espécies, sendo elas o parecer Facultativo, Obrigatório e Vinculante.

6.1 Parecer Facultativo

Sendo o parecer facultativo aquele de caráter meramente opinativo, tendo o poder apenas de sanar dúvidas do gestor público a respeito do assunto submetido

à análise da consultoria jurídica; a Administração, portanto, estaria dispensada de seguir a orientação (DI PIETRO, 2012, p. 237).

O mesmo possui caráter meramente opinativo, e sendo solicitado antes de sua decisão, diz-se que esse ato é facultativo, não sendo obrigatório sua solicitação e seguimento na prática de determinado ato. Sendo assim, Di Pietro (2010), define que fica a critério da Administração Pública fazer sua solicitação ou não, tendo que o mesmo não vincula quem o solicitou, e se o mesmo for indicado como fundamento para determinada decisão, este passara a integra-la.

Assim sendo, em harmonia, Carvalho Filho (2010, pág. 152) e Mello (2007, pág. 142), dispõem, que o parecer facultativo ocorrendo quando a Administração Pública não é obrigada a fazer sua solicitação, e o mesmo só é requerido a fim de melhor a fundamentação de um determinado ato a ser emitido, podendo essa agir de forma diversa ao fundamento trago no bojo do parecer emitido pelos órgãos consultivos.

Entretendo, se a autoridade competente resolve divergir do parecer, a mesma deverá motivar as razões de sua contrariedade ao decidir, conforme o art. 50, VII, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

6.2 Parecer Obrigatório

O parecer obrigatório é aquele imprescindível à concepção do ato administrativo. Carvalho Filho (2010, p. 152) erudi que o parecer obrigatório “é emitido por determinação de órgão ativo, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio”.

A luz de Mello (2007, p.142) instrui que quando sua consulta é obrigatória, está-se diante dessa espécie de parecer, apesar de não se praticar conforme orientação emitida, ou seja, imprescindível sua solicitação, mas, não fica vinculado o administrador ao conteúdo disposto.

A luz do ensinamento de Jessé Torres e Marinês Restellato (2012, pág. 138):

“A manifestação produzida pela assessoria jurídica, na forma estatuída pelo parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, é obrigatória, mas não vinculativa para o gestor público, que pode dela discordar, desde que apresente as razões de fato e de direito que lhes dê sustentação. Não há como se produzir orientação jurídica condicionada ao seu cumprimento quando tal orientação não é vinculativa, ou seja, quando seu cumprimento não é impositivo”.

O parecer obrigatório precede a licitação pública, ponto este, que o mesmo não vincula o gestor público a fim de sua tomada de decisões, desde que este apresente suas fundamentações pela sua discordância e que as sustente.

6.3 Parecer Vinculante

Em sendo assim, o parecer vinculante é espécie de parecer o qual não apenas deve solicitá-lo à Administração ao órgão consultivo, mas também deve executar o ato conforme a manifestação exarada pelo parecerista, sob pena de se incorrer em ilegalidade.

Sobre o parecer vinculante, anuncia Carvalho Filho (2010, p.152-153), que os “Pareceres vinculantes, são aqueles que a autoridade é impedida de adotar outra conclusão que não seja a do ato [...] se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitido se a lei o expressamente exigir”.

O parecer será vinculante quando, além de ser obrigatório por lei, amarra, atrela a decisão final ao seu entendimento. Nesse entendimento Mello (1979, pág. 576-577) diz que:

“Parecer vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo”.

Entende-se que o parecer vinculante deve ser solicitado pelo gestor e seguido pelo mesmo, além do mesmo ser o obrigatório por lei e impede que a autoridade adote outra conclusão que não seja a prevista no mesmo.

Em sentido oposto Di Pietro (2014), reconhece o caráter vinculante do ato de aprovação ao qual foi incumbido pela Lei de Licitações o órgão consultivo jurídico da Administração, afirmando que “é o caso também da manifestação prevista no art. 38, parágrafo único, da Lei no. 8.666, de 21-6-93, que torna obrigatório o exame e aprovação das minutas de edital de licitação e dos contratos por assessoria jurídica da Administração.

