

# RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

*THE PUBLIC ATTORNEYS CONSULTANT OFFICES  
RESPONSIBILITIES AND THE GOVERNMENTAL  
BIDDINGS AND CONTRACTS DUE PROCESS*

*Jessé Torres Pereira Junior  
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Marinês Restelatto Dotti  
Advogada da União*

Sumário: Introdução; 1 Exame e aprovação de minutas de edital: extensão a minutas de convite? 2 Exame e aprovação de minutas-padrão; 2.1 A jurisprudência do TCU; 3 O parecer jurídico é obrigatório, mas não vincula a autoridade gestora; 4 Ausência do parecer jurídico e nulidade do processo; 5 Limites do parecer jurídico sobre a definição do objeto; 5.1 A jurisprudência do TCU; 6 A responsabilidade da assessoria jurídica perante o controle

externo; 7 Decisão do superior hierárquico sobre o parecer jurídico; 8 Exclusão de responsabilidade da assessoria jurídica; 8.1 Fundamentação plausível. 8.2 Ausência de má-fé; 9 A responsabilidade da assessoria jurídica na jurisprudência do TCU; 9.1 Fundamentação insuficiente; 9.2 Fundamentação desarrazoada; 9.3 Fundamentação contrária a disposição literal de lei ou com deturpação de precedente jurisprudencial; 10 Responsabilidade da assessoria jurídica na jurisprudência do STF; 11 Responsabilidade da assessoria jurídica na jurisprudência do STJ; 12 Conclusão.

**RESUMO:** O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, obriga a que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração. Nesse mister, cumpre-lhe analisar a legalidade de seus dispositivos e/ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis. A manifestação jurídica com base no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 é obrigatória, mas não vinculativa para o gestor. Uma vez acatada, ela passa a integrar a motivação do ato decisório da autoridade competente. A assessoria jurídica responde por suas manifestações jurídicas, cujos matizes constituem o objeto deste estudo, notadamente no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de Contas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitações e contratos. Manifestação jurídica. Obrigatoriedade. Responsabilidade. Tribunais Superiores e de Contas

**ABSTRACT:** The brazilian 1993 federal law, number 8.666, item 38, obligates that bidding's acts, as well as contracts, agreements and partnerships clauses and stipulations, must be previously examined and approved by public administration attorneys consultant offices, whose task is to make sure that those acts, contracts and partnerships proposed rules are suitable to the law and general principles. The offices' guide lines become part of the decision motivation, if accepted by the authority in charge of its enforcement. Examine such expert advice consequences and legal effects is this article subject, mainly attached to judicial and control Courts perspective.

**KEYWORDS:** bidding and public administration contracts. Previous analyze by public administration attorneys consultante offices. Imposition. Responsibilities. Superior Courts of Justice and Accountability Courts control.

## **INTRODUÇÃO**

O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, obriga que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração. A exigência também deve ser atendida na modalidade licitatória do pregão, em seus dois formatos, presencial e eletrônico, por aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 (art. 9º da Lei nº 10.520/02).

O exame prévio de minutas pela assessoria jurídica visa a evitar defeitos capazes de macular o procedimento licitatório, ensejando sua nulidade e também a do contrato dele resultante. Trata-se de dever imposto ao gestor público, cujo descumprimento ou cumprimento inadequado acarreta consequências no campo das responsabilidades funcionais.

A Lei nº 8.666/93, a par de estabelecer o exame de minutas pela assessoria jurídica, conferiu-lhe poder decisório atípico, qual seja o de aprová-las ou, por consectário lógico, desaprová-las.

O objeto de exame e aprovação pela assessoria jurídica são as minutas de edital, o que inclui os seus anexos, bem como as minutas de contratos, acordos, convênios ou ajustes em sentido amplo, ou seja, acordos de vontade em geral, como termos de parceria e de cooperação, e, também, alterações bilaterais e unilaterais que se fizerem necessárias no curso da execução, formalizadas por meio de termos aditivos.

O que se examina e aprova, prévia e conclusivamente, são minutas, quer dizer, a versão escrita de edital, contrato, convênio ou ajuste, proposta por órgãos técnicos e administrativos, de sorte a possibilitar a sua reformulação a partir de orientações expedidas pela assessoria jurídica da Administração, vale dizer, vedado tal exame por entidades de assessoramento jurídico externas à Administração, tanto quanto se veda a elaboração das minutas por terceiros estranhos à Administração.

A elaboração das minutas e o seu exame e aprovação pela assessoria jurídica integram a chamada fase interna do processo administrativo da contratação, de que não podem participar pessoas externas à Administração pela singela e evidente razão de que tal participação devassaria o processo antes da publicidade universal,

a criar oportunidades de acesso a informações privilegiadas, de que os favorecidos fariam uso para apresentar propostas em condições indisputáveis pelo mercado, direcionando o resultado da licitação e viciando o contrato dela resultante. Em outras palavras, fraudar-se-iam os princípios da competitividade e o do sigilo das propostas até o momento legal de sua abertura.

Tais exame e aprovação são obrigatórios em face da lei, mas, como se verá, não vinculam o gestor público, que poderá discordar das orientações traçadas pela assessoria jurídica, desde que fundamentadamente.

Logo se deduz quão desafiantes podem ser as questões que exsurgem da aplicação dessa peculiar norma da Lei Geral, exigente da produção, em cada processo de contratação, de pareceres a um só tempo obrigatórios, decisórios e opinativos, a gerar responsabilidades cujos matizes constituem o objeto deste estudo, notadamente no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de Contas.

## **1 EXAME E APROVAÇÃO DE MINUTAS DE EDITAL: EXTENSÃO A MINUTAS DE CONVITE?**

Convite é modalidade licitatória prevista no art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração, que o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Por meio do Convite, a Administração escolhe os possíveis interessados em com ela contratar, cadastrados ou não. Sua validade depende do recebimento de pelo menos três propostas classificáveis, ou seja, que atendam a todas as exigências do instrumento convocatório, não sendo suficiente a obtenção de três propostas se, dentre elas, figure uma que desatenda àquelas exigências e, por isto, deva ser desclassificada. Caso não se apresente esse mínimo de três propostas aceitáveis a Administração deve repetir o Convite, estendendo-o a outros interessados, enquanto existirem cadastrados não convidados, ressalvadas as hipóteses de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, circunstâncias estas que devem ser justificadas no processo licitatório.

A divulgação pode ser feita mediante afixação de cópia do ato convocatório (carta-convite) em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação. Não é necessária a publicação na imprensa oficial ou em mídia impressa, como estatuído no art. 21 da Lei nº 8.666/93, o que não obsta a Administração de fazê-lo caso queira ampliar a competitividade.

No que tange à análise e aprovação da minuta da carta-convite pela assessoria jurídica, por analogia com o procedimento imposto para a minuta de edital, o Tribunal de Contas da União, em seu Manual intitulado *Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência*, 4ª edição, p. 270, orienta ser “dispensável aprovação das respectivas minutas. A legislação não exige que os atos convocatórios de licitações realizadas nessa modalidade sejam examinados pelo setor jurídico.”

A Lei nº 8.666/93, nos textos de alguns de seus dispositivos, refere-se ao edital e ao convite separadamente, com o propósito de estabelecer a distinção entre esses dois instrumentos convocatórios. Assim:

Art. 21 [...]

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última *publicação do edital resumido ou da expedição do convite*, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. [...]

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - *edital ou convite* e respectivos anexos, quando for o caso;

II - comprovante das publicações *do edital* resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega *do convite*, [...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no *edital ou convite*, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. [...]

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no *edital ou no convite*, inclusive financiamentos subsidiados ou a

fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes. [...]

Art. 45 [...]

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do *edital ou convite* e ofertar o menor preço; [...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

XI - a vinculação *ao edital de licitação* ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, *ao convite* e à proposta do licitante vencedor; [...]

Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do *edital, do convite* ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 dispõe, apenas, sobre o prévio exame e aprovação de minutas de editais. Não integra o dispositivo a referência a exame e aprovação de minutas de cartas-convites, do que se conclui que deliberadamente a estes excluiu.

Com efeito, por constituir um procedimento simplificado em comparação com as demais modalidades licitatórias (tomada de preços, concorrência e também o pregão), é dispensada a remessa da minuta da carta-convite para exame prévio e aprovação pela assessoria jurídica, o que não retira do gestor público a possibilidade de submetê-la a tal exame, se entendê-lo necessário em casos específicos. A assessoria jurídica não poderá eximir-se do exame sob a justificativa de que a obrigação não consta da lei. Veja-se que o inciso VI, do art. 38, inclui, dentre os documentos instrutórios do processo da licitação, os pareceres jurídicos, o que abre ensejo a que o gestor remeta todos os expedientes que reputar relevantes para certificar-se da legalidade do certame, inclusive minuta de carta-convite, se considerar prudente colher a manifestação da assessoria jurídica.

A dispensa de exame e aprovação pela assessoria jurídica da minuta de carta-convite não afasta, porém, a obrigatoriedade de exame prévio da minuta de contrato que resulte da licitação mediante convite. Note-se que, ao mencionar as minutas de contratos, a norma do art. 38, parágrafo único, não distingue a modalidade de licitação que o gerou, sequer se houve licitação. Deduz-se que toda minuta de contrato, seja este precedido ou não de licitação, deverá passar pelo crivo prévio da assessoria jurídica.

## 2 EXAME E APROVAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO

É aceitável dispensar-se a manifestação da assessoria jurídica quando existirem minutas-padrão já por ela examinadas e aprovadas?

Em licitações corriqueiras, em que as variações entre as respectivas minutas (a minuta-padrão previamente aprovada e a minuta que a Administração pretende utilizar) são ínfimas, restringindo-se, *v.g.*, à adequação de dispositivos e cláusulas, como as referentes à quantidade do objeto, prazos e local para entrega, sem que se altere qualquer outro dispositivo e/ou cláusula do instrumento previamente examinado e aprovado, é admitido, em caráter excepcional, o não envio da minuta para a assessoria jurídica.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 não é expreso quanto à obrigatoriedade de que cada procedimento licitatório ou contratação direta tenha a respectiva minuta submetida a exame e aprovação pela assessoria jurídica. Além disso, a existência de minutas-padrão, previamente examinadas e aprovadas na forma do disposto no parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93 contribui para a padronização de procedimentos e a celeridade processual<sup>1</sup>, esta alçada a princípio constitucional por força da EC nº 45, de 2004, e homenageia o princípio da eficiência na medida em que recursos materiais e humanos podem ser direcionados à execução de outras tarefas administrativas.

