



A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO EM PARECERES JURÍDICOS DE LICITAÇÕES

LIMA, Fabrício Marcelino de ¹
SILVA, Marcella Cristina Brazão ²

RESUMO:

O presente trabalho busca discutir a responsabilidade do advogado na emissão de pareceres jurídicos de licitações Públicas. Para tanto, trouxemos inicialmente uma busca do contexto histórico com a origem das licitações e evolução legislativa sobre o tema no Brasil. No que tange a fundamentação teórica elencamos qual a natureza do parecer jurídico, ou seja, trata-se de ato da administração ou Ato Administrativo. Em sendo Ato administrativo qual a espécie do parecer: facultativo, obrigatório ou vinculante. Buscamos analisar, a luz da doutrina clássica, o entendimento sobre a responsabilidade civil do advogado em sua atuação. De modo a especificar a problemática do trabalho discutimos o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a responsabilização dos pareceristas. Por fim, trouxemos os aspectos mais importantes acerca da formalidade dos pareceres.

PALAVRAS-CHAVE: parecer, Ato administrativo, responsabilidade.

LAWYERS 'LIABILITY IN LEGAL OPINIONS OF BIDDING

ABSTRACT:

The present study strives to discuss the responsibility of the lawyer in issuing legal opinions in public bids. Therefore, we initially brought a search of the historical context with the origin of the bids and legislative evolution on the subject in Brazil. Regarding the theoretical foundation are indicate the nature of the legal opinion, in other words, that is, it is an act of administration or Administrative Act. If it is administrative act, the nature of the legal opinion will be: optional, mandatory or binding. It was sought to analyze, in the light of classical doctrine, the understanding of the civil liability of the lawyer in his work. In order to specify the problematic of the work are discussed the doctrinal and jurisprudential understanding on the accountability of the referees. Finally, are brought the most important aspects of the formality of opinions.

KEYWORDS: opinions, administrative act, responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A origem do procedimento licitatório, segundo Ribeiro (2007), teve início na Europa Medieval. Assim, nos mesmos moldes da atualidade o objetivo do procedimento licitatório era a aquisição de bens e serviços para a Administração Pública.

Nas palavras do referido autor uma das curiosidades do procedimento estava no denominado sistema “Vela e Pregão”. Antes do procedimento propriamente dito existia uma fase prévia em que o

¹Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz, servidor público estadual, fabriciocvelima@gmail.com.

²Docente, especialista em Direito Administrativo, do Centro Universitário Assis Gurgacz, marcellabrazzaosilva@hotmail.com

processo tornava-se público com o aviso, por meio do instrumento convocatório contendo data, local e horário do que se queria adquirir. Então um representante do Estado juntamente com os interessados comparecia conforme o previsto no aviso e tinha início o sistema de “Vela e Pregão”.

Por costume acendia-se uma vela, sendo que enquanto essa estivesse acesa os participantes poderiam oferecer lances, assim como na modalidade licitatória de pregão que conhecemos na atualidade, podendo os lances ser oferecidos até que a vela se apagasse. Portanto, teria a adjudicação do objeto pretendido o interessado que oferecesse o menor lance até que a vela se apagasse (RIBEIRO, 2007).

Com a evolução da Administração Pública, no Século XX, surge o conceito de Administração Pública Burocrática. Fazendo jus ao termo burocracia é implementado o controle administrativo por meio de leis, decretos, portarias, a fim de se combater a corrupção e o efetivo controle de legalidade dos atos administrativos (RIBEIRO, 2007)

No entanto, cientes de que o sistema burocrático engessava, em demasia, os procedimentos internos surge para o Poder Público o conceito de Administração gerencial, com o objetivo de simplificar e intrinsecamente tornar os atos de governo mais eficientes (RIBEIRO, 2007).

Nesse sentido, a evolução histórica e legislativa do procedimento licitatório no Brasil passou por profundas transformações. Tem-se notícia de que uma das primeiras legislações sobre o assunto remete ao Decreto Nº 2.926 de 14 de maio de 1862. Em síntese este trazia regras sobre as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da agricultura, Comércio, e Obras Públicas, como por exemplo, a necessidade de se apresentar atestados sobre a capacidade de fornecer o serviço, fiança de 20% sobre os orçamentos das obras e não sub-rogação do objeto.

Posteriormente entrou em vigor o Decreto-Lei nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que organizava o código de contabilidade da união, mas que também previam algumas regulamentações do procedimento licitatório, como por exemplo, os valores para que se deveriam emanar contratos administrativos na concorrência pública, necessidade de se publicar a concorrência no Diário Oficial ou jornais oficiais do Estado, bem como as hipóteses em que seria dispensável a concorrência Pública.

Na reforma da Organização Administrativa Federal, por meio do Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu título XII, a administração Federal disciplinou o procedimento de dispensa, modalidades, requisitos do edital, requisitos de habilitação, em especial a nomenclatura, inédita, sobre o Princípio da Licitação, disposto em seu artigo 126.

No entanto, a matéria do Decreto-Lei Nº 200/67 obrigava somente a União a respeitar os ditames legais, sendo os estados federados e municípios livres para legislar sobre o assunto. Então de

modo a disciplinar os procedimentos surgiu a Lei nº 5.456 de junho de 1968, dispondo que aos estados e municípios também se aplicaria o conteúdo elencado entre os artigos 125 a 144 do Decreto Federal nº 200/67 para compras, obras, serviços e alienações.

Em 1986 houve efetivamente o marco para a legislação de Direito Administrativo em sede de Licitações Públicas. Por meio do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, o legislador disciplinou o procedimento, trazendo efetivamente os princípios licitatórios, entre os artigos 1º ao 4º; definição técnica do que seriam obras, compras, execução indireta, entre outros.

Com o advento da nova Constituição Federal, em 1988, o tema licitações foi tratado especificamente no corpo da Constituição. Por meio do artigo 22, o legislador elegeu o tema como privativo da união, em relação a elaboração de normas gerais sobre licitações públicas.

No artigo 37, inciso XXI, da Constituição, houve a obrigatoriedade de a Administração Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios quando necessitasse de obras, serviços, compras e alienações adotar o procedimento licitatório, sendo este posteriormente regulado por lei específica.

Por conseguinte, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, baseada no Decreto-Lei nº 2.300/1986 é hoje a lei específica e alicerce fundamental infraconstitucional das Licitações Públicas. No entanto, aduz-se que a norma burocratizou ainda mais o procedimento, já que anteriormente o tema era regulamentado por somente 90 artigos, sendo atualmente regulamentado por 126, e outras leis esparsas como a lei nº 10.520/2002 que trata especificamente sobre o Pregão.

Dessa forma, considerando as diversas alterações sobre o tema, o vultoso aumento dos processos licitatórios, bem como o combate à corrupção, entre outros aspectos, faz-se necessário que o processo seja submetido a uma análise técnica, principalmente em relação ao procedimento interno da licitação, como por exemplo: as minutas do edital convocatório, especificação do objeto, adequação da despesa à lei orçamentária. Aspectos que buscam avaliar o cumprimento dos requisitos legais para a regularidade do ato, como adequação da modalidade em relação ao valor (concorrência, convite, tomada de preços), justificativa da despesa e autorização da autoridade competente, de forma que o profissional efetivamente habilitado para essa análise não seria outro, senão o advogado ou procurador jurídico.

Nesse sentido, a manifestação desse profissional se dá por meio de um parecer jurídico. Peça que traz um panorama objetivo sobre o cumprimento dos requisitos elencados pela doutrina, legislação e jurisprudência administrativa, de modo que ao final do procedimento, em sede de parecer jurídico o advogado tece considerações sobre a regularidade ou não do feito (CARVALHO, 2016).