Observa-se que a luz do entendimento de Di Pietro (2014), o parecer emitido à luz do art. 38, parágrafo único, da Lei no. 8.666/93, possui o caráter vinculante, ponto ao qual não cabe o gestor discutir sobre sua aplicabilidade. Di Pietro (2014), afirma também que se a autoridade tiver dúvida ou não concordar com o parecer,

deverá pedir novo parecer. Em sendo assim, sua nova emissão somente deve ser admitida em circunstâncias excepcionalíssimas e devidamente motivada.

7. RESPONSABILIDADE DOS PARECERES TÉCNICO-JURÍDICO DO ADVOGADO PÚBLICO

O advogado pode exercer a sua atividade consultiva na função administrativa, como servidor, empregado concursado, comissionado, contratado por tempo certo ou contratado pela Lei 8.666/1993 ou por outro vínculo. Sendo assim, a carta maior, dentre as funções essenciais à justiça, traz a Advocacia Pública, consignando em seu art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, *online*, 1988).

Salienta-se também que, para o advogado parecerista – profissional do próprio quadro de servidores ou a ele estranho – não se aplica a regra do § 6.º do art. 37 da Lei Maior, mas o mencionado art. 133, o qual assegura como visto inviolabilidade “por seus atos e manifestações no exercício da profissão”.

Nesse viés, segundo entendimento da doutrina Majoritária e do STF, a responsabilidade civil do advogado possui abordagens distintas, dado que a atividade advocatícia é exercida de forma variada. Dado que os jurisconsultos ao lado do STF, adotaram a classificação aos tipos de pareceres, mas diferenciam a extensão da responsabilidade do consultor técnico jurídico segundo as espécies.

A culpa é classificada em culpa *stricto sensu* e culpa *lato sensu*. Nesse sentido, quando o resultado danoso é alcançado voluntariamente e os efeitos são deliberadamente procurados por ele, denomina-se culpa *lato sensu*. Quando o agente não deseja o resultado danoso, o qual ocorre pela falta de observância da lei, mesmo não objetivando o dano, denomina-se *stricto sensu*. A negligência encontra-se relacionada ao conceito de desídia, ao passo que a imprudência liga-se ao de temeridade, sendo a imperícia ligada a falta de habilidade (STOCO, 2007).

Segundo Stoco (2004, p. 84) “na obrigação de meios obriga-se a prestar um serviço com diligência, atenção, correção e cuidado sem visar resultado. Na obrigação de resultado, obriga-se utilizar meio adequados, com correção, atenção e cuidado para obter o resultado pretendido”.

Na obrigação e meio, cabe ao contratante demonstrar a culpa do contratado; na obrigação de resultado, presume-se a culpa invertendo-se o ônus da prova, pela não obtenção do objeto colimado, quantum satis sua não obtenção. Em sendo assim o Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB) em seu art. 32, dispõe:

“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 (BRASIL, 1994, *Online*)”.

Em se tratando de advogado público, para caracterizar a culpa que gera a responsabilidade do parecerista, deve o erro ser latente e grosseiro.

Como lecionado por Fernandes (2010), somente quando feita a constatação de erro grave e inescusável. Isso porque a natureza de suas atividades, assim como a inviolabilidade talhada na constituição no art. 133, impõe regime diferenciado das funções essenciais, a fim de permitir o exercício com incidência das teses, argumentos, precedentes, estratégias, recursos a serem utilizados. Posto isto, o simples fato do não sucesso, não acarretará na responsabilização por simples erro.

Assim sendo, Sylvia Zanella e Di Pietro (2010) afirmam que a simples diferença de opinião (muito comum na área jurídica), não pode justificar a responsabilização do consultor. Ou seja, a responsabilização do parecerista, deve surgir da grave conduta imperita, imprudente, negligente ou dolosa do parecerista.

No mesmo sentido, Márcio Cammarosano (1997, pág. 228-230) diz que:

“(...) o advogado, servidor público ou não que tenha emitido parecer sustentável em face dos elementos que devia e podia obter, atuando com prudência, também não pode ser pessoalmente responsabilizado pelo fato de sua opinião jurídica não coincidir com a de outro órgão, administrativo, político ou judicial”.