Mas a dispensa de remessa à assessoria jurídica por existir minuta-padrão pressupõe a comprovação do gestor público, no processo da licitação ou da contratação direta, de que a minuta entranhada aos autos segue o modelo previamente aprovado, com indicação de número e data da respectiva manifestação jurídica, a indicação dos dispositivos e/ou cláusulas que sofreram alteração em relação à minuta-padrão e

1 “Art. 5º [...], LXXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

a justificativa quanto à adequação pretendida em relação aos demais dispositivos e cláusulas da minuta-padrão.

No Manual do Tribunal de Contas da União, intitulado Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência, 4ª edição, p. 270, a Corte orienta que:

É permitida a utilização de modelos padronizados de editais e de contratos previamente submetidos à análise da área jurídica do órgão ou entidade contratante.

Nesses modelos, o gestor limita-se a preencher dados específicos da contratação, sem alterar quaisquer condições ou cláusulas anteriormente examinadas.

Cabe ao gestor público verificar a conformidade entre a licitação ou a contratação direta que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Em vista das peculiaridades de cada caso concreto e havendo dúvida acerca da perfeita identidade das minutas, deve prevalecer a regra geral de colher-se a manifestação da assessoria jurídica. Se houve alteração nas normas de regência após a aprovação das minutas-padrão, impõe-se, também nesse caso, a remessa das novas minutas ao exame e aprovação da assessoria jurídica.

Ao examinar e aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade sobre os procedimentos licitatórios e contratações diretas em que tenham sido utilizadas. O gestor responderá pela decisão de não encaminhar minuta-padrão à assessoria jurídica quando tal procedimento se impunha em razão da substancial ajustamento em dispositivos ou cláusulas previamente aprovadas.

## 2.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

O Tribunal de Contas da União, nos julgados que seguem, assenta o entendimento de que, em caráter excepcional, é aceitável a utilização de minuta-padrão de edital e/ou contrato, previamente aprovada pela assessoria jurídica. Assim:

- (a) “6. Acerca do assunto, o Tribunal recentemente apreciou pedido de reexame interposto pela [...] contra o Acórdão nº 1.577/2006-TCU-Plenário e deliberou no sentido de modificar



alguns dispositivos dessa deliberação, conferindo a um deles a seguinte redação (Acórdão 3014/2010-Plenário):

9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.

7. Haja vista que, naquela ocasião, a matéria foi devidamente debatida, não ocorrendo nenhuma divergência, penso que o entendimento deva ser mantido.” (Acórdão nº 873/2011 Plenário, Processo nº 007.483/2009-0, Relator Min. José Jorge);

(b) “9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto – e este representar contratação corriqueira – e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta- padrão” (Acórdão nº 3014/2010, Plenário, Processo TC-005.268/2005-1, Relator Min. Augusto Nardes);

(c) “Trata-se de pedido de reexame interposto [...] contra a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003-Plenário, expedida nos seguintes termos (fl. 124 do volume principal):

‘1.1 - que submeta à aprovação de sua Assessoria Jurídica todas as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, conforme exige o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93’.

*Voto do Ministro Relator*

Conheço do pedido de reexame, uma vez observados os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48 da Lei 8.443/92 e no art. 286 do Regimento Interno.

Houve divergência nos órgãos instrutivos sobre o melhor encaminhamento a ser dado ao pedido de reexame [...] acerca da proibição da utilização de minutas-padrão em procedimentos licitatórios.

O Analista da Secretaria de Recursos acolhe a argumentação do recorrente, que se fundamenta essencialmente nos princípios da eficiência e da economicidade, e que estão sintetizados nos seguintes parágrafos, *in verbis*:

‘A melhor gestão de recursos disponíveis é, sem dúvida, a que resulta do planejamento. Nesse sentido, o procedimento normatizado pelo [...] Recorrente, que uniformiza a atuação dos seus administradores em todo o País, resulta em gestão de recursos com respeito ao princípio da economicidade, além de adequar-se ao princípio da moralidade. O atendimento das instruções pelo Administrador vem impedir quaisquer equívocos ou desvios, tornando transparente, célere e diminuindo os custos do procedimento licitatório. Ganha a empresa com a otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato.

Portanto, outra conclusão não há: a adoção por parte [...] Recorrente da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos comuns que se repetem periodicamente em todo o País, que já contaram com a análise e a aprovação prévia pelo órgão jurídico, e que são inseridos em suas instruções internas, é procedimento adequado a uma administração eficiente - como deve ser para quem atua em regime de concorrência com as empresas privadas - e termina por concretizar o princípio da eficiência constitucional.’

Os dirigentes da Serur e o Ministério Público discordam. Nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, a exigência de manifestação prévia seria para cada procedimento licitatório.

A padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas

que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõe atuação individualizada. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadram-se nessa hipótese.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in 'Direito administrativo', 14<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2002, pg. 81, ao tratar de princípios da administração pública, ensina que:

'O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); [...].'

Segundo Hely Lopes Meirelles, in 'Direito administrativo brasileiro', Malheiros Editores, São Paulo, 22<sup>a</sup> ed., pg. 90, o dever de eficiência corresponde ao 'dever de boa administração' e 'é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público [...].'

Assim, admitindo-se a existência de procedimentos licitatórios idênticos tanto em relação ao objeto quanto em relação às quantidades ou, então, quanto à modalidade licitatória, a utilização de minutas-padrão não fere o dispositivo legal que impõe a prévia manifestação da assessoria jurídica sobre a regularidade das minutas dos editais e dos contratos. Aliás, sobre esse aspecto - responsabilidade da assessoria jurídica -, Marçal Justen Filho - in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 370 - afirma:

‘Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas ações.’

Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto.

A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. Assim, a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente (fl. 8/9 do anexo 1), limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.

Em face do exposto, com vênias do titular da unidade técnica e do Ministério Público, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

*Acórdão*

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, parágrafo único, c/c o 33 da Lei 8.443/92, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame e dar-lhe provimento;

9.2. tornar insubsistente a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003 - Plenário;

9.3. dar ciência da presente deliberação ao recorrente.” (Acórdão nº 1504/2005, Plenário, Processo nº 001.936/2003-1, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

(d) No Acórdão nº 392/2006, Plenário, sumariou a Corte de Contas Federal:

“PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO DE EDITAIS E CONTRATOS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO.

[...]

2 - É legal a utilização de procedimentos licitatórios padronizados, desde que atenda aos princípios da legalidade, da eficiência, da proporcionalidade e que o gestor verifique a conformidade entre a licitação pretendida e a minuta-padrão do edital e do contrato previamente examinados e aprovados pelo órgão jurídico.” (Processo nº 008.107/2005-4, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

### **3 O PARECER JURÍDICO É OBRIGATÓRIO, MAS NÃO VINCULA A AUTORIDADE GESTORA**

É legítimo que a assessoria jurídica condicione a aprovação de minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes ao cumprimento, pelo gestor público, das manifestações jurídicas exaradas, a fim de tornar mais célere a fase interna do procedimento licitatório ou da contratação direta?

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.

Pode a assessoria jurídica, visando dar cumprimento ao princípio da celeridade processual e, assim, evitar que o processo licitatório ou da contratação direta, contendo as respectivas minutas, retorne para nova análise a partir da orientação jurídica exarada, proceder a exame e aprovação desses instrumentos com ressalvas, devidamente fundamentadas. O gestor público pode acolhê-las ou não, motivando a decisão neste último caso. Se acolhidas, elas passam a integrar a própria motivação do gestor.

Produzir manifestação jurídica insuficiente, ou seja, sem fundamentação, ou com a só menção de que a minuta examinada não é compatível com a legalidade, seguindo-se da orientação para que o gestor público a reformule segundo a lei de regência, enseja a responsabilização administrativa do assessor jurídico, por violação ao princípio da motivação.

Aprovar minuta com ressalvas não significa produzi-la para a Administração. A elaboração de minuta de edital ou convite deve ser confiada a agente ou equipe com conhecimentos técnicos específicos relacionados ao objeto da licitação (princípios da especialização e da segregação de funções). À assessoria jurídica compete examiná-la na integralidade e aprová-la, se condizente com as normas de regência. Se ressalvas forem feitas, cumpre à assessoria jurídica motivá-las, apresentando, inclusive, proposta de redação para alguns de seus dispositivos ou cláusulas, conforme a norma de regência aplicável, cuidando-se para que a proposição não adentre no campo da oportunidade e conveniência do gestor.

#### **4 AUSÊNCIA DO PARECER JURÍDICO E NULIDADE DO PROCESSO**

A ausência de prévio exame e aprovação de minutas de editais, contratos, acordos, convênios e outros ajustes, na forma estatuída pelo parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, é causa de nulidade do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente?

Cumpra à assessoria jurídica, ao examinar e aprovar as minutas que lhes são encaminhadas, manifestar-se quanto à legalidade de seus

dispositivos e/ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis. A manifestação jurídica é obrigatória, mas não vinculativa. Uma vez acatada a orientação da assessoria jurídica, ela passa a integrar a motivação do ato decisório da autoridade competente.

Tal manifestação jurídica constitui condição para a validade das minutas. Sua ausência não é sanada pela apresentação de manifestação jurídica posterior. Se não integra o processo da licitação ou da contratação direta, por conseguinte, não pode servir como fundamento de decidir do gestor público. Assim, no TCU:

Outra irregularidade que não foi elidida consiste na ausência do pronunciamento do órgão jurídico acerca da minuta do contrato, em contrariedade ao parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93. Como bem asseverou a analista da Secex/PE (fl. 516, vol. 8), a apresentação posterior do parecer jurídico (fls. 503/504, vol. 8) não sana a irregularidade, pois, se não constava anteriormente nos autos do processo licitatório, não poderia ter servido de suporte para a decisão do Administrador, não estando atendido, desse modo, o fim visado pela lei de licitações. (Acórdão nº 2004/2007, Plenário, Processo nº 011.135/2001-8, Relator Min. Benjamin Zymler).