Assim, o referido trabalho, inserido nas ciências do Direito Administrativo e do Direito Civil, busca analisar a responsabilidade do advogado ou procurador jurídico quanto à emissão do parecer jurídico de Licitações Públicas.

De acordo com o artigo 38, inciso VI, da lei 8.666/93, para que o procedimento interno das licitações esteja devidamente regular deve; necessariamente, ser submetido a pareceres técnicos ou jurídicos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade.

Nas hipóteses licitatórias de, posteriormente, existir pronunciamento do Poder judiciário julgando que o processo estava eivado de vícios qual será o alcance da responsabilidade do parecerista que se manifestou pela regularidade do procedimento.

Em outro viés, buscou-se discutir a natureza jurídica do parecer, qual seja: ato administrativo ou ato da administração. Sendo considerado Ato Administrativo qual será a sua classificação, espécies e formalidades do parecer jurídico, a fim de que em sua peça jurídica o profissional esteja amparado, minimamente, pelo entendimento majoritário afastando vícios de má interpretação da técnica jurídica ou ainda erros grosseiros que poderiam caracterizar dolo ou má-fé profissional.

Considerando a grande quantidade de concursos para provimento de cargos efetivos de advogados e/ou procuradores jurídicos, notoriamente que uma das principais atribuições desempenhadas é a emissão de pareceres administrativos, em especial peças jurídicas sobre a regularidade das licitações, denota-se a importância sobre o estudo do tema.

No que tange ao objetivo específico, buscou-se apreciar o trabalho do parecerista jurídico quanto às licitações públicas, de forma a expressar qual deve ser o alcance desse parecer, a fim de se evitar uma futura responsabilização caso, em momento futuro, seja identificado vícios nas etapas antecedentes, e que por passarem despercebidos, quando da análise técnica, poderão causar a responsabilização do profissional.

2 REFERENCIAL TEÓRICO/DESENVOLVIMENTO

2.1 DA NATUREZA DO PARECER JURÍDICO

Considerando que o parecer jurídico é um ato emanado na constância da atividade administrativa, tem-se que este é um ato da administração (DI PIETRO, 2014). Sendo assim, cumpre analisar as classificações e espécies desses atos, conforme entendimento dos autores abaixo.

Segundo Carvalho (2016) o ato da Administração é gênero do qual faz parte, como espécie, o Ato Administrativo. A diferenciação está no fato de que o Ato Administrativo em si,

necessariamente, manifesta uma vontade unilateral aos seus administrados, já os atos da administração, gênero, são explicitados por uma variedade de atos, quais sejam: Atos políticos ou de governo, que na prática não poderiam ser classificados nem se quer como ato de administração, visto que são exercidos pelo próprio Estado no exercício de sua função Pública; Atos Privados: denotando atos em que a administração pública está no mesmo patamar que o particular, não preponderando as prerrogativas inerentes a Administração Pública, como por exemplo, atividades econômicas por empresas públicas; Atos materiais: são atos de mera execução, corriqueiros da atividade administrativa, não manifestando a imposição de uma vontade pelo agente, mas sim o mero cumprimento de ordens emanadas pela autoridade pública.

Corroborando com a ideia do autor supramencionado, o artigo de Fernandes (2015) pondera que os atos da administração são todos os atos exarados da Administração Pública, sejam eles com declarações unilaterais com prerrogativa de direito Público, ou não dotados dessa prerrogativa, como por exemplo, atos privativos, atos políticos ou atos de mera execução. Assim, ratifica-se a ideia de que o ato da Administração é gênero do qual faz parte como espécie o Ato Administrativo.

O artigo dos autores Cristóvam e Michels (2012), discute acerca da divergência doutrinária sobre a natureza do parecer jurídico, visto que uma parte da doutrina não o considera se quer como ato administrativo, pois “os atos de opinião, juízo e conhecimento emitidos pelos agentes públicos, representantes da Administração Pública, não são considerados atos administrativos”, já que para aqueles que defendem essa tese são atos administrativos apenas os atos que exteriorizam a vontade dos administradores, não estando incluído, por consequência atos de mera opinião e conhecimento.

No mesmo sentido assevera Torres (2010, p. 146) que sendo o parecer jurídico um ato opinativo a “manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo, apenas, ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado”.

Não obstante, doutrinadores, como por exemplo, Di Pietro, Gasparine, Carvalho e Mello, conceituam o ato administrativo como declarações do Estado, estando contido nesses os atos de juízo, de conhecimento e de opinião, incluindo os pareceres opinativos, em especial o parecer jurídico de licitação, como atos administrativos.

Dessa forma, a luz de que o parecer jurídico, em sede da administração pública, é um ato unilateral com considerações acerca de um assunto, vislumbra-se que se trata de ato administrativo. Por conseguinte, urge, após a conceituação técnica, analisar as principais espécies dos atos administrativos.

O Ato administrativo nas palavras dos professores Justen Filho (2010) e Moreira Neto (2014) é um mandamento unilateral de vontade emitido pela Administração pública, tendo por objetivo a constituição, declaração, alteração, desconstituição ou confirmação de relações jurídicas, entre essa própria administração e demais partes que participaram da relação proposta.

No mesmo sentido explicam Stacolino e Trindade (2016) que como não há um regramento específico definindo o ato administrativo, cabe à doutrina e a jurisprudência buscar o seu conceito, atributos, classificações e espécies, ou seja, não há nas diversas leis esparsas de Direito administrativo um conceito do que seja Ato administrativo, devendo a sua conceituação, classificação e demais atributos serem desenvolvidos pela doutrina administrativa.

Assim, Ato Administrativo é também uma declaração unilateral da vontade do Estado, porém em um nível abaixo da lei. Por meio desses atos a administração tem por objetivo buscar a satisfação do seu interesse público, de forma a criar, restringir, ou extinguir direitos. E ainda que se valendo da prerrogativa de que o interesse Público prevalece sobre o privado, ou seja, no conflito entre um direito particular e o interesse Público, deve prevalecer o direito que satisfaz o interesse público, esse ato administrativo não estará alheio ao controle judicial, no que tange a busca do interesse público efetivo (JUSTEN FILHO, 2010).

Ensina Carvalho (2016) que entre as principais espécies de atos administrativos estão os atos normativos, quais sejam, “atos gerais e abstratos que geram obrigações a uma quantidade indeterminada de pessoas, dentro dos limites da lei”. São atos que procuram balizar a fiel execução da lei, procuram interpretar e ratificar o sentido e alcance que o legislador quis com a edição da norma, de forma a padronizar o entendimento e aplicação desta no serviço público, como por exemplo, regulamentos e instruções normativas. Também há os atos ordinatórios, que por sua vez “organizam a prestação do serviço, por meio de normas que se aplicam internamente nos órgãos pertencentes à estrutura administrativa, ensejando a manifestação do Poder Hierárquico, não atingindo terceiros”. Atos ordinatórios são aqueles que repercutem seus efeitos somente no âmbito interno da administração pública, como por exemplo, portarias de designação de função gratificada, despachos e ordens de serviços.

Continua o autor com a espécie dos atos negociais que são aqueles que o Estado manifesta uma vontade coincidente com a vontade do particular, não se trata de contrato administrativo, visto que não há uma negociação entre as partes, Estado Versus particular, mas sim de uma manifestação unilateral do Estado em deferir o pedido proposto, como por exemplo, autorizações, licenças e homologações.

Por fim, Carvalho (2016) traz a espécie de ato enunciativo, que “são os atos administrativos que estabelecem opiniões e conclusões do ente estatal”, como por exemplo, atestado de fatos ocorridos na esfera administrativa, certidões e pareceres.

Em outro viés, Celso Antonio Bandeira de Mello (2013) classifica os Atos Administrativos, quanto à natureza da atividade em: atos de administração ativa “os que visam a criar, produzir, uma utilidade pública, constituindo situações jurídicas”, como por exemplo, autorizações, licenças e nomeações. Diz ainda que os atos de administração consultiva “visam informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa” como, por exemplo, pareceres e informes.