Percebe-se que o simples fato de o parecer emitido pelo advogado público, não coincida com o parecer emitido por outro órgão, não venha a este acarretar responsabilização.

A luz do art.7º, inciso I; 18º e 32º da Lei 8.906/1994 (BRASIL, *online* 1994)

“Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Sendo assim, no exercício de sua profissão presume-se sua boa-fé dos atos emitidos pelo assessor jurídico, podendo este exercer sua liberdade profissional, e não reduzindo essa independência a eventual relação de emprego que mantenha. O advogado só é responsável pelo ato que praticar no exercício de sua profissão se agir com dolo ou culpa (BRASIL, *online*, 1994).

Vale salientar, por fim, a Súmula 05/2012/COP do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual afastou a responsabilidade do advogado parecerista em processo de contratação pública:

“Advogado. Dispensa ou inexigibilidade de licitação. Contratação. Poder público. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB)” (Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Conselho Pleno. Súmula 05/2012/COP. DOU, 23.10.2012, p. 119)”.

Em sendo assim, não pode o advogado público ser responsabilizado por sua liberdade intelectual, ou pela emissão de parecer, se não comprovados culpa ou dolo da emissão dos mesmos, nesse viés, o advogado público não pode ser meramente responsabilizado pela emissão de pareceres.

8 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS ATUANTES EM LICITAÇÕES

Nos artigos 121 e 122, a Lei nº 8.112/90 estipula o estatuto dos funcionários Públicos da União, das autarquias e fundações públicas federais, e estipula o alcance e as medidas dos funcionários que violam leis e regulamentos, da lei e dos contratos administrativo. A fórmula é simples: se o agente deixar de cumprir suas funções, ele deve ser responsável pelo não cumprimento. Leia-se:

“Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.
 Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.
 § 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.
 § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.
 § 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida
 Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade. Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função. (BRASIL, 1990)”.

A Lei nº 8.429 / 92 também prevê sanções, que se devem em decorrências de improbidades administrativas e ações regulatórias do Tribunal de Contas da União. Essas sanções também se aplicam a agentes públicos envolvidos em contratos administrativos; em outra área, por violações da "Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei n.º 101/2000.

Vale ressaltar também que, em direito, o termo responsabilidade está relacionado ao seguinte ponto de vista: em função de um determinado fato preexistente, o indivíduo deve responder ao ordenamento jurídico; seja ato ou omissão, deve ser o portador da responsabilidade. É o que ensina José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.519) ao discutir as responsabilidades dos agentes públicos:

“De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que

haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência dos fatos”.

Vale ressaltar que, nesse sentido, a responsabilidade do Estado nada tem a ver com licitude ou ilicitude. Normalmente, de acordo com os cursos de direito privado, é responsável por fatos ilegais, mas os legisladores preveem que em circunstâncias especiais, pode até ser responsável por fatos jurídicos. Portanto, a descrição dos fatos como geradores de responsabilidade obedece ao disposto em lei. Isso se deve, principalmente, à constatação do comportamento dos entes estaduais, o que costuma resultar em oneração para algumas pessoas, superior à carga tributária incidente sobre outros membros da comunidade, conforme descrito a seguir.

Portanto, conforme ensinado por Odete Medauar (2013, p. 59), se a conduta indevida do agente afetar a ordem interna do serviço e se caracterizar como infração administrativa, deve-se considerar a responsabilidade administrativa, o que pode fazer com que o agente sofra Sanções administrativas. Esta responsabilidade é determinada através de procedimentos administrativos no âmbito administrativo, podendo também ser aplicadas sanções nessa esfera.

Portanto, é compreensível que os agentes públicos que participam de licitações e contratações sejam responsabilizados pelo descumprimento das normas administrativas gerais relativas aos gastos públicos, bem como pelo descumprimento de obrigações contratuais. Trata-se de verificar a regularidade da gestão dos gastos públicos, fiscalizada pelo Tribunal de Contas.

