



Artigo de Revisão

DOI: <http://dx.doi.org/10.5935/2447-8539.20170012>

A responsabilidade do assessor jurídico pelos pareceres emitidos em procedimentos licitatórios

The responsibility of the legal adviser for the opinions issued in tender procedures.

Rafael Jesus Curcino de Faria^{1*}¹ Instituto Master de Ensino Presidente Antônio Carlos – IMEPAC. Araguari, MG.* Autor para correspondência (e-mail): rjcf1986@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho analisa a responsabilidade do assessor jurídico em decorrência dos pareceres jurídicos emitidos na aprovação de minutas de editais licitatórios, convênios e contratos administrativos. O tema é de extrema relevância, haja vista a crescente fiscalização da gestão do erário público. Contudo, há divergências sobre essa responsabilidade, pois, em tese, o parecer seria mero ato administrativo, qual externa apenas uma opinião. Assim, seria possível responsabilizar o parecerista? O parecer debatido vincula a atuação do gestor público? Qual posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema?

Palavras-Chave: Assessor jurídico, Parecer, Natureza jurídica, Licitação, Responsabilidade.

ABSTRACT

This paper analyzes the legal adviser's responsibility as a result of legal opinions issued in the approval of draft bidding documents, agreements and administrative contracts. The issue is of extreme relevance, given the increasing supervision of public treasury management. However, there are disagreements about this responsibility, as the opinion would be a mere administrative act, which expresses only an opinion. So, would it be possible to hold the adviser accountable? Does the opinion debated link the performance of the public manager? What is doctrinal and jurisprudential position on the subject?

Key Words: Legal advisor, Opinion, Legal nature, Bidding, Responsibility.

Introdução

A administração do erário público tem ganhado maior destaque no cenário nacional, requerendo maior atuação dos órgãos fiscalizadores, bem como do legislador ao dispor sobre o tema. Logicamente, os principais alvos desse policiamento são os órgãos responsáveis pelas licitações dos entes públicos.

Em decorrência de todo esse processo foi abordada a responsabilidade dos agentes participantes do procedimento licitatório, inclusive, a do assessor jurídico, cuja função é emitir pareceres. Vale lembrar ainda, ser obrigatória a participação do assessor, conforme determinam o inciso VI e o parágrafo único presentes no artigo 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

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;

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** (Grifos nossos).

Portanto, será abordado o conceito e natureza jurídica do parecer, o momento em que é exarado, e, além disso, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, tudo isso

a fim de determinar a responsabilidade do assessor jurídico diante de certames malsucedidos, cujas atribuições serão analisadas brevemente no próximo tópico.

| Discussão

Noções gerais sobre as atribuições desenvolvidas pelo assessor jurídico perante a administração pública

O cargo de assessor jurídico, em regra, é de provimento efetivo decorrente de concurso público, contudo, se o ente público estipular porcentual de cargos comissionados, será possível a nomeação em caráter precário. Em que pese o exposto, independentemente da forma de provimento do cargo, há atribuições próprias do mesmo, as quais serão discorridas neste capítulo, dando enfoque aos servidores vinculados ao Poder Executivo, uma vez que representam a maioria da classe.

Adiante, a fim de se compreender tais atribuições, lançamos mão como referência da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a norma organizacional da Advocacia-Geral da União, a qual dispõe:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) **os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;**

b) **os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.** (Grifos nossos)

Assim sendo, merece atenção a função de emitir pareceres técnico-jurídicos para aprovação de editais de licitação, contratos e convênios, pois é bastante debatido a sua responsabilidade diante de um processo licitatório malsucedido. Para auxiliar o estudo, primeiramente serão analisados conceito e a natureza jurídica do parecer.

Conceito de parecer e sua natureza jurídica

Inicialmente, cumpre observar que o parecer é um ato administrativo, qual se insere na classificação de ato enunciativo. Explicando melhor esta classificação, disserta a

professora Marinela (2010): os atos enunciativos são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um determinado fato, ou então a emitir uma opinião acerca de um tema definido. São exemplos a certidão, a emissão de atestado e o parecer.