Aduz Mello (2013) que atos de administração controladora ou atos de controle são aqueles “que visam a impedir ou permitir a produção ou a eficácia de atos de administração ativa mediante exame prévio ou posterior da conveniência ou legalidade deles”, como por exemplo, aprovações prévias e homologações. Atos de administração verificadora “os que visam a apurar ou documentar a preexistência de uma situação de fato ou de direito”. Dessa forma, traz o autor o exemplo dos chamados atos de ‘acertamento’ na Itália em que há um exame para apurar se um funcionário está ou não doente para obter licença, ou se um candidato a motorista sabe ou não a ler e a escrever para obter a carteira de habilitação.

Ao final Mello (2013), classifica os atos de administração contenciosa que são aqueles “que visam a julgar, em procedimento contraditório, certas situações. Exemplo: o julgamento de funcionários em ‘processos administrativos’, decisões do Conselho de Contribuintes etc. são atos administrativos porque não tem força de coisa julgada. Podem ser revistos pelo judiciário”.

Pelo exposto, nas palavras de Mello (2013) a natureza jurídica dos pareceres é consultiva, pois tem o objetivo de informar e orientar providências administrativas, que servirão de fundamentos a futuros atos administrativos. No mesmo sentido, ainda que com nomenclatura diferente Carvalho (2016) aduz que a natureza jurídica do parecer é enunciativo, já que exprime a opinião administrativa.

2.2 DAS ESPÉCIES DE PARECER JURÍDICO

O parecer jurídico, em apertada síntese, é uma peça técnica em que se constrói uma tese sobre o assunto solicitado, como por exemplo, em relação à validade de uma norma ou a regularidade de algum ato administrativo. Essa peça terá por fundamentação a legislação vigente, o entendimento doutrinário e jurisprudência atual, de modo a aclarar aquele que solicitou a opinião jurídica.

Buscando aprofundar o entendimento sobre pareceres, conceitua Mello (2013, p. 434) que o “parecer é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido”. Para Carvalho (2016, p. 281) parecer é “ato administrativo por meio do qual se emite opinião de órgão consultivo do Poder Público, sobre assunto de sua competência, sejam assuntos técnicos ou de natureza jurídica, concluindo pela atuação de determinada forma pelo órgão consulente”.

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2011, p. 119) aduz que “os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação”.

Moreira Neto (2014) conceitua parecer como ato que contém opiniões de órgãos técnicos a respeito de problemas e dúvidas que lhe são submetidas, e na continuidade de sua definição, diferentemente dos outros doutrinadores, pondera que os pareceres irão vincular a Administração quanto à matéria técnica neles contida, sempre que a lei não dispôr de modo diverso.

Na doutrina muito se discute acerca das espécies do parecer jurídico. A depender de qual a classificação tomada no caso concreto, o seu conteúdo pode ser meramente facultativo, vinculante ou normativo.

Assim, superado o conceito do que seja parecer jurídico passamos a análise das espécies dos principais pareceres jurídicos elencados pela doutrina.

Na visão de Carvalho (2016) o parecer tem caráter facultativo ou obrigatório. Será este facultativo nas situações em que a lei não traz a obrigatoriedade de sua emissão para a regularidade do ato administrativo que se quer. Carvalho Filho (2011) dispõe que o parecer será facultativo quando a administração não tem a obrigatoriedade de formalizá-lo para a regularidade do ato. Nas lições da Di Pietro (2014) o parecer será facultativo quando a administração o solicita por mera discricionariedade, sendo esse não vinculante para aquele que o solicitou.

De outro modo, será o parecer obrigatório quando a lei expressamente o exigir, sendo que a sua obrigatoriedade não se confunde como ato vinculativo, já que a essência do parecer em si é de um ato opinativo, e a obrigação de produzi-lo está no mérito da regularidade do procedimento que se quer produzir, em situações que a sua ausência acarretaria a nulidade do ato por vício de forma (CARVALHO, 2016). Para Carvalho Filho (2011) é obrigatório quando é produzido por solicitação de algum órgão da administração, como consequência de disposição legal acerca da regularidade do ato será o parecer obrigatório. Nas lições da Di Pietro (2014) o parecer é obrigatório quando a lei expressamente o exigir como pressuposto para regularidade do ato final. “a obrigatoriedade diz

respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante)”. Assim a autora traz o exemplo de uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora não haja obrigatoriedade de ser emitido sob pena de ilegalidade, a peça parecerista não perdera o seu caráter de mera opinião, no entanto a autoridade que decidir não acolher o conteúdo opinativo deverá motivar o porquê do não acatamento da opinião exposta.

Ainda sobre Di Pietro, o parecer será vinculante nas hipóteses em que a administração é obrigada a solicitar e ainda acatar a conclusão emanada na peça parecerista. Nesse sentido, exemplifica a autora os casos em que para conceder a aposentadoria por invalidez a administração está obrigada a ouvir o médico perito oficial e não pode dar decisão diversa ao emanado no parecer pericial.

2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

A fim de melhor buscar fundamentos acerca da responsabilidade do parecerista, nos socorremos neste tópico ao entendimento doutrinário sobre a responsabilidade civil do advogado, de modo a consolidar alguns conceitos e requisitos necessários à responsabilização do profissional advogado.

Segundo Simim (2009) a responsabilidade civil denota uma espécie do gênero responsabilidade. Essa pode ser aplicada em qualquer área do direito, no entanto, há que se diferenciar responsabilidade e obrigação, pois a responsabilidade é um dever jurídico originário e a obrigação um dever jurídico sucessivo decorrente da não observância do primeiro, qual seja, dever jurídico originário, nascendo assim o dever de indenizar.

Para Tartuce (2014) a responsabilidade civil é aquela decorrente do descumprimento de uma obrigação, ou ainda o fato de uma determinada pessoa deixar de observar preceito normativo/técnico que necessariamente se esperaria do agente. Caracterizando então a responsabilidade civil contratual.

Ensina Assis Neto (2017) que para a caracterização da responsabilidade civil contratual são necessários à demonstração do ato danoso, prejuízo e nexo de causalidade. O ato danoso em sentido amplo traz a ideia de dolo ou culpa, que por sua vez deve evidenciar a manifestação de uma ação humana com a intenção de causar um prejuízo, caracterizando o dolo, ou então pela inobservância dos cuidados necessários a fim de se evitar o resultado culposos.



No que concerne ao prejuízo, dispõe Assis Neto (2017), que é essencial a presença deste para a caracterização da responsabilidade civil. De forma que não basta pura e simplesmente a demonstração de um prejuízo qualquer, há que evidenciar o nexo causal entre a conduta e o resultado elencando um prejuízo certo, pessoal, atual e direto.

Por dano certo, nas lições do autor supramencionado, tem-se aquele que traz uma quantidade definida ou determinável. Por dano atual, há duas espécies, quais sejam: dano emergente e lucro cessante.

O primeiro é aquele dano que traz para a parte o prejuízo imediatamente, devendo esse ser certo e mensurável. O segundo é aquele que também traz um prejuízo, no entanto, as consequências são descobertas ao longo do tempo, é aquilo que se deixou de ganhar pelo prejuízo causado pela parte contrária. Quanto ao dano pessoal, é aquele que incide diretamente sobre o patrimônio da pessoa. E por fim, o dano direto é aquele em que o prejuízo traz consequências imediatas do ato danoso praticado pelo ofensor (ASSIS NETO, 2017).

Quanto ao nexo de causalidade, pondera Assis Neto (2017) que é o liame entre o ato causador do dano e a sua consequência, sendo que sem aquele ato a consequência jamais ocorreria.