## **5 LIMITES DO PARECER JURÍDICO SOBRE A DEFINIÇÃO DO OBJETO**

É legítima a interferência da assessoria jurídica na escolha do objeto da licitação ou da contratação direta, pretendida pela Administração?

O planejamento das licitações, independentemente da modalidade adotada, e também das contratações diretas, exige, minimamente, a definição do seu objeto em forma clara, concisa e objetiva, a quantidade total estimada, além da justificativa de sua necessidade e do resultado esperado.

O agente ou setor responsável dentro da estrutura da Administração encarregar-se-á da elaboração das minutas, em conformidade com as condições estabelecidas no termo de referência, projeto básico ou documento contendo as especificações do objeto, no caso de compras. O processo licitatório ou de contratação direta, contendo as respectivas minutas, seguirá, então, para exame e aprovação da assessoria jurídica.

Os processos de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo que não instruídos com minuta de termo de contrato, também devem ser encaminhados para análise da assessoria jurídica, consoante preceitua o inciso VI, do art. 38, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, *dispensa ou inexigibilidade*.

A Lei Geral das Licitações e Contratações obriga que a assessoria jurídica da Administração examine e aprove as minutas de edital e de contratação direta. Não lhe é permitido imiscuir-se na escolha do objeto, adentrando no campo da oportunidade e da conveniência do gestor. Se este pretende adquirir automóveis, não compete à assessoria jurídica manifestar-se no sentido de que a aquisição deva ser de motocicletas; se pretende contratar serviços de vigilância, não cabe à assessoria jurídica decidir que melhor seria a contratação de recepcionistas.

Tem o gestor público a discricionariedade de optar pela contratação do objeto que melhor atenda ao interesse público, não podendo a assessoria jurídica adentrar no mérito dessa escolha. O prolator de uma manifestação jurídica não se transforma num gestor público.

Todavia, é dever da assessoria jurídica pronunciar-se quando verifica que o objeto da licitação ou da contratação direta afronta princípios administrativos, passando a orientar o gestor público para que não prossiga no seu intento, de forma motivada.

O gestor público tem o dever de remeter o processo (contendo as respectivas minutas) para análise da assessoria jurídica, todavia, pode discordar das orientações jurídicas exaradas, desde que fundamentadamente, ou seja, com a apresentação dos pressupostos de fato e de direito que sustentam o entendimento contrário a tais orientações. Pode, também, após receber orientação jurídica desfavorável a sua pretensão, instruir o processo ou a consulta com elementos mais robustos e encaminhá-lo à assessoria jurídica para nova manifestação.

Não raro, gestores públicos encaminham processos licitatórios, de contratação direta, ou consultas às assessorias jurídicas, desprovidas



dos elementos necessários ao exame jurídico, ou com dados genéricos ou superficiais, no intuito de obterem pareceres favoráveis às suas “verdadeiras” pretensões, nem sempre aparentes aos olhos de quem deve analisar juridicamente o assunto. A assessoria jurídica deve precaver-se a esse respeito, solicitando da Administração os necessários elementos à formulação da manifestação jurídica, evitando basear-se em presunções ou suposições.

Mesmo sem poder adentrar no campo da conveniência e oportunidade do gestor público, quanto à escolha do objeto que melhor atenda ao interesse público, compete à assessoria jurídica orientá-lo na condução de uma licitação ou contratação direta em sintonia com os princípios e normas de regência.

Exemplifique-se com a compra de automóveis. Cabe à assessoria jurídica orientar o gestor público para que observe o princípio da padronização, em face da compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho já existentes na frota, e observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecida. Na licitação para a contratação de serviços de vigilância, promovida por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, cumpre à assessoria jurídica orientar o gestor público para que realize estudos visando a racionalizar o número de postos de vigilância, de forma a extinguir aqueles que não forem essenciais, e substituindo por recepcionistas aqueles destinados ao atendimento ao público (art. 51-A, da Instrução Normativa SLTI/MPOG n° 2, de 30.04.08).

## **5.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TCU**

Nos julgados que se seguem, do Tribunal de Contas da União, é assentada a natureza jurídica da manifestação exigida pelo parágrafo único, do art. 38, da Lei n° 8.666/93, destacando-se que, embora obrigatória, não é vinculativa. Destaca, também, a importância de o gestor público examinar a correção da manifestação jurídica produzida. Assim:

O seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 19/2002 Plenário é bastante esclarecedor nesse sentido: “Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes do 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 (Acórdão nº 939/2010, Plenário, Processo nº TC 007.117/2010-8, Relator Ministro Benjamin Zymler);

Voto do Ministro Relator [...]

c) a aprovação da minuta pela Procuradoria-Geral do [...] não tem o condão de vincular a administração, tendo em vista o entendimento desta Corte quanto ao tema, conforme exposto no TC 010.770/2000-7, quando ficou consignado que:

‘Além disso, vale salientar que o parecer é opinativo e não vincula o administrador. Este tem o comando da empresa e assume a responsabilidade de sua gestão. Se se entendesse de forma diversa, estar-se-ia considerando que o parecer jurídico é um alvará para o cometimento de ilícitos, o que constitui um absurdo. O dirigente de uma Companhia possui o comando da máquina administrativa e deve estar ciente de todas as decisões que adota, independentemente da natureza delas. O administrador público não é simplesmente uma figura decorativa na estrutura da empresa. Ao contrário, deve ter uma postura ativa no comando da empresa. Com mais razão, nas licitações, os gestores devem ser ainda mais cuidadosos, vez que estas envolvem princípios fundamentais da administração pública, tais como: legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, controle, coordenação, planejamento, isonomia, proposta mais vantajosa, dentre outros (Constituição Federal, Decreto-lei nº 200/67, Lei nº 8.666/93); (Acórdão nº 1379/2010, Plenário, Processo TC-007.582/2002-1, Relator Min. Augusto Nardes).

## **6 A RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA PERANTE O CONTROLE EXTERNO**

A assessoria jurídica sujeita-se ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas - órgão responsável pela 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 - mesmo sem exercer atos de gestão.

Mesmo que de natureza opinativa e não vinculante, e uma vez acatada, a manifestação jurídica passa a integrar o ato administrativo, sujeitando o seu prolator ao controle externo exercido pela Corte de Contas, sem prejuízo de responder disciplinarmente, pelo mesmo ato, perante o controle interno da Administração.

O pronunciamento jurídico deve ser fundamentado, ou seja, a questão (seja sobre licitação ou contratação direta, ou quando da análise e aprovação de minutas de editais, contratos, convênios e outros ajustes) deve ser examinada à luz dos princípios administrativos, do ordenamento normativo vigente, da jurisprudência dos Tribunais judiciais e de contas, bem como da doutrina jurídica. Não basta à assessoria jurídica manifestar-se no sentido de que o ato administrativo, o documento ou o dispositivo constante no edital e seus anexos ou no instrumento que formaliza o convênio não encontra respaldo no ordenamento normativo e, portanto, deve ser excluído ou anulado. Também não é suficiente a simples menção de que é (ou não) compatível com a legislação ou com normas de inferior hierarquia. É preciso enunciar os motivos (conjunto das razões de fato e de direito) do entendimento. A assessoria jurídica, assim como o gestor público, não pode esquivar-se da observância do princípio da motivação, certo que revisão gramatical não se confunde com análise jurídica, nem a substitui.

A compreensão da assessoria jurídica, ao emitir sua manifestação sobre a licitação ou ao analisar e aprovar minutas de editais, contratos, convênios e outros ajustes, quando adotada, integra a motivação do gestor público, inserindo-se em elemento de verificação da legalidade, legitimidade e economicidade do ato pelo controle externo. Quando o tema submetido à assessoria jurídica comporta dúvidas e controvérsias, incumbe-lhe referi-las tal como se apresentam na doutrina e na jurisprudência. O gestor público precisa conhecer tais variações e, a partir das orientações do parecer de sua assessoria jurídica, ponderar riscos e benefícios.

O Direito não é ciência exata e há questões que admitem mais de uma resposta, que se deve alicerçar em dispositivos normativos (o raciocínio jurídico é tributário do positivismo normativo), na consulta à jurisprudência atualizada (a referência aos julgados dos Tribunais judiciais e de contas fornece apoio aos argumentos da manifestação jurídica) e nas considerações da doutrina (o suporte doutrinário consagrado advém da opinião dos autores que compõem o padrão médio de consultas sobre determinado tema).

Assim orienta o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 939/2010, Plenário - “Quanto ao argumento de que se baseou em parecer jurídico, observo que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em casos da espécie, a conduta do gestor somente resta justificada quando o parecer está devidamente fundamentado, defende tese aceitável e/ou está alicerçado em lição de doutrina e jurisprudência. (v.g. Acórdãos 62/2000, 19/2002, 75/2002 e 82/2007, todos do Plenário).”

Tanto que o TCU imputou responsabilidade à assessoria jurídica pela emissão de manifestação jurídica com fundamentação insuficiente, desarrazoada, contrária à expressa disposição literal de lei e até com deturpação de precedente jurisprudencial, como adiante será demonstrado. Contudo, como sopesado pela mesma Corte quando da apuração de responsabilidade de parecerista jurídico, é preciso “*aquilar 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.*” Desdobre-se a advertência:

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 [...] 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 ser 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 nº 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário.

É certo que a atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a 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 União e das entidades da administração direta e indireta.

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.