Obviamente, diante do conceito exposto, o parecer consiste no ato administrativo enunciativo em que se transmite opinião acerca de determinado tema. Vale destacar que parte da doutrina afirma que os atos enunciativos não são atos administrativos propriamente ditos, tendo em vista inexistir manifestação de vontade da Administração Pública, ou seja, tem apenas a finalidade de certificar ou opinar sobre determinado assunto. Nesse sentido, externa a professora Di Pietro (2010), que intitula tais atos como “meros atos administrativos”.

Diante desses conceitos, podemos analisar a natureza jurídica do parecer, ou seja, qual a sua finalidade no campo do Direito. Sobre o tema novamente citaremos a professora Di Pietro (2011), a qual, mencionando os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, esclarece que o parecer pode ser facultativo, obrigatório e vinculante:

O parecer **facultativo** é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer **obrigatório** quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Embora haja obrigatoriedade de ser emitido sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não acolher deverá motivar a sua decisão ou solicitar novo parecer.

O parecer é **vinculante** quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Por exemplo, para conceder aposentadoria por invalidez a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão (Grifos nossos).

Marinela (2010) vai além, dispondo sobre o denominado parecer normativo, que consistiria naquele ato gerador de efeitos semelhantes a uma norma, aplicando-se a casos supervenientes que se assemelham ao evento provocador da consulta.

Nota-se, portanto, existir ambiguidade doutrinária ao tratar do tema, pois é introduzida a ideia de que o parecer seria um mero ato administrativo, mas posteriormente conclui ser possível ter natureza vinculante ou até normativa. De modo geral a doutrina traça os mínimos elementos do parecer e não lhe concede a atenção necessária, o que possibilita inúmeras interpretações sobre sua natureza e sobre a responsabilidade do agente emissor do ato. O professor Carvalho Filho (2009), elucidando com precisão o pensamento trazido:

Costuma a doutrina fazer referência aos pareceres vinculantes, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressaltando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitidos se a lei o exigir expressamente. **Em nosso**

entender, porém, há um desvio de qualificação jurídica nesses atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza (Grifos nossos).

Diante o exposto, passou-se a debater se haveria responsabilidade solidária do assessor jurídico com administrador público, quando aquele emitir parecer em certames malsucedidos.

A responsabilidade do assessor jurídico

Nesse ínterim, faz-se necessária a definição da natureza jurídica do parecer jurídico emitido na aprovação de editais, contratos e convênios administrativos, a fim de determinar ser um ato opinativo ou com natureza vinculante. Notadamente há correntes que divergem sobre o assunto.

Natureza opinativa do parecer

Defendendo a natureza opinativa do parecer exarado nos procedimentos licitatórios e, conseqüentemente, a irresponsabilidade do assessor jurídico, Carvalhal (2013) assevera o seguinte em seu artigo:

Como se pode observar, a natureza opinativa do parecer jurídico, fornecido com base no parágrafo único do artigo 38 da lei de licitações, acarretaria a não responsabilização do emissor por seu conteúdo, cuja aprovação ou não demandaria um ato posterior, por parte do administrador público que, acatando ou não a opinião manifestada, acabaria por absorver seu conteúdo. Tal entendimento é o que mais se coaduna com esta necessária liberdade de atuação do profissional jurídico, resguardando o interesse do ente público a que vinculado, tornando-o imune a pressões políticas diversas.

Vale destacar no mesmo sentido a conveniente explanação da autora Tiziane Cândido (2010):

Cabe ressaltar que não se pretende aqui eximir o advogado público em prestar a assessoria jurídica dentro dos parâmetros legais. Ao revés, ratifica-se o necessário posicionamento do parecerista em respeito à legalidade, contudo, há de se constatar que equívocos, desatenção ou mesmo omissão quanto a alguns aspectos legais no processo de licitação não devem ser identificados como conduta ímproba, apenas se comprovadamente se resultarem de dolo do procurador desde o início do ato aliado ao administrador público, responsável pelo ato decisório.