Não será, entretanto, qualquer erro que irá dar causa à responsabilidade civil do profissional proporcionando a respectiva ação de ressarcimento. A responsabilização somente será possível quando o erro for inescusável e patente. Assim, demonstrando a ignorância profunda é que terá fundamento que justifique o pedido de perdas e danos (GONÇALVES, 2012).

Ainda a luz do Estatuto da Advocacia e da OAB, lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, dispõe o artigo 32 que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. E por se tratar esse advogado de profissional liberal, dispõe o Código de Defesa do consumidor, em seu artigo 14, parágrafo 4º que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”, culpa essa no sentido amplo, qual seja, está inserida conforme entendimento da doutrina cível a modalidade de dolo e culpa no sentido estrito.

Nesse sentido Lôbo (2013) ensina que o advogado deve buscar a prudência em seu trabalho. Visto que incide em responsabilidade civil o advogado que, imprudentemente, não leva em conta as indicações do seu cliente, e quando diante de decisões que podem trazer grandes prejuízos, ou até mesmo sucumbência da ação, simplesmente tomam a decisão por si só, sem consultar o cliente, ou orientá-lo sobre os caminhos que essa ação poderá tomar.

No que tange a consultoria jurídica, a indicação insuficiente deve ser igualada à ausência de conselho, sendo também, imputável ao advogado a responsabilidade civil. “O parecer jurídico não é

apenas uma opinião, mas uma direção técnica a ser seguida, e, quando visivelmente colidente com a legislação, a doutrina ou a jurisprudência, acarreta danos ao cliente que o acompanha” (LÔBO, 2013, p.197-198).

Nas lições de Gonçalves (2012) a princípio as atividades do advogado, igualmente às do médico, são obrigações de meio, ou seja, não é necessário que o resultado da demanda seja efetivamente vitorioso, devendo; no entanto, aplicar em seu trabalho o que pela prática forense se esperaria minimamente de tal profissional. Não obstante, o mesmo profissional teria, em tese, uma obrigação de resultado em casos como a elaboração de um contrato ou minuta de uma escritura pública, ou ainda, o profissional que emite pareceres desatendendo os ensinamentos consolidados da doutrina, jurisprudência, ou da própria lei, induzindo o cliente a uma conduta desarrazoada, causando-lhe prejuízos.

Sobre o tema, responsabilização de advogados em pareceres de licitações, leciona Garcia (2016) que o alcance e sentido elencado pelo artigo 38, parágrafo único, da lei 8.666/93 denota somente a obrigatoriedade de que as minutas editalícias sejam submetidas ao parecerista sem, no entanto este parecer ter caráter vinculante. Haveria, somente, a possibilidade de responsabilização desse profissional na existência de erros grosseiros ou má-fé quando da análise do procedimento licitatório, haja vista que o autor tem posicionamento de que o parecer é meramente opinativo.

Como exemplo de erro grosseiro, em parecer jurídico de licitações, aquele que considerasse regular a modalidade de convite para obras e serviços de engenharia no valor de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), quando por expressa disposição legal do artigo 23, inciso I, alínea “a”, da Lei Nº 8.666/93 delimita como valor máximo para a modalidade de convite R\$150.000,00 (cinto e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia (REX Nº 1.391.789-PR)

Outro erro grosseiro seria a conclusão pela regularidade de aquisições de bens e/ou serviços comuns com verbas voluntárias da união por modalidade diversa do pregão eletrônico, contrariando o disposto no Decreto 5.504/2005 e Portaria Nº 217, publicada no diário Oficial da União em 01 de agosto de 2015.

Dos fundamentos supramencionados denota-se que a responsabilização do advogado se dará quando este atuar buscando fins fraudulentos, contrários ao direito, presente ainda o dolo ou culpa em causar danos a terceiros.

2.4 DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

Pelo exposto nos tópicos ulteriores é notório o tom dissonante entre alguns autores acerca da responsabilidade do parecerista. Dessa forma, cumpre trazer a baila, dentre a doutrina, o pensamento contrário e a favor da responsabilização pelo conteúdo emanado. Haja vista que para alguns tem o parecer, caráter meramente opinativo e para outros, caráter evidentemente vinculante.

Argumenta Carvalho (2016) que o parecer mesmo obrigatório, salvo exceções, não tem natureza vinculante, pois emana somente opinião técnica sobre determinado assunto. O raciocínio do autor é de que o parecer contrário ao favorável ao feito não obriga a autoridade que possui a prerrogativa de decisão.

Neste sentido, a doutrina discute acerca da responsabilidade do parecerista quando, seguindo orientações do ato opinativo, a Administração Pública pratica conduta que enseja danos a terceiros. A matéria é divergente na doutrina, havendo entendimento no sentido de que o agente que emitiu o parecer se torna responsável solidário do agente que praticou o ato posterior em observância às suas conclusões. Ocorre que o ato praticado posteriormente não se confunde com o parecer e não decorre obrigatoriamente dele, haja vista o caráter não vinculante do ato opinativo. (CARVALHO, 2016, p. 282).

Sustenta o autor supramencionado que a doutrina majoritária considera como responsável o parecerista havendo uma conduta dolosa, ou com erro grosseiro ao emanar o seu ato de opinião. Pondera que o seu pensamento se baseia no fato de que a opinião externalizada no parecer não vincula o administrador, podendo esse seguir a opinião exposta ou não. Conclui que “o parecer configura uma opinião pessoal do emitente, ou seja, reflete apenas um juízo de valor, não vinculando o administrador que tem competência decisória” (CARVALHO, p. 282, 2016).

No mesmo sentido é a doutrina de Carvalho Filho (2011) sustentando que o emitente do parecer não pode ser considerado solidariamente responsável pelo ato final da peça opinativa. Seria cabível a responsabilização somente nos casos que o profissional agiu dolosamente com a finalidade de praticar atos de improbidade administrativa, constituindo ônus de quem alegou tal vício comprovar a conduta de seu ator.

Especificamente sobre o exposto no artigo 38 da lei 8.666/93, em relação à primordialidade do parecer técnico ou jurídico nos procedimentos licitatórios, segue a posição do autor supramencionado:

Não nos parece correto, portanto, atribuir, a priori, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas. Essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável (CARVALHO FILHO, 2011, p. 120)

Ainda a luz do mesmo autor, em relação à espécie de pareceres vinculantes, entende tratar-se de um desvio de qualificação jurídica, já que a essência do parecer é de opinião. Caso a opinião do parecerista vinculasse a autoridade o conteúdo desse parecer seria eminentemente decisório e não simplesmente opinativo destoando de sua natureza. Assim, conclui Carvalho (2016, p. 119) que “o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de status jurídico”.

Sendo assim, despidido de sua essência tipicamente opinativa poderia então cogitar a possibilidade de atribuir ao parecerista a atribuição da responsabilidade solidária, já que presente o poder de decisão do ato igualmente a autoridade competente para a decisão.

Em contrapartida, prescreve Moreira Neto (2014) que os pareceres jurídicos emanados pelos órgãos da administração pública na função da Advocacia de Estado, em todas as esferas federativas, os pareceres obrigam, em regra, a Administração a acatar o seu conteúdo, e caso essa não queira acatá-los deverá fundamentadamente motivar o porquê de não aplicar o emanado na peça parecerista.

Na emissão de Pareceres, os órgãos da Advocacia de Estado, atuam na dicção do Direito, ou seja, a matéria de fato que lhes é submetida não é objeto de qualquer decisão, atendo-se, por isso, a eficácia dos pronunciamentos, exclusivamente à hipótese jurídica examinada, bem como, consequentemente, apenas circunscrita à matéria de direito, também toda a responsabilidade dos emitentes. (MOREIRA NETO, 2011, p. 249)

Por fim, conclui o autor que para a maior segurança dos Atos Administrativos adotam os pareceres normativos e os pareceres vinculantes, com eficácia geral e abstrata sobre toda a Administração a qual pertence, de forma que os órgãos do ente estarão submetidos ao conteúdo emanado na peça parecerista pelas razões jurídicas que eles contêm.