Portanto, pode-se dizer que se a gestão pública for implementada, haverá obrigações a cumprir, se tais obrigações não forem cumpridas, haverá passivos. Portanto, qualquer agente público pode exercer as funções inerentes ao seu cargo em qualquer área da gestão onde ações sejam tomadas. Conveniente trecho da obra de Pereira Júnior e Dotti (2012, p. 138), ao discorrer sobre a responsabilidade dos servidores, bem explicita este entendimento:

“Não há, nem pode haver nichos de irresponsabilidade; os agentes serão chamados a responder por descumprimento que abalem a satisfação do interesse público, violem a ordem jurídica ou arranhem direitos fundamentais”.

Nesse caso, deve-se destacar que a responsabilidade do agente público engajado nas licitações advém tanto da prática na etapa interna da licitação quanto da prática da etapa externa.

Sobre isto, cabe citar o dispositivo da Lei 8.666/93 que dá fundamentação à imputação de responsabilidade administrativa aos agentes públicos, na esfera das licitações públicas. Leia-se:

“Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. (BRASIL, 1993).”

Portanto, deve-se acrescentar que se as infrações forem causadas pelo descumprimento das diretrizes dos procedimentos, todos os agentes participantes do processo licitatório serão indenizados e sofrerão sanções administrativas pelos meios legais.

9 IMPORTANTES DECISÕES SOBRE A MATÉRIA

9.1 Decisões do STJ e demais tribunais

Embora não esteja diretamente relacionado com os temas discutidos e os argumentos apresentados, a título de ilustração, cabe destacar que o Habeas Corpus nº 7.165/RO litigioso julgado pelo Tribunal Superior, decidiu o tribunal o processo penal encerrado foi acatado pela tese de independência técnica do profissional perante o Ministério Público de Roraima. Para o STJ, de acordo com o ordenamento jurídico, o advogado público não pode ser responsabilizado pela prática de conduta e atuação na área penal. Leia-se:

“RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL. 1. Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele. 2. Recurso provido, para trancar a ação penal contra a paciente (BRASIL, 1998)”.

A fim de possibilitar a responsabilização do advogado público somente quando comprovado erro grave, dolo ou negligência grosseira no processo de comprovação dos pareceres jurídicos, nesta matéria (STJ Segunda Turma), conforme recurso especial nº 1183504 / DF O assunto foi discutido e defendido. O relatório do Ministro Humberto Martins emitiu a seguinte decisão,

“ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DENULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ. 1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do

processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei. 2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pás de nullités sans grief*. 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave. 5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ (BRASIL, 2010)”

No âmbito da responsabilidade penal, vale registrar mais um ementa do STJ para tratar desse trabalho. No caso do Habeas corpus nº 46.906-DF, a Quinta Vara do Tribunal decidiu encerrar o processo penal por falta de justificativa para imputação de crimes a peritos públicos, e expedir provas judiciais para as autoridades administrativas que assinam diretamente contratos de tempos em tempos. Leia-se:

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

Vale a pena reproduzir a decisão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, na sede do Habeas Corpus, ajuizou ação em nome de advogado público acusado de crimes eleitorais, sob o argumento de que o juiz emitiu parecer sem justa causa. Não existe concurso para aceitação de serviços de emprego. A relatora afirmou na

votação que não houve indicação da consultora de que o seu afastamento tenha sido ilegal. Leia-se a ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 89, DA LEI Nº 8.666/93. ART. 1º, II, V E IX, DO CÓDIGO ELEITORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. ADVOGADO. PARECER TÉCNICO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ATOS E MANIFESTAÇÕES. FALTA DE JUSTA CAUSA CARACTERIZADA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA (SÃO PAULO, 2004).

Por fim, é interessante que em ação de Habeas Corpus foi verificado o entendimento da 3ª Região do tribunal distrital federal da mesma e na ação foi determinado que o processo penal contra advogados públicos foi encerrado por falta de justificativa. Nesse caso, a discussão envolve os direitos dos advogados, em especial a inviolabilidade dos privilégios constitucionais em decorrência de suas manifestações, é o assunto do capítulo anterior deste artigo. Transcreve-se a ementa da decisão proferida:

HABEAS CORPUS - CRIME DE INJÚRIA PROFERIDA CONTRA MAGISTRADO DO TRABALHO - CRÍTICA GENÉRICA EXARADA EM AUTOS DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR NA ORDEM DOS 44 ADVOGADOS - IMUNIDADE - RECONHECIMENTO - AÇÃO PENAL TRANCADA. 1- NOS CRIMES CONTRA A HONRA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO AGIR SEM A REPRESENTAÇÃO DA PARTE OFENDIDA. A REPRESENTAÇÃO OFERECIDA POR ENTIDADES DE CLASSE SÓ É ADMISSÍVEL SE OS CRIMES FOREM COMETIDOS POR MEIO DA IMPRENSA. 2- O ADVOGADO É INVOLÁVEL NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES, EM JUÍZO OU FORA DELE. EM AUTOS DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR INSTAURADO CONTRA ADVOGADO PERANTE SEU ÓRGÃO DE CLASSE OS MEMBROS DA COMISSÃO DE ÉTICA E DISCIPLINA EXERCEM MUNUS PÚBLICO, E ATOS PRIVATIVOS DE ADVOGADO, ESTANDO ASSIM COBERTOS PELA IMUNIDADE PREVISTA NO ARTIGO 133 DO TEXTO CONSTITUCIONAL, NOS ARTIGOS 2º, PARÁGRAFO 3º, E 7º, PARÁGRAFO 2º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E NO ARTIGO 142, I, DO CÓDIGO PENAL. 3 OPINIÕES DESFAVORÁVEIS GENÉRICAS A RESPEITO DA CONDUTA DE UMA CLASSE DE PROFISSIONAIS, SE NÃO PROFERIDA POR MEIO DE IMPRENSA, NÃO CONFERE LEGITIMIDADE A UM ÚNICO MEMBRO DESSA CLASSE PARA, SENTINDO-SE OFENDIDO EM SUA HONRA SUBJETIVA, REPRESENTAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADEMAIS, A CONFIGURAÇÃO DA INJÚRIA NÃO PODE TER COMO ÚNICO PARÂMETRO AS SUSCEPTIBILIDADES DO SUPOSTO OFENDIDO, DEVENDO-SE BUSCAR O SENTIDO DAS EXPRESSÕES TIDAS POR INJURIOSAS NO SENSO COMUM, NORMAL E RAZOÁVEL. 4- ORDEM CONCEDIDA. (SÃO PAULO, 2004)".

9.2 Decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal

Quanto ao objetivo deste trabalho, destacam-se algumas manifestações do Supremo Tribunal Federal, e alguns trechos importantes foram transcritos para esclarecer a questão. Na “Ordem” (*Mandamus* 24.073-3), as pessoas chegaram ao

entendimento de que a responsabilidade deve estar amparada nos pressupostos que constituem os elementos subjetivos do comportamento para assumir responsabilidades solidárias. Leia-se:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER.-C. F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, 5º, art. T, art. 32, art. 34, IX. I- Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.(Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 13.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 nº 8.906/94, art. 32)15. III- Mandado de segurança deferido (STF- MS 24.073-3/ DF, BRASIL, 2003)”.

Sobre o mesmo assunto, o ministro Joaquim Barbosa anunciou que estava tentando classificar os pontos de vista em espécies, para que as pessoas ficassem sabendo dos pontos de vista opcionais, obrigatórios e vinculantes.

“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 38 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. III- Mandado de segurança deferido. (STF- MS 24.631-6/DF, BRASIL, 2008)”.

Ressaltando a possibilidade de utilizar pareceres jurídicos como legitimidade de ações administrativas, obtivemos o Mandado de Segurança 24.631-6 do STF, e dela extraímos o seguinte trecho:

“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 (BRASIL, 2008)”.

9.3 Decisões do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União também se pronunciou repetidamente sobre as questões discutidas. Acórdão n.º 1427/2003 - O Primeiro Tribunal proferiu importante decisão em que a responsabilidade dos advogados públicos se divide em duas áreas distintas - a responsabilidade da prática jurídica, cabendo ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil aplicar sanções disciplinares. Responsável por monitorar a regularidade da gestão do gasto público.