A mera inscrição do servidor ou empregado público na Ordem dos Advogados do Brasil não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público. (Acórdão nº 462/2003, Plenário, Processo nº 008.902/1995-0, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

## **7 DECISÃO DO SUPERIOR HIERÁRQUICO SOBRE O PARECER JURÍDICO**

O superior hierárquico na estrutura do órgão jurídico, incumbido de aprovar a manifestação produzida pelo assessor subordinado, pode dela dissentir. Formalizará a discordância por escrito e motivadamente, ou seja, apresentará os pressupostos de fato e de direito que amparam compreensão jurídica contrária à que foi exarada, respondendo, então, pessoal e exclusivamente, em decorrência da hierarquia de sua manifestação, perante as ações de controle interno e externo.

O superior hierárquico pode e deve, se for o caso, apontar vício de legalidade na manifestação jurídica produzida pelo subordinado, o que lhe exige conhecimento e diligência na apreciação das peças postas à sua aprovação, podendo responder solidariamente com aquele.

Se verificar que a manifestação jurídica é insuficiente, pode solicitar ao assessor jurídico subordinado seu reexame ou complementação, também de forma motivada. O dever de motivar é indissociável de qualquer manifestação jurídica, independentemente da hierarquia administrativa que a produz.

José dos Santos Carvalho Filho leciona:

Decorre também da hierarquia o poder de revisão dos atos praticados por agentes de nível hierárquico mais baixo. Se o ato contiver vício de legalidade ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a essa orientação ou para restaurar a legalidade. (*Manual de Direito Administrativo*. 10<sup>ª</sup> ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 49-50).

Averbe-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a responsabilidade solidária do superior hierárquico:

40. A íntegra da manifestação contida na referida Nota Técnica foi acolhida pelos superiores de seu subscritor. É deles também a responsabilidade pelo que ali restou entendido. Bastava uma leitura rápida de seu texto para verificar a não conformidade com as exigências do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. Tampouco para que se verificasse a completa ausência de menção a entendimentos jurisprudenciais deste Tribunal. Não se tratava de providências que demandassem tempo excessivo ou estudos aprofundados, pois, ao contrário do que insistem em afirmar os procuradores, não havia qualquer elemento técnico nas justificativas ou no objeto do contrato que os incapacitasse ao exame que deveriam fazer acerca da observância do referido dispositivo legal. Ademais, frise-se mais uma vez, a mencionada justificativa sequer abordou a existência de nexo entre os requisitos definidos no referido dispositivo legal, a natureza da instituição e o objeto contratual. (Acórdão nº 994/2006, Plenário. Processo nº 018.337/2004-0, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

Sobre a insuficiência das manifestações jurídicas, a título ilustrativo, reproduz-se dispositivo da Portaria AGU nº 1.399, de 05 de outubro de 2009, que dispõe sobre as manifestações jurídicas dos órgãos de direção superior e de execução da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados:

Art. 9º [...]

§ 2º Considera-se insuficiente a manifestação jurídica que:

- I - não aborde integralmente o tema objeto da consulta;
- II - careça de fundamentação jurídica bastante a respaldar as suas conclusões;
- III - apresente incongruência entre as conclusões e os fundamentos jurídicos manejados; e
- IV - contenha obscuridades que impeçam a sua perfeita compreensão.

A discordância ou a complementação, expressa pelo superior hierárquico quanto à manifestação jurídica do assessor subordinado, apoiada por lições da doutrina e pela jurisprudência dos tribunais judiciais e/ou de contas, é salutar por consignar a existência de questão

duvidosa ou controvertida e a variação de entendimento jurídico em relação a ela, possibilitando-se ao gestor público conhecê-las na tomada de decisão. O superior hierárquico não pode sequer cogitar é de ignorar a manifestação jurídica produzida pelo assessor subordinado, não a inserindo nos autos do processo ou destes excluindo-a.

Veja-se, a respeito, o que preceitua a Portaria n° 1.399, de 2009, no âmbito da Advocacia-Geral da União: “*Art. 10. A manifestação jurídica não aprovada integrará os autos, mediante a consignação da sua não aprovação.*”

## 8 EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA

A emissão de manifestações jurídicas embasadas em tese aceitável e/ou alicerçadas em lição de doutrina e jurisprudência atende ao princípio da motivação e confere segurança jurídica ao gestor público na tomada das decisões de sua competência.

### 8.1 FUNDAMENTAÇÃO PLAUSÍVEL

Nos julgados que se seguem, o TCU pronunciou-se sobre a isenção de responsabilidade do assessor jurídico pela emissão de manifestação bem fundamentada.

(a) Relatório do Ministro Relator [...]

10. Quanto ao fato de a contratação em exame contar com pareceres técnico e jurídico favoráveis e isentos dos vícios de dolo, erro ou fraude, o Analista frisa, às fls. 22/23, que o Administrador não pode eximir-se da responsabilidade por seus atos de gestão com base em pareceres não vinculantes. Para esse resultado, necessário seria que o parecer estivesse devidamente fundamentado, que defendesse tese aceitável e que estivesse alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência, conforme precedentes desta Corte apontados na instrução do TC 275.037/1995-9 (Acórdãos n. 374/99-TCU-1a Câmara, Sessão de 19/10/99, in Ata n. 36/99; 451/2000-TCU-1a Câmara, Sessão de 03/10/2000, in Ata n. 36/2000; 475/2001-TCU-1a Câmara, Sessão de 07/08/2001, in Ata n. 27/2001; Decisões n. 289/96 - Plenário - TCU, Sessão de 22/05/96, in Ata n. 19/96; 728/98 - Plenário - TCU, Sessão de 21/10/98; 074/97 - Plenário - TCU, Sessão de 26/02/97, in Ata n. 06/97; e 240/2001-TCU-1a Câmara, Sessão de 07/08/2001, in Ata no 27/2001). (Acórdão n° 296/2005, Primeira Câmara. Processo n° 004.341/1998-8, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa);



(b) 4. No que concerne à isenção de pareceristas e à independência profissional inerentes à advocacia, a questão encontra-se pacificada junto a este Tribunal, bem assim junto ao Supremo Tribunal Federal, que evoluiu no sentido de que os pareceristas, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros.

5. Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados. (Acórdão nº 1.801/2007, Plenário. Processo nº 007.277/2003-3, Relator Min. Raimundo Carreiro).

Confira-se, a seguir, outro excerto de aresto da Corte de Contas Federal, que afastou a responsabilidade de assessor jurídico subscritor de orientação jurídica bem fundamentada:

A parecerista lança mão de menções variadas ao caracterizar como linhas opostas de convicção, tanto de doutrinadores que seleciona, quanto da posição da Advocacia-Geral da União (Parecer GQ-77, que aponta ter concluído pela necessidade de análise das características do serviço advocatício para entendê-lo singular) e do mencionado precedente do STF acerca do tema (HC n. 72.830-8-RO, de 24/10/1995). Dessa forma, muito embora, quanto ao mérito, discorde-se do enquadramento final defendido

pela parecerista, o fato é que a advogada expôs não de todo, mas suficientemente, a existência de posicionamentos jurídicos relevantes e antagônicos sobre o objeto da consulta formulada pelo [...]. É a partir da jurisprudência desta Corte que, como já dito, entende-se afastável a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos, se demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, se apresentada argumentação provida de devida fundamentação e se defendida tese aceitável na doutrina ou jurisprudência, ainda que considerada equivocada. Assim, se o parecerista, em resumo, apresenta apenas o entendimento adotado, torna-se co-responsável por decisão tomada em sua linha. Tal não é caso. Embora observe-se que a parecerista não se tenha valido da ampla jurisprudência deste TCU a respeito do tema, pelo que teria facilmente verificado o extremo rigor e cautela que esta Corte de Contas, instância de competência constitucional para averiguar o tema na seara administrativa federal, invariavelmente imprime ao assunto, com parâmetros técnicos e jurídicos claros e constantes úteis em balizá-lo, ainda assim entende-se que a Sra. [...] logrou satisfazer o condicionamento imposto, demonstrando aos gestores a existência de questões jurídicas relevantes sobre o enquadramento pretendido, o que tornou o Presidente do [...] apto a depreender o enquadramento jurídico da situação consultada. Conclui-se, portanto, que deva a parecerista, neste caso concreto, ter suas contra-razões acolhidas por este Tribunal. [...] 21. Quanto à responsabilização da Sra. [...], pela elaboração de parecer jurídico em que recomenda indevida contratação de escritório de advocacia, concordo com a sugestão da Secex/RJ, no sentido de que essa profissional, apesar de não se ter valido da ampla jurisprudência desta Corte a respeito do tema, demonstrou aos gestores do [...], na citada peça, a existência de questões jurídicas relevantes e divergentes sobre o enquadramento a ser dado à contratação de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de certame. (Acórdão nº 798/2008, Primeira Câmara. Processo nº 016.178/2005-0, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa).

## 8.2 AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ

De outra feita, o TCU excluiu a responsabilidade do assessor jurídico ante a ausência de má-fé, *verbis*:

5. Por outro lado, vários são os argumentos contrários ao atendimento do requerido pela representante. Vejamos. Em primeiro

lugar, entendo que esse erro na condução do pregão eletrônico foi induzido pelo [...], em parecer da lavra da Assessora Jurídica [...], que textualmente traz o seguinte trecho:

‘Quanto às minutas de Edital do Pregão Eletrônico nº 006/2007 e Contrato, infere-se que atendem a todos os elementos definidos no Decreto nº 5.450/2005 e Lei nº 10.520/2002, que respectivamente regulamenta e institui a licitação na modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, com aplicação subsidiária do art. 40 da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores.’

6. Por oportuno e pertinente, destaco a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, acompanhando o voto do Ministro-Relator Marco Aurélio, indeferiu o Mandado de Segurança 24584, no qual procuradores federais se insurgiram contra ato deste Tribunal, que iniciou investigação para fiscalizar atos administrativos que tiveram pareceres jurídicos favoráveis, buscando a responsabilização dos pareceristas.

7. Verificou-se, ainda, que a proposta da representante estava em desacordo com as exigências editalícias (itens 4.5.1 a 4.5.5), sem que esta tenha manifestado sua intenção de recorrer nos momentos adequados. Ora, quem demonstrou conhecimento do teor do decreto que regulamenta o pregão eletrônico, há de ter lido seus arts. 18 e 26, § 1º, transcritos a seguir: [...]