Desta forma, após a análise dos posicionamentos doutrinários acerca da responsabilidade do parecerista passamos a análise jurisprudencial sobre o tema.

2.5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

2.5.1 MUNICÍPIO DE IPAMERI/GO VERSUS TCU

O julgamento pelo TCU (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO) nos acórdãos 825/2014; 2.543/2013 e 1.560/2014 sobre a responsabilidade do subprocurador do Município de Ipameri/GO no parecer jurídico que aprovou o pregão presencial para aquisição de produtos por meio do Programa Caminho da Escola e do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar, com verbas federais, tendo em vista que o parecerista não se atentou a exigência contida no artigo 15, § 1º, da resolução 14/2009 do MEC/FNDE e o previsto no artigo 4º, §1º do decreto Federal 5.450/2005, dispondo a obrigatoriedade do pregão eletrônico em aquisições de produtos ou serviços com verbas advindas de recursos federais. Destaca ainda, que o parecerista não se atentou a ausência da elaboração de orçamentos para expressão dos custos unitários e média do preço praticada em mercado, conforme dispõe o artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, combinado ao artigo 43, inciso IV, da lei 8.666/93, e por fim a opção, mesmo sendo razoavelmente possível a divisão por itens, de licitação por preço global, conforme dispõe o artigo 23, §§ 1º e 2º da lei 8.666/93 e Súmula 247/2004 do TCU.

EMENTA: PEDIDO DE REEXAME. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. PROGRAMA CAMINHO DA ESCOLA E PROGRAMA NACIONAL DE TRANSPORTE ESCOLAR. PARECER JURÍDICO DESARRAZADO. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.

Pelo exposto, o TCU condenou o parecerista ao pagamento de multa no valor de R\$3.000,00 (três mil reais). Diante da inobservância grosseira da técnica jurídica, de forma que o procurador limitou-se a provar o parecer sem apontar tais irregularidades. Posteriormente em embargos de declaração, tentando sanar supostos vícios do acórdão, teve o recurso conhecido, porém não provido, mantendo-se o valor da condenação pelo plenário do TCU.

No entendimento do TCU, conforme vislumbrado no acórdão 1.560/2014, por interpretação do artigo 38, inciso IV, da lei 8.666/93 o parecer jurídico de licitações se trata de peça vinculante e com responsabilidade solidária entre esse e o ordenador das despesas, nos termos seguintes:

8. O entendimento deste Tribunal é de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com gestores por irregularidades na aplicação dos recursos públicos. O parecer jurídico, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, é peça com fundamentação

jurídica que integra e motiva a decisão a ser adotada. No presente caso concreto, trata-se de parecer vinculante nos termos do art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/1993.

9. O STF, ao tratar da responsabilização de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico, admitiu a responsabilidade solidária do parecerista em conjunto com o gestor, conforme voto condutor proferido em julgamento do Plenário (MS 24631/DF, de 9/8/2007, Rel. Ministro Joaquim Barbosa). (ACORDÃO 1.560/2014 TCU, p.2)

Em outro viés, o advogado geral da União, Ronny Charles Lopes de Torres discorre em seu trabalho sobre a responsabilidade do parecerista na análise das minutas de editais e contratos opinião diversa da interpretação feita pelo TCU. Argumenta que a real intenção do parágrafo único do artigo 38 da lei 8.666/93 estabelece uma atribuição de aprovação das minutas e não algo de caráter vinculante.

O fundamento de seu raciocínio também está na própria jurisprudência do TCU, Acórdão 462/2003 – Plenário do TCU e Acórdão 147/2006 – Plenário do TCU, pois o gestor pode simplesmente não concordar com o teor do parecer e dar continuidade ao feito licitatório, vislumbrando o caráter eminentemente opinativo e não vinculante da peça jurídica.

Ainda aduz Torres (2008) que “estabelecer caráter vinculativo à manifestação prevista no parágrafo único do artigo 38 representa ignorar a realidade das contratações públicas de nosso país e transferir ao parecerista uma competência gerencial estranha a suas atribuições”. Por fim conclui que estando a peça eivada de erros grosseiros ou de conluio com agentes públicos ou outros agentes para a prática de irregularidade nos certames licitatórios, o fato deve ser informado às autoridades competentes para a investigação, como por exemplo, Ministério Público, corregedorias, entre outros.

2.5.2 EX-PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE TOCANTINS, EX-COORDENADORA DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA VERSUS TCU

Trata-se de embargos de declaração contra decisão dos acórdãos 1.898/2010 e 1.030/2008 do TCU (Tribunal de Contas da União) condenando os procuradores que emitiram pareceres aprovando dispensa de licitação imotivada. Alude o TCU que a celebração do contrato tinha objetos excessivamente amplos, destinados a suportar diversas outras subcontratações, frustrando a aplicação do Princípio da Licitação.

RELATÓRIO DE AUDITORIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO IMOTIVADA. FALTA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO. OBJETO CONTRATUAL GENÉRICO. RESPONSABILIDADE DE PARECERISTAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE

JUSTIFICATIVA. MULTAS. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS SUFICIENTES PARA ALTERAR PARCIALMENTE O JUÍZO DE VALOR ANTERIORMENTE FIRMADO. PROVIMENTO PARCIAL EM RELAÇÃO A DOIS RESPONSÁVEIS. REDUÇÃO DE MULTA. PROVIMENTO TOTAL EM RELAÇÃO AO TERCEIRO RECORRENTE. INSUBSISTÊNCIA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. DETERMINAÇÃO. COMUNICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAÇÃO DA DELIBERAÇÃO EMBARGADA. REJEIÇÃO. (Embargos de Declaração nº 01981420071, 2010, TCU)

Nas razões do recurso os embargantes sustentaram que o parecer licitatório é um ato meramente opinativo, e não vinculante como, em tese, o entendimento adotado pelo plenário do TCU. Argumentaram que não teriam notícias de que o objeto do contrato, qual seja contratação em caráter de urgência para a manutenção de diversos sistemas de engenharia existentes em hospitais, teriam sido subcontratados.

Em seu voto, o ministro Relator rebateu as teses alegadas de que a corte simplesmente tem o entendimento de que os pareceres possuem efeitos vinculantes. Pelo contrário, o gestor não estaria obrigado a acatar as orientações expressas no parecer meramente opinativo.

No entanto, aduz que não é o fato de que o parecer por ter característica meramente opinativa libera sumariamente de responsabilidade aqueles que o emanaram. A responsabilidade do parecerista está calcada pela produção da própria peça opinativa, de modo que sua análise esteja condizente aos ditames da lei.

6. Ocorre que o simples fato de o parecer ser reconhecidamente de caráter opinativo não tem o condão de liberar automaticamente seus autores de toda e qualquer responsabilidade. Resta ainda a responsabilidade pela produção da própria peça opinativa, que não pode dissociar-se dos objetivos que a lei para ela estabelece. Como disse no voto, o parecer jurídico a que se refere a Lei 8.666/1993 tem a função de servir de controle interno dos atos sujeitos a esse crivo, ou, de constituir-se em “mecanismo de prevenção de instrumentos defeituosos, que atendam exclusivamente à vontade do dirigente e não a da lei”.