O que se segue é um trecho importante da decisão desse paradigma: Diante do conteúdo polêmico, nos concentramos no entendimento que marca o posicionamento desta matéria controversa

“Não é razoável, *prima facie*, a alegação de impossibilidade de responsabilização do advogado, no exercício de sua profissão, em todos 39 os casos, já que amparado pela inviolabilidade de seus atos e manifestações, nos limites da Lei 8.906/94. O apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso concreto, na estrita verificação da fundamentação do parecer, já que este, muitas vezes, é o primeiro passo para o cometimento de crimes contra a Administração Pública, expondo hipóteses absolutamente desvinculadas dos casos concretos, com desiderato certo, dolosamente imbuído do intuito de beneficiar ou prejudicar contratante.[...] Evidentemente, não é esta a hipótese se o parecer está devidamente fundamentado, se ele defende tese jurídica pelo menos aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência consistente. Presentes tais condições, não há como responsabilizar o advogado, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in “Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos”, Malheiros Editores, 2ª edição, 1995, pág. 118). A propósito, na prática administrativa de algumas autarquias, o TCU já identificou inúmeros e reiterados casos de pareceres jurídicos, a fundamentar

reajustes ilegais da remuneração de contratos, pagamentos indevidos, contratações sem licitação visivelmente ilegais etc., sempre em detrimento do Erário. [...] No caso concreto, não estão presentes os pressupostos que amparariam a razoabilidade da opinião emitida pelo embargante, sobretudo por não haver destacado os inúmeros percalços administrativos oriundos da própria imprevidência dos responsáveis da autarquia, que resultaram na contratação emergencial. Na verdade, existe uma larga multiplicidade de situações de fato, já detidamente examinadas por esta Corte, em que fraudes gravíssimas contra o Erário ocorriam sistematicamente fundamentadas em pareceres jurídicos, cujo texto era, evidentemente 'de encomenda' e cujas conclusões eram plenamente contrárias à jurisprudência e doutrina, chegando às raias da teratologia. Poderia mencionar longa fila de acórdãos tendo o DNER como principal protagonista. Não entendo que esteja esta Corte obrigada a, automaticamente, excluir, a priori, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuances e circunstâncias existentes em cada caso concreto serem devidamente examinadas. A responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, apurar-se-ia a responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes. Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário. [...] O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal. [...] O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos. Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico

pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública (BRASIL, 2004)”.

Embora existam divergências com as opiniões apontadas neste processo de trabalho, é necessário registrar a sentença do TCU, que não reconhece a possibilidade de pareceres jurídicos vinculantes; a decisão determina que o gestor será responsável pela revisão discricionária dos anexos, incluindo correções. O direito do advogado de expressar opiniões. O seguinte é um trecho:

“Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes ao gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional. Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação (BRASIL, 2010)”.

Vale citar também os trechos relativos às recomendações do Acordo Plenário do TCU nº 287/2002, que advertia os assessores jurídicos a manifestar opiniões sem justa causa. Leia-se:

“Em 24.02.1999, houve manifestação do Procurador Autárquico da entidade, posicionando-se favoravelmente à contratação, parecer acolhido também pelo Procurador Chefe da DCAJ/PG, além da aprovação do Procurador Geral do DNER 8.5 - determinar, com fundamento nos arts. 43 e 45 da Lei nº 8.443/92, à Procuradoria-Geral e às Procuradorias Regionais do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - DNIT que, ao se manifestarem em feitos a elas submetidos, em especial aqueles que versarem sobre contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa de licitação, observem a jurisprudência desta Corte e, em particular, as determinações dirigidas ao extinto DNER e ao DNIT 8.6 – advertir a Procuradoria-Geral e às Procuradorias Regionais do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes – DNIT que a emissão de pareceres jurídicos desprovidos de lógica jurídica razoável, ou que deixem de observar jurisprudência consolidada desta Corte, ou ainda que ignorem determinação dirigida ao extinto DNER ou ao DNIT podem resultar aplicação de multa ou, eventualmente, imputação de débito aos consultores jurídicos que hajam concorrido para a irregularidade. [...] (BRASIL, 2004)”.

Por meio de esclarecimento estrito, no caso de violação da constituição, da natureza da responsabilidade imputada ao assessor jurídico no processo licitatório,

foi transcrito o seguinte trecho do acórdão do TCU nº 1492/2004 para apuração da continuidade do serviço de contratação de responsabilidade.