Se justo fosse responsabilizar por ato ímprobo o assessor jurídico pela emissão de parecer jurídico nos processos licitatórios, em virtude de equívocos, omissões ou mesmo posicionamento divergente aos dos Tribunais de Contas e Ministério Público, correto também culpar por improbidade administrativa os magistrados e promotores por decisões e pareceres opostos a legislação e o entendimento jurisprudencial pátrio, o que por certo acarretaria inúmeros processos.

Sendo assim, fica claro que esse entendimento doutrinário defende a irresponsabilidade do assessor jurídico pe-

las interpretações jurídicas emitidas em pareceres constantes de procedimentos licitatórios que causaram algum dano ao erário público. Todavia, se o parecerista comete erro grosseiro ou atua com má-fé, não há dúvidas que será responsabilizado administrativamente, civilmente ou até penalmente. Esclarece essa conclusão o precedente do Superior Tribunal de Justiça (2010), o qual prescreve:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (...) SÚMULA 7/STJ.(...) 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.(...) (Grifos nossos)

Natureza vinculativa do parecer e responsabilidade solidária do Assessor jurídico

Certamente o posicionamento de maior destaque dentre os defensores da responsabilidade do parecerista é o precedente do Tribunal de Contas da União (2011), que dispõe:

Contratação de serviços: 2 – Parecer jurídico em processo licitatório, exarado com fundamento no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente (...) Para o relator, “da leitura do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 (examinar e aprovar), combinada com a do art. 11 da Lei Complementar 73/1993 (examinar prévia e conclusivamente), depreende-se que, para prática dos atos nele especificados, o gestor depende de pronunciamento favorável da consultoria jurídica, revelando-se a aprovação verdadeiro ato administrativo. Sem ela, o ato ao qual adere é imperfeito”. Dessa forma, “ao examinar e aprovar (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), ou de outra forma, ao examinar prévia e conclusivamente (art. 11 da LC 73/93) os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo”.(...) Precedentes citados: Acórdãos nºs 462/2003 e 147/2006, ambos do Plenário. (Grifos nossos)

Com orientação ainda mais rígida, Justen Filho (2013) sustenta que, tendo o parecer natureza vinculativa, inexistirá responsabilidade do gestor público, mas apenas daquele que emitiu o parecer, conforme disposto abaixo:

Em princípio, o reconhecimento do cunho vinculativo do parecer jurídico tem de acarretar a ausência de responsabilização pessoal da autoridade competente. Se a autoridade competente nada mais pode fazer senão seguir a orientação contemplada no parecer jurídico, então não existe decisão por parte da referida autoridade. Logo, a responsabilidade apenas pode ser do emissor do parecer jurídico. Assim se passa porque não se pode cogitar de responsabilidade objetiva da autoridade. Deve haver um elemento subjetivo reprovável, hipótese que não se verifica quando a decisão consiste em pura e simples adoção de um parecer de eficácia vinculante.

Natureza vinculativa do parecer e responsabilidade subjetiva do assessor jurídico

Há autores que defendem a natureza vinculativa do parecer emitido no procedimento licitatório, mas afirmam que a responsabilidade do parecerista deve ser averiguada de acordo com sua atuação, uma vez que inexistindo dolo ou culpa, não poderá ser apenado. Destaca-se a doutrina da ilustre professora Di Pietro (2011), qual afirma:

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Por exemplo, (...); é o caso também da manifestação prevista no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que torna obrigatório o exame e a aprovação das minutas de edital de licitação e dos contratos por assessoria jurídica. (...)