7. Assim, persiste ainda a responsabilidade pelo conteúdo do parecer ou pela maior ou menor eficácia do parecerista em informar corretamente o administrador acerca da decisão a ser tomada. Ao não alertar o gestor para as manifestas ilegalidades implícitas na contratação pretendida, o parecer deixa de cumprir a função precípua que lhe reserva a lei, atraindo inevitavelmente a responsabilidade dos seus autores, salvo o erro de avaliação ou a omissão escusáveis, excludentes que reputei inexistentes no caso. (Embargos de Declaração nº 01981420071, 2010, TCU)

Por fim, esclarece o Relator que a condenação se deu efetivamente pela grande quantidade de sistemas de engenharia que deveriam ser entregues pela contratada, cobrindo praticamente todas as áreas de serviços do hospital. Foi o voto pelo conhecimento do recurso, e no mérito a total rejeição, mantendo-se inalterado o Acórdão 1.898/2010-TCU.

2.5.3 PROCURADOR JURÍDICO DO MUNICÍPIO DE PARAÍBA DO SUL – RJ VERSUS MP-RJ

O caso se trata de Agravo de Instrumento contra a Ação Civil Pública judicializada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face do então Procurador Jurídico, Leandro Machado Barbosa, do Município de Paraíba do Sul – RJ, Agravo de Instrumento nº 0045037-31.2012.8.19.0000, em que o juízo de 1º grau admitiu a propositura da ação civil pública com fundamento em fraude à licitação por suposto ato de improbidade administrativa, bem como lesão ao erário.

A licitação fazia referência à contratação de empresa para realizar a XXXII Exposição Agropecuária e o XXXIV Concurso Leiteiro do município. Na ocasião a única empresa concorrente, por conseguinte a vencedora foi a empresa Master Serrana Produções e Eventos LTDA. Por fim o juízo decidiu tornar indisponível o patrimônio do agravante no valor de R\$74.189,00 (setenta e quatro mil cento e oitenta e nove reais).

Ocorre que na ocasião houve dois pareceres jurídicos, um inicial, anterior à licitação, em que o procurador opinou pela aprovação da fase interna do procedimento, e o parecer final, posterior ao processo licitatório que aprovou a habilitação da única empresa concorrente.

Todavia houve no processo a comprovação, por perícia grafotécnica, que a assinatura do procurador no segundo parecer, era falsa, peça essa que aprovou a empresa como vencedora, contudo, mesmo com a comprovação da falsidade e sem oposição dessa prova pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, o magistrado de 1ª grau fundamentou a sua sentença com o conteúdo dos dois pareceres (AI nº 0045037-31.2012.8.19.0000).

Outrossim, para o trabalho em análise, qual seja, a responsabilização do Advogado, vale mencionar o entendimento jurisprudencial emanado no agravo supramencionado, pelo Relator Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, acerca da responsabilização do parecerista:

Assim, diz o acórdão que para a configuração da responsabilização seria necessário, no mínimo, elemento indiciário de que o parecer tenha sido lavrado com dolo de fraudar princípios que regem a Administração Pública e efetivamente causar danos ao erário.

Por fim, o recurso foi provido, no sentido de se afastar a responsabilidade do parecerista.

2.5.4 PROCURADORES JURÍDICOS DO DNER (DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM) VERSUS MPU

Trata-se de Agravo de Instrumento Nº 2004.0100.049197-9/DF, julgado pelo TRF da 1ª Região em que figuraram como agravantes os Procuradores do DNER, Rômulo Fontenelle Morbach, Pedro Elói Soares, Hélio Guimarães, Eduardo Lima e Prudêncio Alves da Silva, e como Agravado o Ministério Público da União.

O agravo fazia referência a ação de improbidade administrativa para a condenação dos procuradores jurídicos do órgão federal DNER em relação à celebração de seis contratos administrativos advindos de dispensas de licitações para a empresa Strata Engenharia Rodoviária Ltda, em tese, indevidas, já que esses procuradores, em conluio, segundo a denúncia do MPU (Ministério Público da União) emanaram pareceres jurídicos pela regularidade do feito. Nesta feita, os agravantes pediam o afastamento da indisponibilidade de bens, bem como, o afastamento da quebra de sigilo bancário e fiscal dos procuradores.

Em seu voto, o relator Doutor Tourinho Neto, fundamenta que é incontroverso o fato de que os procuradores efetivamente emitiram pareceres favoráveis à dispensa de licitação para a execução de serviços de elaboração e atualização dos Projetos de Restauração/Recuperação das Rodovias BR-020/DF/GO e BR-050/GO.

No entanto, pondera que “O parecer não é ato administrativo, e sim uma opinião técnico-jurídica que serve de orientação ao administrador na tomada de sua decisão”. Ou seja, insubsistente a tese de que há responsabilização do parecerista acerca da opinião emanada em tal peça.

Aduz ainda que, pela interpretação do artigo 38, parágrafo único, da lei 8.666/93, “Não estando, portanto, demonstrado o conluio entre o procurador e o administrador, ou sua evidente má-fé, não se pode admitir a responsabilidade solidária pela má elaboração do processo licitatório”, ou seja, a opinião emitida no parecer de licitações é peça que servirá de fundamento a um ato administrativo propriamente dito, qual seja a decisão da autoridade competente em deferir ou não o procedimento licitatório.

Por fim, em sede de Agravo de Instrumento, decidiu o relator em dar provimento parcial ao pedido, a fim de afastar a indisponibilidade dos bens dos agravantes, mas mantendo a quebra de sigilo bancário e fiscal.

Portanto, passado a análise do entendimento jurisprudencial acerca da responsabilização do parecerista, vislumbra-se examinar as formalidades do parecer jurídico conforme segue.

2.6 DO PARECER JURÍDICO

O parecer jurídico, assim como as regras de redação oficial, possui aspectos formais que devem ser respeitados pelo advogado. Nas palavras de Franca (2016) em regra a peça jurídica é elaborada por um servidor público na função de advogado. Admite-se ainda que esse seja elaborado por advogado ocupante de cargo em comissão ou aqueles contratados por meio do artigo 25, inciso II e parágrafo 1º da Lei nº 8666/93.

A obra de Silva e Neto e Guimarães (2012), assim como o Manual de Boas Práticas Consultivas, da Advocacia geral da União (AGU) demonstram os aspectos formais a serem seguidos na elaboração do parecer jurídico. As obras denotam que os aspectos básicos dessa peça estão em construir um preâmbulo, ementa, relatório, fundamentação e dispositivo. Por tanto, segundo a ideia dos autores supramencionados, passamos a uma breve definição do que seja cada parte do parecer.

2.6.1 DO PREÂMBULO

O preâmbulo, segundo Silva e Neto e Guimarães (2012, p. 48) “consiste na indicação do número da peça e de seu respectivo ano, do número do processo e do interessado. Há quem ainda explicita o assunto, de maneira breve, e o órgão originário”.

Portanto, o objetivo do preâmbulo é a fácil identificação do que se trata o documento. Em relação à numeração e indicação do órgão que o emanou se faz necessário para o melhor controle e organização das várias espécies de documentos administrativos produzidos por uma repartição pública.

2.6.2 DA EMENTA

A ementa deve trazer uma descrição estritamente objetiva do assunto tratado. Divide-se em parte de verbetização e dispositivo. Assim, segundo Silva e Neto e Guimarães (2012) a verbetização também é conhecida como cabeçalho da ementa. Devem-se utilizar frases nominais, ou seja, sem verbos, colocando-se pontos após cada verbete.

Quanto ao dispositivo da ementa, conforme as lições dos autores supramencionados é a conclusão emitida pelo parecerista. Estará logo após a verbetização, asseveram Silva e Neto e Guimarães (2012, p. 51) “que o dispositivo da ementa deve ser uma proposição inteligível por si só, sem necessidade de leitura do acórdão na íntegra ou mesmo do cabeçalho”.

2.6.3 DO RELATÓRIO

O relatório consiste em mencionar o objeto da análise, quem são os órgãos e/ou pessoas solicitantes, apresentando quais as dúvidas que levaram a solicitar a emissão do parecer.