“Na verdade, tem-se no caso uma responsabilidade compartilhada entre os gestores, membros da CPL e Assessoria, que, conjuntamente, colaboram para a realização de licitação que viole os princípios constitucionais e legais. Esse foi o entendimento seguido pelo Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal ao relatar o Mandado de Segurança 24.584-1/DF ao negar a indenidade de procuradores ao emitirem pareceres jurídicos. Esclarecedor excerto do Voto Condutor quando afirma frisa-se, por oportuno, que na maioria das vezes não tem aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública condições para sopesar o conteúdo técnico jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, implicando a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação procedida, tem-se, nos limites técnicos a assunção de responsabilidade (BRASIL, 2004).

Entende-se que o fundamento seguido pelo relator no Mandado de Segurança supracitado, está pautado na responsabilidade compartilhada, visto que não houve violação dos princípios tão somente pela assessoria, mais conjuntamente com os membros da CPL (Comissão Permanente de Licitação).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, averigua-se que no cenário atual em que não existe uma unicidade de entendimento quanto às abrangências das cominações das sanções sofridas pelos advogados públicos, esses tendem a sofrer de uma grande insegurança jurídica, devido ao grande número de processos discutidos nas mais altas cortes Nacionais.

Perceba-se que, grande parte da doutrina majoritária juntamente com o Supremo Tribunal Federal, opina pela divisão de pareceres em categorias, e que a responsabilidade civil do advogado possui abordagens distintas, dado que a atividade advocatícia é exercida de forma variada. Tem-se que, o mesmo deve ser responsabilizado em se tratando de advogado público, para caracterizar a culpa que gera a responsabilidade do parecerista, deve o erro ser latente e grosseiro.

Frente aos argumentos apresentados de ambas correntes doutrinárias e também dos diferentes tribunais do país, deveria ocorrer a responsabilização dos pareceristas quando houver o dolo do mesmo, ao fundamento seguido pelo Mandado de Segurança 24.073/DF, julgado em 6/11/2002.

Em se tratando da responsabilidade trazida pelo Tribunal de Contas no TC-003.746/1994-1, não se tem ponderação quanto ao dolo ou erro grosseiro, divergindo desse entendimento. Para que seja feita a imputação de responsabilidade ao advogado Público, deve ser considerado o elemento subjetivo, o parecer deve estar eivado de dolo, erro grosseiro ou culpa grave. Portanto, não se pode afastar a responsabilidade do parecerista que tenha concorrido para o prejuízo ao Erário, devendo ser analisado no caso concreto, a fim de provar que o mesmo agiu com dolo, erro grosseiro ou culpa grave. Sendo assim, em face do exposto, o posicionamento deste trabalho filia-se ao entendimento trazido no Mandado de Segurança 24.073/DF.

Assim, como contribuição acadêmica, sugere-se a edição de informativos, no âmbito de cada órgão da Administração Pública informando sob as medidas de responsabilidade dos agentes que atuam em licitações, bem como entendimentos pacificadores do STF, a fim de pacificar os julgados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 56, de 20 de dezembro de 2007, que altera o prazo previsto no art. 76 do ADCT Desvinculação das Receitas da União – DRU. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Ordem dos Advogados do Brasil**. Sumula n.º 05/2012/COP. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.. *DOU*, 23.10.2012, p. 119).

BARROS, Wellington Pacheco. **Manual de direito administrativo**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2008, 415p.

_____. Tribunal de Contas da União TCU. Acórdão n. 1492/2004. 2ª Câmara. Processo n. TC-004.319/1998. Relator: ministro Marcos Bemquerer Costa. DJ: 19 ago. 2004. Decisão publicada: 27 ago. 2004.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 287/2002. Plenário. Processo n. TC004.319/1998. Relator: min. Marcos Benquerer Costa. DJ, 19 ago. 2004. Decisão publicada: 27 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº. 24.631-6/DF. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 15 de maio de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº. 24.073-DF. Plenário. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, 31 de outubro de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 46.906-DF. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: [http:// www. stj. jus.br /SCON](http://www.stj.jus.br/SCON). Acesso: outubro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus RHC nº. 23.891-RO. RHC 7165 RO 1998/0000882-9 Brasília, 21 de maio de 1998.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1427/2003. Plenário. Processo 016.905/2000-7. Relator: min. UBIRATAN AGUIAR. Data da sessão:24/09/2003.