Na realidade, o parecer contém a motivação do ato a ser praticado pela autoridade que o solicitou. Por isso mesmo, se acolhido, passa a fazer parte integrante da decisão. Essa a razão pela qual o Tribunal de Contas tem procurado responsabilizar os advogados públicos que, com seu parecer, deram margem a decisão considerada ilegal. No entanto, **essa responsabilização não pode ocorrer a não ser nos casos em que haja erro grosseiro, culpa grave, má-fé por parte do consultor**; ela não se justifica se o parecer estiver adequadamente fundamentado; a simples diferença de opinião – muito comum na área jurídica – não pode justificar a responsabilização do consulto. Não é por outra razão que o parecer isoladamente não produz qualquer efeito jurídico; em regra, ele é meramente opinativo. (Grifos nossos)

Tal posicionamento assemelha-se a conclusão defendida pelo professor Bandeira de Melo (2010), tendo em vista que o mesmo defende a responsabilização do parecer apenas nos casos de imperícia, negligência ou imprudência, bem como quando houver dolo, caso que acarretaria uma situação mais gravosa.

Orientação da Advocacia-Geral da União

Em 2012 a Advocacia-Geral da União, vislumbrando o aprimoramento da atividade de assessoramento jurídico de seus agentes, publicou a segunda edição do Manual de Boas Práticas Consultivas. Neste documento fica claro que a Advocacia-Geral da União adota o posicionamento de que o parecer exarado nos termos do artigo 38 da lei 8.666/93 é ato consultivo, cuja análise se limitará à seara jurídica, senão vejamos:

BPC nº 3: A avaliação do procedimento licitatório e o exame e aprovação das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e instrumentos congêneres (arts. 38, parágrafo único, e 116 da Lei nº 8.666/93) devem ser realizados sempre por meio de Parecer, visto ser necessário que o Órgão Consultivo demonstre a apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação.

BPC nº 6: **A atuação consultiva de processos de contratação pública deve fomentar a utilização das listas de verificação documental (“checklists”), do guia nacional de licitações sustentáveis e das minutas de editais, contratos, convênios e congêneres,**

disponibilizadas nos sítios da AGU e da Procuradoria-geral da Fazenda Nacional. (...)

BPC nº 7: **A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.** (Grifos nossos)

Tais enunciados esclarecem que a aprovação de minutas de editais e contratos administrativos ocorreram via parecer, não cabendo ao assessor jurídico a fiscalização posterior do procedimento licitatório, tendo em vista que sua tarefa é consultiva e limitada às questões jurídicas. O manual também elucida a atividade de fato do assessor jurídico, cuja tarefa se limita ao controle de legalidade das minutas postas a seu crivo, mediante o denominado checklist. Alertando ainda que as manifestações que adentrem em questões técnicas ou administrativas deverão haver fundamentação e manter o caráter consultivo e não conclusivo.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A Corte Suprema pôde, em três ocasiões, debater a responsabilidade do parecerista, mais do que isso fixou parâmetros para análise da natureza jurídica do parecer técnico-jurídico. Na primeira oportunidade, foi julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal o Mandado de segurança nº 24.073/DF contra ato do Tribunal de Contas da União que responsabilizou solidariamente o advogado parecerista com administrador público, cuja ementa segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADOVADO. 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. (...) 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. (Grifos nosso)

O ex-ministro Velloso (2010), naquela ocasião seguiu a tese do Impetrante, que fora representado pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, atual ministro do Supremo Tribunal, asseverando que:

Se a empresa estatal, por seu órgão competente, presta ao Serviço Jurídico uma determinada informação técnica dotada de verossimilhança – por exemplo, a de que só uma determinada consultoria atende às circunstâncias presentes da empresa, sendo inviável a competição –, não têm os advogados o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrarem investigação para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade de tal decisão.