8. Assim, considero absolutamente improcedente a alegação de que não teria sido informada a respeito do prazo para oferecimento da intenção de oferecer recurso.

9. Por fim, demonstrou-se que o acréscimo ao valor contratado, em decorrência da recusa da proposta da representante e de outra empresa desclassificada, no valor de R\$ 2.456,09 (dois mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e nove centavos), não constitui sequer indício de lesão ao erário.

10. Portanto, em pregão eletrônico já concluído, tendo em vista ausência de má-fé dos responsáveis e de dano ao erário, entendo que sua convalidação homenageia o interesse público. (Acórdão nº 2695/2007, Primeira Câmara. Processo nº 019.263/2007-3. Relator Min. Valmir Campelo).

## 9. A RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Relacionam-se, a seguir, julgados da Corte de Contas da União que reconheceram a responsabilidade da assessoria jurídica, classificados segundo o vício que desqualifica o respectivo parecer.

### 9.1 FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE

A orientação jurídica que, por fundamentação insuficiente, induz atos de gestão irregulares ou danosos aos cofres públicos acarreta a responsabilização do parecerista, *verbis*:

(a) “36. Registro que algumas das ressalvas feitas no parecer contido na Nota Técnica [...], relacionadas a preço do serviço, não foram adequadamente atendidas, sendo que, em relação a elas, devem ser excluídos os procuradores de qualquer responsabilização, conforme salientado pela unidade técnica.

37. Todavia, a referida manifestação foi omissa. Talvez na busca de eximir-se de qualquer responsabilidade na conformação da situação de fato às exigências do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, em especial em face dos reiterados posicionamentos desta Corte de Contas e do entendimento unânime da doutrina acerca da matéria, a Nota Técnica [...] não enfrentou a absoluta ausência de correlação entre o objeto contratado e atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. Além de não enfrentar, entendeu que a justificativa era exaustiva e que se tratava de precedente positivo. Bastava uma rápida pesquisa na jurisprudência deste Tribunal para verificar que o objeto do contrato e a referida justificativa não seriam suficientes para a manifestação favorável. No mínimo, deveria a Procuradoria [...] alertar o gestor da possibilidade de a contratação direta ser tida por inadequada por inobservância dos requisitos necessários. Deixa-se ao administrador a decisão de fazer a sua opção. Mas era seu dever apontar o entendimento prevaLENcente.[...]”

39. Confrontando-se o teor da Nota Técnica [...] com as manifestações deste Tribunal e com os doutrinadores, verifica-se que não foi feito qualquer registro acerca do entendimento desta Corte de Contas ou do entendimento dos doutrinadores. Seria o mínimo indispensável para que o órgão jurídico [...] atuasse de

forma correta e seus representantes desempenhassem suas funções cumprindo seu dever de ofício.

40. A íntegra da manifestação contida na referida Nota Técnica foi acolhida pelos superiores de seu subscritor. É deles também a responsabilidade pelo que ali restou entendido. Bastava uma leitura rápida de seu texto para verificar a não conformidade com as exigências do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. Tampouco para que se verificasse a completa ausência de menção a entendimentos jurisprudenciais deste Tribunal. Não se tratava de providências que demandassem tempo excessivo ou estudos aprofundados, pois, ao contrário do que insistem em afirmar os procuradores, não havia qualquer elemento técnico nas justificativas ou no objeto do contrato que os incapacitasse ao exame que deveriam fazer acerca da observância do referido dispositivo legal. Ademais, frise-se mais uma vez, a mencionada justificativa sequer abordou a existência de nexos entre os requisitos definidos no referido dispositivo legal, a natureza da instituição e o objeto contratual. Ou seja, a simples leitura dos esclarecimentos do Diretor-Presidente e do objeto do contrato permitiria a formação de convicção acerca da ilegalidade. Além disso, não foi demonstrada na justificativa a necessidade da contratação, o que significa dizer ausência total de motivação do ato. [...]

Acórdão [...]

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. [...];

9.5. aplicar aos Srs. [...], individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional; (Acórdão nº 994/2006, Plenário. Processo nº 018.337/2004-0, Relator Min. Ubiratan Aguiar);

(b) 4.2. Em relação às justificativas apresentadas pelo Sr. [...], ex-Procurador Geral do [...] (fls. 287/303):

‘88.1. Eis que, mais uma vez, deparamos com uma situação na qual discute-se a possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico. O tema antes controverso vem se pacificando tanto no âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU como no seio do próprio Supremo Tribunal

Federal - STF, tendo a jurisprudência sinalizado favoravelmente a essa possibilidade (v. TC 018.643/2003-5, Acórdão nº 157/2008-TCU-Primeira Câmara, Relator Min. Raimundo Carreiro).

88.2. No caso em análise, o ex-Procurador Geral, em seu parecer (fls. 129/130), após expor sua fundamentação, concluiu o seguinte:

‘[...] não vislumbramos óbice à contratação direta junto à [...]’.

88.3. Essa manifestação, nos termos do documento de fls. 128, possuía caráter conclusivo. Ademais, o art. 38 da Lei nº 8.666/93, ao se referir aos pareceres jurídicos como elementos integrantes dos processos administrativos referentes a qualquer licitação, dispensa ou inexigibilidade, assim dispõe:

‘Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente atuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).’

88.4. Analisando-se a situação em comento, percebe-se que a atuação dos procuradores foi decisiva para a celebração do contrato e ocorreu justamente no exercício da atribuição legal, prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, não sendo, portanto, um parecer meramente opinativo. (v. Acórdão nº 147/2006-TCU-Plenário - Relator Min. Benjamin Zymler).

88.5. Daí concluir-se pela necessária responsabilidade solidária do ex-Procurador Geral.

88.6. Destarte, à exceção da alegação de que o objeto contratado não se mostrou genérico, os demais argumentos relevantes mencionados em sua manifestação também não merecem acolhida.

88.7. A uma, porque o [...] somente foi inaugurado em 10 de agosto de 2005, segundo informação contida no próprio sitio do hospital

na internet (doc. de fl. 503), posteriormente à data de celebração do contrato emergencial, não se constituindo, portanto, em motivo a justificar a contratação direta da firma [...].

88.8. A duas, porque o fato de a [...] questionar as contratações diretas realizadas, à época - como alegado -, e, ao mesmo tempo, dar respaldo jurídico às mesmas, demonstra uma contradição que pesa em desfavor do responsável. Além disso, tal argumentação não se faz acompanhar de qualquer prova documental.

88.9. A três, porque o valor final do contrato - R\$ 12.115.206,10 - somente foi alcançado porque, obviamente, em ocasião anterior, a [...] havia respaldado a contratação original.

88.10. A quatro, porque a justificativa apresentada pela [...] (fls. 121/127), não se fez acompanhar de elementos que permitissem identificar adequadamente a razão da escolha do fornecedor - limitando-se à avaliação quanto à sua capacidade técnica e regularidade fiscal - e, muito menos a justificativa do preço da contratação, contrariando, flagrantemente, o art. 26 da Lei nº 8.666/93, razão pela qual - diante da ausência desses elementos essenciais - o parecer jurídico não poderia concluir, como o fez, que o valor do contrato e a razão da escolha da empresa estariam inseridos na esfera da oportunidade e conveniência, da alçada da [...], nem ter avaliado a malsinada contratação. Vale mencionar aqui a existência do Parecer nº 928/2005, emitido posteriormente pelo responsável pelo [...] (fls. 144/145), o qual - diferentemente da conduta adotada pelo parecerista jurídico - enfatiza a inexistência tanto da justificativa de preços como da razão para a escolha do fornecedor, entre outros elementos.

88.11. A cinco, porque não seria necessário ao parecerista duvidar do gestor no que se refere ao caos implantado na área da saúde no Estado. Bastaria exigir a observância dos requisitos legais pertinentes para a contratação.

88.12. E, finalmente, a seis, porque, em situações como essas - e em que pese a doutrina mencionada pelo ex-Procurador - esta Corte de Contas tem concluído pela responsabilização do gestor responsável solidariamente com o parecerista que o apoiou.

88.13. Pela clareza com que trata o assunto, convém transcrever o seguinte excerto do voto do Min. Raimundo Carreiro, ao relatar

o processo nº TC 007.277/2003-3 (Acórdão nº 1.801/2007-TCU-Plenário): ‘6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados.’

88.14. Os demais argumentos apresentados não se mostram relevantes ou já foram considerados por ocasião da análise das razões de justificativa do Sr. [...], ex-Secretário de Saúde.

88.15. Assim, por todo o exposto, propugnamos pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelo ex-Procurador Geral do Estado, [...], devendo ter suas contas julgadas irregulares, sem débito, com fulcro no art. 16, III, ‘b’, da Lei nº 8.443/92, com aplicação da multa prevista em seu art. 58, I, nos termos do art. 19, parágrafo único, da citada Lei. [...]

Acórdão [...]

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo ex-Procurador Geral do Estado [...], Sr. [...], diante da não descaracterização de sua participação nas irregularidades apontadas;” (Acórdão nº 2.109/2009, Primeira Câmara. Processo nº 019.801/2007-3, Relator Min. Valmir Campelo).

(c) A jurisprudência deste Tribunal aponta no sentido de ser possível a apenação de autores de pareceres jurídicos, cujas conclusões não revelem lógica jurídica razoável. Afigura-se, também, pertinente a apenação dos agentes responsáveis pela elaboração de pareceres jurídicos, quando deixam de observar determinações dirigidas à entidade. É de se esperar que tais profissionais, no exercício de sua atividade, possuam sólidos conhecimentos das respectivas normas, da jurisprudência dos tribunais judiciários, da doutrina e também que mantenham banco de dados sobre o entendimento desta Corte sobre a matéria, especialmente sobre as deliberações destinadas à entidade.

[...]



os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com base no exposto pelo Ministro-Relator e com fundamento no art. 1º, incisos II e IX, da Lei nº 8.443/92, Acórdão em: [...]