De mais a mais, atenta-se ao caro leitor: a concisão é pressuposto inafastável do relatório, devendo-se evitar aspectos irrelevantes ao estudo da demanda. Somente o indispensável merece ser registrado, sob pena de comprometer a objetividade ínsita ao brevíário fático. Referida concisão está justamente na delimitação da consulta e de seus elementos, permitindo ao leitor a dedução do objeto do pedido, o fundamento fático e jurídico e a conseqüente viabilidade ou não do pleito (SILVA E NETO E GUIMARÃES, 2012, p. 51).

No entanto, a luz dos referidos autores, o relatório não é simplesmente uma breve síntese de fatos. Busca-se por meio de seu conteúdo estabelecer, além do resumo, quais os pontos controvertidos e a linha de raciocínio que o parecerista se utilizará para fundamentar a peça jurídica.

2.6.4 DA FUNDAMENTAÇÃO

A fundamentação traz premissas que servirão de base lógica e jurídica ao disposto na conclusão do parecer. Cumpre ao profissional esclarecer todas as dúvidas elencadas na solicitação do parecer, apresentados as teses possíveis, bem como opiniões divergentes da sua, para melhor assessorar juridicamente a autoridade solicitante.

Nesse sentido, conforme o Manual de Boas Práticas Consultivas (2016, BPC nº 19º), “Se a consulta possibilitar mais de uma solução jurídica igualmente plausível e sustentável convém que a manifestação consultiva leve ao conhecimento do consulente também o entendimento jurídico alternativo e sua respectiva fundamentação”.

Assim estará a autoridade administrativa amparada por opiniões convergentes e divergentes de sua assessoria jurídica, possuindo a liberalidade, de conforme o caso concreto e atendendo a conveniência e oportunidade administrativa decidir qual posição tomar.

2.6.5 DO DISPOSITIVO OU CONCLUSÃO

O dispositivo ou conclusão é a parte do parecer em que se demonstra uma síntese de todas as ideias extraídas da fundamentação, já que embasado em leis, jurisprudências ou fontes doutrinárias. É nesse momento que o parecerista discorrerá sobre sua opinião acerca do assunto solicitado, como por exemplo, regularidade do procedimento licitatório, possibilidade de aditivos, medidas a serem tomadas a regularizar ou manter-se regularizado determinado processo administrativo.

A redação do dispositivo não demanda maiores trabalhos, uma vez que ele é consequência direta da fundamentação, parte mais dificultosa em um parecer. Caso o solicitante tenha formulado perguntas em tópicos, é de boa valia respondê-las uma a uma, providência a ser tomada apenas no âmbito profissional (...). Em diversos momentos, a conclusão segue uma linha de orientação ao administrador, com providências a serem tomadas (SILVA E NETO E GUIMARÃES, 2012, p. 53).

Por fim, conclui Silva e Neto e Guimarães (2012, p. 54) que ao final do dispositivo, cumpre colocar o fecho “o fecho submete a manifestação ao crivo da homologação da autoridade superior, que pode aprová-la total ou parcialmente ou mesmo desaprová-la, sendo tal regra excepcionada quando a própria autoridade superior elabora o opinativo”. Para tanto traz os seguintes exemplos utilizados para finalizar a peça parecerista:

1. É o parecer.
2. É o que me parece, s.m.j.
3. É o opinativo, sub censura;
4. É o parecer. Submeto à doughty consideração superior;
5. Para ulterior deliberação;
6. Assim penso. À consideração do ilustre Procurador-Chefe;
7. É o opinativo. À deliberação final da chefia imediata;
8. Submetem-se as considerações esposadas à apreciação da Chefia desta Procuradoria. (SILVA E NETO E GUIMARÃES, 2012, p. 55).

Nesse sentido, Wander Garcia (2016) traz a ideia de que em sede de análise para a regularidade da fase interna do processo licitatório existam pelo menos os requisitos a seguir expostos.

Abertura do processo administrativo protocolado e numerado; indicação sucinta do objeto; verificação de dotações orçamentárias, e por inteligência do disposto, se a despesa está consoante ao Plano Plurianual e leis orçamentárias; autorização pela autoridade competente da abertura do processo; realização de audiência pública, quando se tratar de aquisições superiores a CENTO E CINQUENTA MILHÕES DE REAIS, minuta do edital, exame e aprovação dessa minuta pela assessoria jurídica e por fim aprovação de todo o procedimento pela autoridade competente.

O fundamento para tais análises advém do disposto no parágrafo único do artigo 38, da lei 8.666/93 em que as minutas de editais de licitações, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. Ou seja, será necessário em algum momento que as minutas edilícias sejam submetidas à análise jurídica, com o fito de sanar vícios ou erros nos procedimentos internos, erros esses que poderão causar danos ao erário, como por exemplo, anulação de todo o certame e por conseguinte a impossibilidade de se adquirir bem ou serviço que a administração necessita.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face aos dados apresentados é possível identificar duas vertentes a cerca da natureza do parecer Jurídico. Em se tratando de ato da administração, em sentido amplo, tem-se que este é um ato meramente opinativo, pois para aqueles que defendem essa tese são atos administrativos apenas os atos que exteriorizam a vontade dos administradores, não estando incluídos, por consequência, atos de mera opinião e conhecimento.

De outro modo, parte da doutrina classifica os pareceres com natureza jurídica de Ato Administrativo na espécie atos enunciativos ou atos de administração consultiva. No entanto, a adoção de uma ou outra vertente, ato da administração ou Ato Administrativo, não é pacífica, haja vista o próprio entendimento das decisões e defesas emanadas por advogados e ministros relatores.

A luz de que o parecer é ato da administração, não há no que se falar na responsabilização do parecerista, haja vista que a peça opinativa em si será meramente um elemento para a fundamentação da autoridade competente em acatar ou não o que se trouxe pela assessoria jurídica.

Em outro viés, considerando o parecer jurídico como Ato Administrativo enunciativo ou consultivo, adotando a corrente majoritária, nos parece prudente, em regra, não admitir a

responsabilidade pelo conteúdo emanado no parecer, exceto em casos de erros grosseiros na interpretação literal da lei ou má-fé daquele que o produziu.

A atividade do parecerista, em nosso entendimento, privativa do advogado, seja ele particular ou servidor do Estado, deve estar amparado no exercício da liberdade profissional. É bastante controverso denominar uma tese como boa ou ruim. Em toda a problemática jurídica o que é bom para uma parte, majoritariamente, será ruim para a outra que tem opinião diversa.

No entanto, cumpre esclarecer, que nos estritos casos de erros grosseiros de manifestações, como por exemplo, a adoção de uma modalidade errada em relação ao valor do objeto ou a dispensa de licitação sendo latente a possibilidade de concorrência pública denota atos que merecerem receber punição.

No mesmo sentido, quando presente a má-fé, situação esta comprovada pela parte que suscitou o fato, também seria cabível a responsabilização, principalmente existindo prejuízo ao erário, pela prática de improbidade administrativa. No mais, entendemos ser desarrazoado condenar o parecerista pela emissão de uma opinião técnica.

Não obstante, deve-se distinguir que a obrigatoriedade de se passar o procedimento pelo crivo da assessoria jurídica, materializado tal ato pela emissão do parecer jurídico, deve estar afastado de que se trata de ato vinculante. Exemplo disso é a obrigação de o procedimento licitatório ser submetido ao parecer inicial, analisando o procedimento interno, e o parecer final, a fim de se verificar a regularidade de todo o processo, sem; no entanto, vincular a autoridade administrativa a acatar o parecer, podendo, inclusive, dar continuidade ao feito, mesmo em discordância com o elencado na peça jurídica.