Não se pode olvidar os argumentos dos ex-ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence, os quais no aludido julgamento afirmaram respectivamente que:

Só faltava o Tribunal de Contas também envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados. E isso está perto. No momento em que se fala de “doutrina pertinente”, a impetrante pratica o ato de improbidade.(...) Ora, o parecerista de uma empresa de economia mista como Banco do Brasil, ao emitir um aconselhamento de como proceder-se diante da necessidade ou não de licitação, deve submeter-se ao controle fiscal do Tribunal de Contas? Claro que não. Por ora, temo pelo Ministério Público, emissor de algumas centenas de pareceres diários, vai pagar por todas as culpas que tem e não tem.

Já no Mandado de segurança nº 24.584/DFa Corte Suprema teve orientação favorável à segunda corrente já exposta, ou seja, que o parecer exigido no artigo 38 da Lei 8.666/93 não se trata de mera opinião e que, por isso, não pode o parecerista recusar convocação do Tribunal de Contas da União para prestar esclarecimentos. Segue a ementa abaixo:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes **não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação**, ou não, **descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União** para serem prestados esclarecimentos. (Grifos nossos)

A decisão teve como vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Carmem Lúcia, além disso, os Ministros do julgamento anterior já haviam se aposentado no julgamento final do writ, ou seja, alterou-se o entendimento da Corte, a qual fixou não ser mero ato consultivo o parecer emitido em licitações, bem como possibilitou a responsabilização do parecerista perante o Tribunal de Contas da União.

Nota-se que este precedente tem por base o entendimento de que o parecer teria caráter aprovativo e não apenas opinativo, conforme prescreve própria lei geral de licitações. Vale citar as palavras do relator Ministro Marco Aurélio, o qual sustenta:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos.

Na mesma data a Corte Suprema enfrentou novamente a matéria no Mandado de Segurança nº 24.631/DF, analisando, segundo Luanna de Freitas, a responsabilidade do parecerista nas aprovações de acordos extrajudiciais que desrespeitaram a ordem de pagamentos por precatórios, cuja ementa colocamos a seguir:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é **facultativa**, a **autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera** pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é **obrigatória**, a **autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário**, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) **quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante**, essa **manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir**. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: **É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa**. Mandado de segurança deferido. (Grifos nossos)

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal fixa o entendimento de que o parecer será opinativo, mesmo que seja obrigatório, ou vinculativo quando houve determinação legal expressa. Apesar disso, no tocante à natureza jurídica dos pareceres técnico-jurídicos emitidos na aprovação de minutas de editais, convênios e contratos administrativos, há margens de interpretações sobre o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que o mesmo não dispôs expressamente sobre seu caráter vinculativo.

[Súmula nº 5 do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil](#)

A bem da verdade os pareceres que geram maiores possibilidades de responsabilização do advogado/procurador são aqueles ligados a processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, uma vez que fogem à regra do procedimento estipulado no ordenamento jurídico brasileiro. Não foi outro motivo a edição da súmula nº05/2012 pela Ordem dos Advogados do Brasil, a qual, recentemente, no

uso de suas atribuições, fixou orientação pela irresponsabilidade do advogado parecerista nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 05/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. **Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional**, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).” (Grifos nossos)

Trata-se de uma manifestação considerável da Ordem dos Advogados do Brasil, que, possivelmente, influenciará futuras decisões dos órgãos judiciais, inclusive, do Supremo Tribunal Federal.

Considerações finais

Conforme já demasiadamente exposto, a constatação da responsabilidade do parecerista está estritamente ligada à verificação da natureza jurídica do parecer. Dessa forma, como já foi decidido pelo próprio Supremo Tribunal no Mandado de Segurança nº 24.631/DF, o parecer jurídico exarado em processos licitatórios apenas vincularia o administrador público se houvesse previsão legal expressa, o que inexistente.