8.6 ‘ advertir a Procuradoria-Geral e às Procuradorias Regionais do [...] 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 [...] ou ao [...] podem resultar aplicação de multa ou, eventualmente, imputação de débito aos consultores jurídicos que hajam concorrido para a irregularidade; (Acórdão 287/2002 Plenário, Processo nº 004.874/2001-4, Relator Min. Benjamin Zymler)

## 9.2 FUNDAMENTAÇÃO DESARRAZOADA

A responsabilidade do assessor jurídico também se configura, no entendimento do TCU, pela emissão de manifestação com fundamentação desarrazoada, indutora de prejuízo aos cofres públicos. Assim:

(a) No tocante à questão da responsabilização do Procurador-Geral do [...], esclareço que a hipótese não trata da emissão de parecer jurídico isento, em consonância com a legislação e a jurisprudência, consubstanciando a opinião jurídica desinteressada do prolator, mas de deliberada ação tendente a justificar a prática de ato causador de dano ao Erário.

O critério que define a responsabilidade do advogado público ou procurador não diz com a atividade contenciosa ou consultiva no órgão. No Mandado de Segurança 24.073, a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobras de processo administrativo, no âmbito do TCU, em que foram responsabilizados, solidariamente com o administrador, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência da emissão de parecer, respaldando a dispensa de licitação para a referida avença.

No plano da Administração Pública, a definição da responsabilidade do advogado público somente pode ser averiguada no caso concreto. Não se pretende, nem se poderia pretender, que a emissão de opinião jurídica desinteressada, consubstanciada em fundamentado parecer, ou, pelo menos, em parecer isento, poderia gerar a responsabilização do autor, ainda no caso de erros, mas não há como deixar de responsabilizar o autor de parecer ‘de encomenda’, tendente,

unicamente, a respaldar fraudes ao Erário, derivadas de ações já planejadas pela direção do órgão. O administrador decide primeiro, e encomenda o parecer justificante, depois.

Isto significa que a justificação de fraudes ao Erário, causadoras de grandes prejuízos, por pareceres jurídicos absolutamente dissonantes da doutrina e da jurisprudência, consubstanciando erros e teratologia inadmissíveis, não podem isentar o seu autor da responsabilidade.

A exclusão da responsabilidade do advogado de entidade fiscalizada pelo TCU apenas pode decorrer, assim, das nuances e das circunstâncias de cada caso concreto.

A responsabilidade do advogado, autor de parecer jurídico, deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, 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.

A atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a 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 União e das entidades da administração direta e indireta. No caso concreto, o parecer jurídico emitido pelo procurador-geral respaldou a perpetração de fraude, causadora de gigantesco prejuízo ao Erário - em apenas 10 do total de 1.148 contratos apurou-se dano ao Erário no montante de R\$ 8.996.783,74 - e constituiu a fundamentação jurídica principal do ato, integrando 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.

Ademais, a atuação do Procurador-Geral foi decisiva para a adoção da Resolução [...], com fixação de critério com violação a expresso dispositivo de lei. Com efeito, a lei já estabelecia claramente a forma de conversão dos contratos, sem nenhuma necessidade de posterior edição de regulamento. Sua edição serviu apenas para permitir a adoção de outro critério, diverso do previsto na Lei, que redundou em imenso prejuízo aos cofres da autarquia, com enriquecimento sem causa das empresas contratadas.

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. Os particulares, causadores de dano ao Erário, também estão sujeitos à jurisdição do TCU.

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 grave erro, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a concretização do dano ao Erário.

Assim, sempre que o parecer jurídico pugnar desarrazoadamente pelo cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, num contexto em que a fraude se apresente irretorquível, 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.” (Acórdão nº 512/2003, Plenário. Processo nº 013.722/1999-9, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues);

(b) “9.Quanto à atuação do então Procurador-Geral da [...], responsável pelo parecer jurídico sobre a contratação, mediante a inexigibilidade de licitação, do Escritório de Advocacia [...] (fls. 110 e 111 do TC n. 375.506/1998-5), verifico que, de fato, o

parecer não comprovou os elementos mínimos exigidos no art. 25, *caput*, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 (inviabilidade de competição, notória especialização e singularidade do objeto), não havendo, em consequência, como elidir sua responsabilidade. A respeito dessa ocorrência, permito-me transcrever trecho do Parecer do MP/TCU, em que o Subprocurador-Geral mencionou o entendimento consignado no TC n. 005.766/1995-8 (fls. 575/576):

[...] quando o administrador age sob entendimento de parecer jurídico não se lhe deve imputar responsabilidade pelas irregularidades que tenha cometido [...]

Ocorre que o apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar ‘se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência’. Presentes tais condições, ‘não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer’, conforme bem leciona a sempre lúcida Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Malheiros Editores, 2ª Edição, 1995, pág. 118).

Ao revés, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes (cf. art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93) e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação no âmbito da administração direta (cf. art. 11, inciso VI, alínea b, da Lei Complementar n. 73/93), o advogado deverá responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular.

10. Ressalto, ainda, que não socorre o ex-Procurador-Geral da [...] a recente decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança n. 24.073, em que a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobrás (impetrantes) de processo administrativo, no âmbito deste Tribunal, em que foram responsabilizados, solidariamente, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência de emissão de parecer fundamentando a dispensa de licitação para a mencionada contratação. Primeiro, porque tal decisão judicial não tem efeito *erga omnes*; segundo, porque, no presente caso, o parecer jurídico de responsabilidade do ex-Procurador-Geral foi fundamental para a contratação direta, de que resultou grave

infração à norma legal, porquanto, além de não restar comprovada a inviabilidade de competição, nem a notória especialidade do escritório de advocacia e consultoria contratado mediante inexigibilidade, o parecer foi omissivo quanto ao fato de que um dos sócios do escritório de advocacia contratado era servidor da [...] e exercia, à época, função comissionada de Diretor da Faculdade de Direito, situação que caracteriza infração ao princípio constitucional da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e, em consequência disso, constitui óbice à mencionada contratação. Note-se que, neste caso, houve inequívoco nexo causal entre o parecer jurídico e a contratação mediante inexigibilidade, razão por que não se pode afastar a responsabilidade do então Procurador-Geral da aludida Universidade. (Acórdão nº 1.412/2003, Plenário. Processo nº 375.268/1998-7, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa);

(c) 5. Quanto à questão dos pareceres jurídicos, este Tribunal tem adotado o entendimento de que é possível aplicar sanção aos gestores e aos assessores jurídicos pelos pareceres que não estejam fundamentados em razoável interpretação das normas e com grave ofensa à ordem jurídica. Nesse sentido, cito os Acórdãos nº 462/2003, 512/2003 e 1.412, todos do Plenário do TCU. No corrente caso, os pareceres do assessor jurídico da [...] apresentam patente dissonância com as razoáveis exegeses acerca do assunto tratado nestes autos, como bem demonstrou a instrução da unidade técnica.

6. No tocante ao argumento da prevalência dos tratados internacionais sobre a lei interna, para efeitos de contratações e licitações, cabe ressaltar que esse posicionamento não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. A Serur demonstrou que, exceto os tratados acerca de direitos humanos (elevados à

categoria de emendas constitucionais pela recente EC nº 45/2004, desde que aprovados por *quorum* qualificado), vigora no Brasil o sistema no qual o tratado internacional, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária. [...]

11. Destarte, em razão da conduta ilegal dos envolvidos na celebração e nas alterações do contrato em comento, aplico individualmente aos Srs. [...] a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a qual é graduada nos limites estabelecidos pelo art. 268, inciso I, do Regimento

Interno do TCU. (Acórdão nº 2.189/2006, Plenário. Processo nº 010.289/1995-0, Relator Min. Augusto Nardes);

(d) 6. Ao contrário do argüido pelo Sr. [...] em sua defesa, o parecerista jurídico está sujeito à responsabilização perante o TCU, apesar de não praticar diretamente atos de gestão de recursos públicos. O requisito para aplicação desse entendimento, que entendo presente neste caso concreto, é a emissão de parecer com fundamentação insuficiente ou desarrazoada que subsidie a prática de atos de gestão irregulares ou danosos aos cofres públicos. Como precedentes da responsabilização do parecerista jurídico cito os Acórdãos 462/2003, 512/2003, 1.412/2003 e 1.536/2004, todos do Plenário deste Tribunal. No âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, menciono entendimento consignado no julgamento do Mandado de Segurança 24.584 do cabimento de responsabilização de procuradores jurídicos perante o TCU que emitam parecer aprovando minuta de edital ou contrato eivado de vícios de ilegalidade.” (Acórdão nº 2.199/2008, Plenário. Processo nº 019.188/2002-6, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

### **9.3 FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA A DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI OU COM DETURPAÇÃO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

Também atrai a responsabilidade do assessor jurídico a emissão de manifestação contrária à expressa disposição literal de lei ou com deturpação de precedente jurisprudencial: Visitem-se dois acórdãos que assim imputaram:

(a) 20. Quanto à suposta impossibilidade de serem os procuradores responsabilizados pelo conteúdo de seus pareceres, cumpre tecer algumas considerações. Entendo que esta Corte não deve excluir, a priori, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuanças e circunstâncias existentes em cada caso concreto ser devidamente examinadas.

21. A responsabilidade do autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em, pelo menos, duas esferas distintas. Na primeira, cuida-se da responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, cabendo ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.906/1994, decidir sobre a aplicação de eventuais sanções disciplinares, nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia. Essa apuração não exclui o exercício da jurisdição comum, que ficará a cargo das autoridades judiciais competentes.

22. É importante salientar que, em consonância com o disposto nos incisos IV e XIV do art. 34 do Estatuto da Advocacia, advogar contra literal disposição de lei e deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado constituem infrações disciplinares.

23. Já na segunda esfera, trata-se da eventual responsabilidade imputada ao autor de parecer jurídico que esteja relacionada com a regularidade da gestão pública federal. Em conformidade com o disposto na Lei nº 8.443/1992, a apuração dessa responsabilidade competirá ao Tribunal de Contas da União.

24. É certo que a atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades federais. O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, fundamenta e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido no âmbito de verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos acima relacionados. Conclui-se que 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 ele se encontra excluído do rol de agentes que estão sob a jurisdição deste Tribunal.

25. Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do nexo de causalidade existente entre um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso e atos irregulares praticados pelos gestores públicos. Havendo esse liame, a conduta do autor do parecer poderá ser avaliada pelo TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas com a finalidade de assegurar a regularidade das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

26. Do acima exposto, depreende-se que a mera inscrição de servidor ou empregado público na Ordem dos Advogados do Brasil não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham desempenhado papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica.

27. Aduzo que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.073-DF, decidiu que o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros que decorrerem de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo.

28. Compulsando os presentes autos, verifico que as condutas dos procuradores configuram as hipóteses acima mencionadas. Com efeito, eles emitiram parecer contrário à literal disposição de lei, pois atestaram a legalidade de contratação de serviços cujo valor demandava a realização de concorrência pública, apesar de estarem cientes de que havia sido realizado certame licitatório na modalidade convite.

29. Além disso, deturparam o teor da legislação ao afirmarem que as contratações diretas para supervisionar as obras estariam autorizadas por disposição contida nos editais de licitação para contratação do projeto de engenharia. Finalmente, deturparam o teor de julgado quando asseveraram que a contratação, sem prévia licitação, do autor do projeto para realizar a supervisão da obra estaria respaldada na Súmula 185 do TCU, a qual afirma exatamente o contrário. Note-se que a gravidade desse último ato é incrementada pelo fato de esta Corte já haver determinado ao [...] que evitasse a contratação direta, o que, em princípio, elidiria qualquer dúvida porventura existente sobre esse tema.

30. Constata-se nestes autos que os procuradores tiveram participação decisiva no processo que levou à contratação irregular da empresa [...] para rever e atualizar os projetos de engenharia e realizar os serviços de controle e supervisão das obras sob comento, haja vista que essa contratação foi realizada com espeque nos pareceres emitidos por esses advogados públicos. Essa constatação impede que os pareceres desses procuradores sejam considerados meramente opinativos e confirma a responsabilidade desses agentes públicos, pois comprovam a existência do nexo causal existente entre a emissão desses pareceres e a prática dos atos irregulares condenados por esta Corte.

31. Firmada a convicção de que os procuradores devem ser responsabilizados pela emissão de pareceres que fundamentaram a prática de atos irregulares, cabe, agora, delimitar os diversos graus dessa responsabilidade. Considero adequado o procedimento



adotado por este Plenário, que, ao prolatar o Acórdão vergastado, aquilataou esses graus a partir do nível hierárquico dos procuradores. Assim sendo, avalio não ser o caso de alterar o valor das multas imputadas aos recorrentes. [...]

Acórdão [...]

9.2. conhecer dos Pedidos de Reexame interpostos pelos srs. [...], com fundamento nos artigos 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei nº 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.3. alterar a redação do item 8.4 do Acórdão 190/2001 - Plenário, a qual passa a ser a seguinte:

‘aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92 ao sr. [...], ex-Diretor-Geral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); aos srs. [...], ex-Procurador-Geral, e [...], ex-Procurador-Geral, substituto, no valor individual de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e ao sr. [...], Procurador-Chefe do [...], no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais); (Acórdão nº 1.536/2004, Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Relator Min. Benjamin Zymler);

(b) “21. Com relação aos pareceres da Consultoria Jurídica, mesmo não concordando com a irresponsabilidade dos nobres causídicos, é forçoso citar precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar do MS 24.073-DF, da lavra do Ministro Carlos Velloso, manifestou entendimento que vai de encontro à pretensão do recorrente de responsabilizar a área jurídica solidariamente ou em substituição. Nessa assentada, o STF exarou entendimento de que os pareceres técnico-jurídicos não constituem atos decisórios.

22. Como se vê, a responsabilização de parecerista jurídico, por não ter natureza decisória, mas ser meramente opinativa, foi afastada pelo STF, embora tenha ocorrido em sede de mandado de segurança, o que faz com que se aplique apenas ao caso em um primeiro momento. A responsabilização só deve ocorrer quando o parecer contiver argumentos que sejam sabidamente contrários à lei e ficar evidente que o parecerista teve o objetivo de induzir o administrador ao erro, o que não ficou evidenciado no caso em estudo.

23. Ademais, se o recorrente considerar que o parecer lhe causou danos materiais e morais, ou que tenha havido má-fé do parecerista,

deverá procurar a reparação pela via judicial, e não a diminuição ou exclusão da multa perante o TCU.” (Acórdão nº 2.068/2005, Segunda Câmara. Processo nº 010.396/2003-6, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

## 10 RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado o tema da responsabilidade da assessoria jurídica nos processos de contratação. Por algum tempo, a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 24.073-3 DF foi o “*leading case*”. Teve origem em decisão do Tribunal de Contas da União, que, no exercício do controle externo, apontou ilegalidade na contratação direta, pela Petrobras, de empresa de consultoria, daí a responsabilidade pessoal e solidária de diretores e advogados da estatal, cujos pareceres ensejaram a contratação.

Os impetrantes sustentaram a inconstitucionalidade do controle pelo TCU, sob o argumento de não terem atuado como administradores, mas, tão-somente, como pareceristas. De acordo com os impetrantes, a responsabilização violou a isenção técnica da atuação profissional dos advogados, além do que as orientações jurídicas relativas à contratação direta foram elaboradas de acordo com as informações recebidas das diversas unidades técnicas da Petrobras.

A Corte de Contas Federal, em defesa de seu ato, ponderou que ditos pareceres “*constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões dos ordenadores de despesas*”. A essência da responsabilização estaria na conduta dos advogados em não averiguar com o devido rigor as situações concretas postas à análise, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, bem como a inobservância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei nº 8.666/93.

O STF, pelo voto condutor do relator, adotado à unanimidade, firmou o entendimento de que pareceres não são atos administrativos, mas “*opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica*”. O ato administrativo seria o que lhe seguiria, não a opinião jurídica em si. Eis excerto do julgado: “*Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto[...]*” “*Ora, o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de*

*lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito, é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.*” Ainda de acordo com o relator, a sede própria para eventual responsabilização dos advogados seria a OAB, não os Tribunais de Contas.

A culpa, em sentido largo, e o erro grave inescusável não foram objeto da decisão proferida pelo TCU. Tratava-se, apenas, de discordância quanto à melhor interpretação jurídica, inexistindo qualquer ilícito na atuação dos advogados. Os demais ministros, em seus votos, acrescentaram observações importantes, merecendo destaque: (a) de acordo com Gilmar Mendes, tratava-se de um desses casos emblemáticos em que se pretende rever discussões jurídicas com base na opinião do Tribunal de Contas ou de um único membro do Ministério Público; (b) para Nelson Jobim, o caso mostrava o “*exagero da visão, quase de pensamento único, pretendida pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas.*” Divergir do TCU, segundo o ministro, significava ter responsabilidades (ou ter que responder por alguma imputação delas), inclusive em questões jurídicas; (c) o ministro Sepúlveda Pertence assentou que, caso houvesse a responsabilização dos advogados pareceristas, o próprio Ministério Público, que também emite pareceres, acabaria por pagar “*por todas as culpas que tem e não tem.*”

Veja-se a ementa da decisão preferida no MS nº 24.073-3 DF :

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave,

inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido.

No Mandado de Segurança nº 24.584-1 DF, a situação fática posta à apreciação do STF também envolveu o TCU, que, no exercício do controle externo, analisou a regularidade dos custos da prestação dos serviços da Dataprev ao INSS, e a juridicidade de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD. A Corte de Contas pretendia chamar todos os procuradores que atuaram administrativamente junto à formalização e execução do convênio para que, sob pena de multa, apresentassem justificativas para seus atos de aprovação do ajuste. Os impetrantes arguíram a liberdade profissional, a natureza da atuação dos advogados, que não são administradores, a impossibilidade de os procuradores conhecerem todos os pormenores técnicos da avença. Por esses fundamentos pediam ordem obstativa de sequer serem ouvidos pelo TCU.

O relator, Ministro Marco Aurélio (vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia), distinguiu sua posição no caso anterior, em que votara pela concessão da segurança, e neste. Esclareceu que o caso da Petrobras (MS nº 24.073-3 DF) se ocupava de simples parecer opinativo, enquanto que, o segundo caso tratava de *aprovação* de minuta de convênio e aditivos pela assessoria jurídica, exigida pelo art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Enfatizou que “*o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública*”. Votou pelo reconhecimento da obrigação de os impetrantes apresentarem explicações ao TCU e, se fosse o caso, acionarem o Judiciário para afastar glosas que fossem impostas de modo inadequado. O ministro Joaquim Barbosa, após argumentar que a questão não se resolvia na mera afirmação da irresponsabilidade opinativa dos advogados públicos, apresentou lição do administrativista francês René Chapus, que classifica os pareceres jurídicos em três espécies: os *facultativos*, nos quais a prolação da opinião é facultativa e o administrador a ela não se vincula; os *obrigatórios*, quando a manifestação é imperativa e, caso dela discorde, a autoridade deve submeter novo ato a análise; e os *vinculantes*, quando, ou a autoridade age conforme o parecer ou, simplesmente, não age. O parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio – com as ressalvas do dolo e da culpa –, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres emitidos

com base no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Em tempos de *accountability* republicana, todas as autoridades públicas, incluindo os advogados públicos, devem contas de seus atos, razão pela qual denegou a segurança.

Seguiu-se discussão sobre a qualificação da causa – cuidar-se-ia de uma pretensão de insubmissão total ao TCU, à simples conta de se ser advogado público, ou de exigência de que os advogados fossem à Corte de Contas para explicar fatos alheios à sua atuação profissional? O ministro Gilmar Mendes, terceiro a votar, abriu a divergência ao considerar a imputação imprópria porque não haveria má elaboração de pareceres ou qualquer responsabilidade de advogado por prestação de contas de convênio; citando o precedente do MS n.º 24.073.3-DF, concedeu a ordem.