Do mesmo modo, não é pacífico o entendimento de que o parecer é exercício de liberdade profissional, não estando o advogado, em regra, solidariamente responsável com a autoridade competente para a decisão. É notória a tendência dos Tribunais de Contas a entender passível de responsabilização o parecerista no estrito cumprimento de profissão, enquanto os Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores entendem ter o parecer jurídico natureza de Ato Administrativo enunciativo ou consultivo, sem responsabilizar o advogado por seu conteúdo, exceto presente o prejuízo, erro grosseiro ou má-fé daquele que o elaborou.

No que pertine as formalidades do parecer, vislumbra-se a necessidade de se seguir as orientações do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, além do disposto em manuais Administrativos de Pareceres Jurídicos, de modo a estruturá-los, necessariamente com o preâmbulo, a fim de facilmente identificar o tipo de documento; ementa, com frases nominais possibilitando a

rápida consulta do conteúdo desse parecer; relatório, tendo uma breve síntese do que motivou elaborar o documento, bem como, o enfrentamento das questões suscitadas; fundamentação, tendo por escopo formar uma linha de raciocínio jurídico sobre os fatos suscitados, indicando teses favoráveis e contrárias ao que pensa o parecerista, e por fim o dispositivo, capítulo final da peça jurídica com a demonstração da opinião do profissional e as providências cabíveis para o caso concreto, formalmente encerrado com o fecho, palavra ou frase que efetivamente dá-se por encerrado o parecer jurídico.

Pelo exposto, denota-se a necessidade de se aprofundar estudos e teses de defesa em relação à responsabilização dos pareceristas jurídicos, a fim de preservar a liberdade da atuação do profissional advogado/ procurador jurídico, em especial, a luz de que a peça jurídica reflete uma opinião técnica, independente da espécie adotada para sua classificação.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 4º ed. Brasília: AGU, 2016.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e da OAB**, lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. Vade mecum compacto. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.955-965

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LIMITES DA AÇÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA INICIAL. PRECEDENTES. INOBSERVÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LIA. DOLO GENÉRICO. LIBERALIDADE DO RÉU. SÚMULA 7/STJ. SANÇÃO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE**. Recurso Especial nº 1.391.789-PR. Noé Caldeira Brant Versus Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso de 14 de outubro de 2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153370940/recurso-especial-resp-1391789-pr-2013-0205897-0?ref=juris-tabs>> Acesso em 10 jun.2018

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. PROGRAMAS CAMINHO NA ESCOLA E PNATE. DIVERSAS IMPROPRIEDADES RELACIONADAS ÀS LICITAÇÕES E CONDUÇÃO DOS PROGRAMAS. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS ENTES MUNICIPAIS. ARQUIVAMENTO.** Acórdão 2543/2014. Fundo Nacional de Desenvolvimento da educação FNDE versus Fabrício Simão. Relator José Jorge. Acórdão de 18 de setembro de 2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2543%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 03 nov.2017

_____. Tribunal de Contas da União. **PEDIDO DE REEXAME. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. PROGRAMA CAMINHO DA ESCOLA E PROGRAMA NACIONAL DE TRANSPORTE ESCOLAR. PARECER JURÍDICO DESARRAZOADO. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.** Acórdão 825/2014. Fundo Nacional de Desenvolvimento da educação FNDE versus Fabrício Simão. Relator Ana Arraes. Acórdão de 02 de abril de 2014. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A825%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 03 nov.2017

_____. Tribunal de Contas da União. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SUPOSTA OMISSÃO. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. NÃO PROVIMENTO.** Acórdão 1560/2014. Fundo Nacional de Desenvolvimento da educação FNDE versus Fabrício Simão. Relator Ana Arraes. Acórdão de 11 de junho de 2014. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1560%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 03 nov.2017

_____. Tribunal de Contas da União. **RELATÓRIO DE AUDITORIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO IMOTIVADA. FALTA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO. OBJETO CONTRATUAL GENÉRICO. RESPONSABILIDADE DE PARECERISTAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTAS. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS SUFICIENTES PARA ALTERAR PARCIALMENTE O JUÍZO DE VALOR ANTERIORMENTE FIRMADO. PROVIMENTO PARCIAL EM RELAÇÃO A DOIS RESPONSÁVEIS. REDUÇÃO DE MULTA. PROVIMENTO TOTAL EM RELAÇÃO AO TERCEIRO RECORRENTE. INSUBSISTÊNCIA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. DETERMINAÇÃO. COMUNICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAÇÃO DA DELIBERAÇÃO EMBARGADA. REJEIÇÃO.** Embargos de Declaração nº 019.814/2007-1. José Renard de Melo Pereira e Maria das Graças Rodrigues Hoffmann Versus Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Augustos Nardes. Acórdão de 13 de outubro de 2010. Disponível em <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317276680/1981420071?ref=juris-tabs>> Acesso em 10 mai.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio DE JANEIRO. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. AI 00450373120128190000. Agravo de instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Suposto direcionamento de licitação. Alegação de ofensa às normas de Direito administrativo e lesão ao erário. Decisão que recebe a inicial. Procurador do Município. Parecer. Responsabilidade. Inviolabilidade do advogado por suas manifestações e opiniões jurídicas, no exercício do ofício. Prerrogativas da profissão. Carência absoluta de prova indiciária do dolo.** Acórdão de 02 de junho de 2015. Disponível em < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198250466/agravo-de-instrumento-ai-450373120128190000-rj-0045037-3120128190000?ref=juris-tabs>> Acesso em 30 abr.2018

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AGRAVO DE INSTRUMENTO : AG 49197 DF 2004.01.00.049197-9. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ASSESSORIA JURÍDICA. PROCURADORES. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. CONSULTA OBRIGATÓRIA. LICITAÇÃO. CONLUIO COM A ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL.** Decisão de 20 de maio de 2005. Disponível em <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2243735/agravo-de-instrumento-ag-49197-df-20040100049197-9?ref=juris-tabs>> Acesso em 09 mai.2018.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de julho de 1993.** Regulamenta o art 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providencias. Vade mecum compacto. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1.378-1.404

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito de administrativo.** 3.Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 24º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva; MICHELS, Charliane. **O Parecer Jurídico e a atividade administrativa:** aspectos destacados acerca da natureza jurídica, espécies e responsabilidade do parecerista. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11670&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 27 ago.2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27º Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Rafael. **Ato administrativo X ato de Administração.** 2015. Disponível em < <https://jusrafaelfds.jusbrasil.com.br/artigos/233478044/ato-administrativo-x-ato-da-administracao>> Acesso em 01 set.2017

FRANCA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre o Parecer Jurídico na Lei Federal nº 9.784/1999.** Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/reflexoes-sobre-o-parecer-juridico-na-lei-federal-n-97841999>> Acesso em 10 mai.2018.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos:** casos e polêmicas. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCIA, Wander. **Super revisão para concursos jurídicos: doutrina completa**. 4.ed. Indaiatuba: Foco, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Oab**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. **A Evolução da Licitação**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-da-licita%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em 10 mai.2018.

SILVA E NETO, René da Fonseca; GUIMARÃES, Diego Fernandes. **Manual do Parecer Jurídico – Teoria e Prática**. São Paulo: Juspodivm, 2012.

SIMIM, Thiago Aguiar. A responsabilidade Civil do Advogado. **Revista do CAAP**. Belo Horizonte, n. XVII, p.367-402, dez.2009. Disponível em <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/issue/view/6/showToc>> Acesso em 28 ago.2017

STACOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito de administrativo**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações públicas, lei nº 8.666/1993: dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. A responsabilidade do parecerista na análise das minutas de editais e contratos. **Revista da AGU**. Ano VII, nº 17, jul/set. 2008. Disponível em <<http://seer.agu.gov.br/index.php/index/search/search>> Acesso em 03 nov.2017.