_____. Lei N.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm.

_____. Lei N.º 8.429, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

_____. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. 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#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%204%20DE%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da,Advogados%20do%20Brasil%20\(OAB\).&text=II%20%2D%20as%20atividades%20de%20consultoria%2C%20assessoria%20e%20dire%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdicas.&text=%C2%A7%203%C2%BA%20No%20exerc%C3%ADcio%20da,manifesta%C3%A7%C3%B5es%2C%20nos%20limites%20desta%20lei.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%204%20DE%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da,Advogados%20do%20Brasil%20(OAB).&text=II%20%2D%20as%20atividades%20de%20consultoria%2C%20assessoria%20e%20dire%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdicas.&text=%C2%A7%203%C2%BA%20No%20exerc%C3%ADcio%20da,manifesta%C3%A7%C3%B5es%2C%20nos%20limites%20desta%20lei.)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Lei N.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm

_____. Lei Nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm

_____. Lei Complementar N.º 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 29.137/DF**, Rel. Min. j. 18/12/2012. Impetrante: Sebastião Gilberto Mota Tavares. Impetrado: _____. Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 29.137/DF**, Rel. Min. j. 18/12/2012. Impetrante: Cid Ney Santos Martins. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15001220>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 24.073/DF**. Impetrante: Rui Berford Dias et al. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso. Diário da Justiça, Brasília, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 35.196/DF**. Impetrante: Fernando Antonio Freire De Andrade. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

CAMMAROSANO, Márcio. **Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos – ILC. n. 37. p. 228-230. Curitiba, mar. 1997.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORREIA DIAS, Licínia Rossi. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva: Saraiva, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14° ed, Salvador: JusPodium, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do Direito Administrativo: **reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. In: _____; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. _____, **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Maria Sylvia Zanella di. **Responsabilização dos Advogados Públicos pela elaboração de pareceres**. Consultor Jurídico. São Paulo, v. 20, 2019.

_____, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

_____, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime jurídico de responsabilidade do advogado público**. Anais do XIX Encontro Nacional Conpedi, Fortaleza, 2010.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações Públicas para Principiantes**. O Bê-a-bá das Licitações Públicas. Florianópolis: Insular, 2002

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos E os Princípios Fundamentais**. 4. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, 512p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 6ª edição, 2001.

JUNIOR, Everton Antônio. **MPE – Avanços importantes para as micro e pequenas empresas 2017-2018**. Rio de Janeiro-RJ: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017

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

LACOMBE, Francisco José Masset. **Dicionário de Negócios**. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

_____, NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 3. Ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011, 328p.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2017

MEDAUAR, Odete et al. **Direito administrativo moderno**. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____, Odete. **Direito Administrativo Concreto**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 432p.

_____, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. Ed Editora Helvética, São Paulo, 1998, 237p.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

_____, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

MELLO, Ana Maria S. Ros de. **Autismo: guia prático**. 5 ed. São Paulo: AMA. Brasília: CORDE, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 576-577.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. Ed. **Rev. E atual**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 483.

_____, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NASCIMENTO, Renato. **Licitações e contratos administrativos**. 1. Ed. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007, 252 p

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

PALAVÉRI, Marcelo. **Municípios e Licitações Públicas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual de Direito Administrativo**. 1. Ed. Campinas, SP, Millenium Editora, 2006, 230p.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação**. São Paulo: NDJ, 2012. p. 138.

_____, Jessé Torres; **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública** (Lei n. 8.666/93, com a redação da Lei n. 8.883/94). Renovar, 1994.

PLUTARCO, 2018, **A responsabilização do advogado público na emissão de pareceres técnico jurídicos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/hugo-plutarco-responsabilizacao-advogado-publico-pareceres>>

ROSA, Márcio Fernandes Elias. **Direito Administrativo**. 8. Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2006, 288p.

SILVA, Wálteno Marques da. **Procedimentos para licitar**. Brasília: Consulex, 1998, p. 655

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.