O Ministro Carlos Ayres concordou com o relator e votou pela denegação da segurança, sob o argumento de que o Tribunal de Contas não acusava, apenas demandava explicações. O Ministro Eros Grau defendeu que a regra da lei de licitações seria análoga à das contratações privadas – o advogado seria, tão-somente, um fiscal da forma. Acompanhou, então, a dissidência aberta por Gilmar Mendes, concedendo a segurança. O Ministro Cezar Peluso discordou do pressuposto de fato adotado pelo Ministro Gilmar Mendes – a correção das manifestações jurídicas –, apontando uma série de aspectos da imputação do TCU à qual a inicial do mandado de segurança sequer fazia menção (a verdadeira acusação seria a de que os agentes administrativos haveriam faltado a seu dever específico de servidores incumbidos da consultoria jurídica). Seria recomendável, destarte, diante da inexistência de imunidade absoluta de quem quer que fosse, que o Tribunal de Contas da União chamasse os procuradores para explicações; e denegou a segurança. O Ministro Ricardo Lewandowski, acreditando que os advogados públicos, assim como os magistrados, não são, em regra, responsáveis por suas opiniões, *salvo casos de erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa* – o que parecia ser a hipótese –, também denegou a segurança. A Ministra Cármen Lúcia, discordando da maioria e acompanhando Eros Grau e Gilmar Mendes, acrescentou não acreditar na irresponsabilidade absoluta dos advogados, e que, neste caso, os impetrantes poderiam ser ouvidos pelo TCU, ainda que tecnicamente não na qualidade de responsáveis, já que parecer não configuraria ato administrativo. A Ministra Ellen Gracie acompanhou o relator e denegou a segurança. O Supremo, portanto, denegou a segurança por maioria, entendendo que

os procuradores federais poderiam, sim, ser chamados pelo TCU para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, mas abriu espaço para questionamentos judiciais na eventualidade de, após colher as explicações, a Corte de Contas formalizar imputações em desfavor dos advogados públicos.

Outro precedente do STF sobre a responsabilidade do parecerista jurídico ocorreu no Mandado de Segurança n.º 24.631-6-DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Versava sobre imputação do TCU contra procurador autárquico do DNER, que proferiu parecer admitindo a celebração de acordo judicial para pagamento de dívida da autarquia. O valor foi pago por acordo extrajudicial, depois de haver sido emitido precatório. O TCU alegava quebra na ordem cronológica do precatório e violação à legalidade, impessoalidade, razoabilidade, indisponibilidade dos bens públicos, moralidade e isonomia. O procurador impetrante sustentou a extrapolação das atribuições do TCU e o malferimento a dispositivos constitucionais e legais relacionados à advocacia pública.

O ministro relator, depois de, mais uma vez, ressaltar que não partilhava da ideia de irresponsabilidade absoluta dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, nem nesse sentido se podia interpretar a jurisprudência do STF, voltou a discorrer sobre os parâmetros ideais para a responsabilização dos pareceristas públicos. Trazendo novamente a tripartição doutrinária de René Chapus – pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes –, indicou sua proposta dos dois parâmetros de responsabilização: quando a lei silencia, o parecer é facultativo e não há, com a ressalva do dolo ou do erro inescusável, responsabilidade; quando a lei vincula a atuação administrativa à manifestação jurídica, há compartilhamento de responsabilidades entre administrador e parecerista, e, desse modo, “*o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.*” O ministro Joaquim Barbosa concluiu que, no caso *sub judice*, o parecer era facultativo e mais: que a imputação de responsabilidade do TCU ao parecerista era arbitrária, pois este havia opinado a favor de transação judicial, e o acordo supostamente lesivo se fez em sede extrajudicial. O TCU pretendia responsabilizar quem “potencialmente” tinha dado ensejo à irregularidade, mesmo quando inexistissem provas ou indícios da participação do procurador. Todos os demais ministros concordaram com o relator, mas houve divergência em relação à correta configuração da ideia de “parecer obrigatório” (ou “vinculante”), pois, para Carlos Britto e Marco Aurélio, a atuação do advogado no processo administrativo não o transformaria, obrigatoriamente, em administrador

em sentido técnico (Marco Aurélio assentou: “*Senhor presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer*”).

Dos julgados acima sumariados (MS nº 24.073-3/DF, MS nº 24.584-1/DF e MS nº 24.631-6/DF), extrai-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a assessoria jurídica:

- (i) não é absolutamente irresponsável no exercício da função consultiva, pois tal exclusão não se coaduna com o estado democrático de direito;
- (ii) pode ser chamada a apresentar explicações aos Tribunais de Contas;
- (iii) os profissionais que a integram podem ser pessoalmente responsabilizados se, na emissão de opinião a respeito da licitação ou da contratação administrativa, agirem com dolo ou má-fé (é o mais óbvio e ao mesmo tempo o mais difícil de ser caracterizado, exigindo prova idônea) ou cometerem erro evidente e inescusável (cujo parâmetro seria o conhecimento que se pode exigir da formação do advogado público, nomeado após aprovação em concurso público).

A interpretação do que seja conduta dolosa ou erro evidente e inescusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, em vista de que a heterogeneidade de ideias é valor constitucional (CR/88, art. 1º, V).

## **11 RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

A responsabilidade da assessoria jurídica também visita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7165 – RO, tendo como relator o Ministro Anselmo Santiago, uma procuradora do estado de Rondônia havia sido denunciada pelo Ministério Público como incurso no art. 89 da Lei nº 8.666/93, por emitir parecer conclusivo sobre a possibilidade de determinada contratação direta, ou seja, sem licitação. O relator entendeu que a denúncia era despropositada, abusiva até, discorrendo:

Não é plausível a *persecutio criminis* contra quem que, simplesmente, no pleno exercício de suas funções, emite opinião sobre matéria teórica, referendada por sua chefia, pouco importando que espertalhões venham a usar seu trabalho para, em etapa posterior, se locupletarem às custas do erário público. Nem por estar jungido ao Estado, o advogado perde a sua independência técnica, ficando amarrado à opinião oficial, como nos estados totalitários. Processar um profissional por externar, livremente, sua opinião é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o art. 18 do Estatuto dos Advogados, aplicável ao caso, a relação de emprego não retira do advogado (mesmo que do Estado, me permito acrescentar), a sua isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional.

Com uma única divergência, todos os demais ministros acompanharam o relator, dando provimento ao recurso, assim ementado o julgamento:

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 AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE. 2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE.

No Habeas Corpus nº 78.553/SP, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura,), atribuía-se à paciente a prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, que, na qualidade de procuradora, emitira pareceres jurídicos para considerar lícitos aditamentos contratuais tidos como ilegais pelo Ministério Público. Pesava contra a procuradora a colaboração efetiva e relevante em suposto esquema, engendrado para fraudar os procedimentos licitatórios realizados em determinada prefeitura municipal. O tema central referia-se à afirmação, por parte da impetrante, de que a manifestação jurídica produzida pela



paciente revestia-se de legalidade, no estrito cumprimento de dever profissional. A Turma conheceu, em parte, da impetração, mas, nessa parte, denegou a ordem, assim ementado o aresto:

HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO. Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa, voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado, esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei. Ademais, a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir. Ordem denegada, cassada a liminar.

## 12 CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade do advogado público, quando expede pareceres e orientações jurídicas nos processos das licitações e contratações administrativas, conhece divergências na doutrina e na jurisprudência dos tribunais judiciais e de controle externo, cuja origem comum reside na própria natureza da atividade desse profissional do direito, que não é a de decidir, mas a de instruir e opinar.

No Supremo Tribunal Federal, à vista de julgamentos proferidos em três mandados de segurança de recente apreciação pela Corte Constitucional (MS nº 24.073-3/DF, MS nº 24.584-1/DF e MS nº 24.631-6/DF), é possível sintetizar, como posição majoritária, a de que a assessoria jurídica:

- (i) não é absolutamente irresponsável no exercício da função consultiva, pois tal exclusão não se coaduna com o estado democrático de direito;
- (ii) pode ser chamada a apresentar explicações aos Tribunais de Contas;

- (iii) os profissionais que a integram podem ser pessoalmente responsabilizados se, na emissão de opinião a respeito da licitação ou da contratação administrativa, agirem com dolo ou má-fé ou cometerem erro evidente e inescusável.

No Superior Tribunal de Justiça, que o art. 105, III, da CR/88 incumbe de uniformizar a interpretação do direito federal, a síntese, que se extrai de recentes julgados (HC nº 7.165/ RO e HC nº 78.553/ SP), é a de que a imunidade do advogado no exercício da profissão “não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa, voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado, esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei”.

No Tribunal de Contas da União, tem prevalecido o entendimento de que a responsabilidade do autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em, pelo menos, duas esferas distintas.

Na primeira, cuida-se da responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, cabendo ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.906/1994, decidir sobre a aplicação de eventuais sanções disciplinares, nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia. Essa apuração não exclui o exercício da jurisdição comum, que ficará a cargo das autoridades judiciais competentes, atentas ao disposto nos incisos IV e XIV do art. 34 do Estatuto da Advocacia, para os quais advogar contra literal disposição de lei e deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado constituem infrações disciplinares.

Na segunda esfera, cuida-se da eventual responsabilidade imputada ao autor de parecer jurídico que esteja relacionada com a regularidade da gestão pública. Em conformidade com o disposto na Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), a apuração dessa responsabilidade competirá ao Tribunal de Contas da União, cuja atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades federais. O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas,

fundamenta e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido no âmbito de verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Conclui-se que 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 ele se encontra excluído do rol de agentes que estão sob a disciplina da Corte de Controle.

O anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal e entes de colaboração, elaborado por comissão de juristas composta pelo governo federal e concluído em 2009, dedica o seu art. 54 à questão da responsabilidade dos órgãos de consultoria jurídica da administração, estabelecendo que, “independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais. § 1º - Os agentes dos órgãos a que se refere o *caput* deste artigo não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão. § 2º - Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de supervisão e controle, inclusive judicial.” (*Nova Organização Administrativa Brasileira*, coord. Modesto, Paulo. Ed. Fórum, p. 336).