Sendo assim, conclui-se que o parecer jurídico emitido no processo licitatório, apesar de ser obrigatório pela determinação da Lei 8.666, não tem natureza vinculante, haja vista inexistir previsão expressa nesse sentido. Logo, a responsabilidade do parecerista não poderia ser solidária. Tal

Referências

- AURÉLIO, Marco, *apud*, QUEIROZ JARDIM, Luanna de Freitas. **Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública**. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1245.pdf>>. Acesso em 11/03/2018.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=215321&id_site=1104>. Acesso em 11/03/2018.
- BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 11/03/2018.

conclusão também decorre do fato de que, havendo discordância da autoridade superior sobre o conteúdo do parecer, à luz da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, o mesmo deverá submeter o processo licitatório novamente ao crivo da assessoria jurídica.

Corroborando com a conclusão ora defendida, citamos a explanação do ilustre professor Carvalho Filho (2009):

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer.(...) **Não nos parece correto, portanto, atribuir, a priori, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre 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, 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.** (Grifos nossos).

Destarte, alerta-se a necessidade de se garantir a independência do parecerista nas interpretações jurídicas externadas em seus atos, pois, caso contrário, falece uma das funções da advocacia, qual seja a de assessoria jurídica. Vale lembrar que a própria Constituição da República garante a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Por tudo isso, este trabalho defende a tese de que a atribuição ora estudada se limita a verificação formal das minutas de editais ou contratos, ou seja, a figura do assessor jurídico não pode ser confundida e atrelada às atividades desenvolvidas pelo gestor público, ordenador de despesa ou da comissão licitante, cada responsabilidade deve ser analisada de acordo com a função exercida. Em outras palavras, apesar de a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 38, exigir a aprovação da assessoria jurídica mediante parecer, este não perderá seu caráter opinativo, de forma que não vinculará a autoridade superior, podendo o assessor jurídico ser responsabilizado apenas quando houver dolo ou culpa.

BRASIL. **Lei Complementar n. 73**, de 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em 11/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.183.504/DF**. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Diário de Justiça, 17 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&ipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=responsabilidade%20parecerista>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.073/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEment_a.asp?s1=000095441&base=baseAcordaos>.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.584/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003272&base=baseAcordaos>>. Acesso em 11/03/2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.631/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824631%2EENUME%2E+OU+24631%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asef37w>>. Acesso em 11/03/2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1337**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=11035432>>. Acesso em 11/03/2018.
- CARVALHAL, André dos Santos. **Breve reflexão sobre o alcance do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 à luz da responsabilidade do advogado parecerista que atua em licitações**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23393>>. Acesso em 11/03/2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHARLES, Ronni, *apud*, NASCIMENTO, Tizianne Cândido da Silva Nascimento. **A responsabilidade do advogado parecerista no processo licitatório**. Disponível em: <<http://www.pgladvocacia.com.br/artigos/direito-administrativo/a-responsabilidade-do-advogado-parecerista-no-processo-licitatorio>>. Acesso em 11/03/2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *apud*, MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- FILHO, Marçal Justen, *apud*, CARVALHAL, André dos Santos. **Breve reflexão sobre o alcance do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 à luz da responsabilidade do advogado parecerista que atua em licitações**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23393>>. Acesso em 11/03/2018.
- LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **A responsabilidade do advogado de Estado em sua função consultiva**. Disponível em: <<http://www.advocaciapublica.com.br/forum/artigos/a-responsabilidade-do-advogado-de-estado-em-sua-funcao-consultiva-ronny-charles-lobes-de-torres>>. Acesso em 11/03/2018.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *apud*, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Tizianne Cândido da Silva Nascimento. **A responsabilidade do advogado parecerista no processo licitatório**. Disponível em: <<http://www.pgladvocacia.com.br/artigos/direito-administrativo/a-responsabilidade-do-advogado-parecerista-no-processo-licitatorio>>. Acesso em 11/03/2018.
- VELLOSO, Carlos, *apud*, NASCIMENTO, Tizianne Cândido da Silva Nascimento. **A responsabilidade do advogado parecerista no processo licitatório**. Disponível em: <<http://www.pgladvocacia.com.br/artigos/direito-administrativo/a-responsabilidade-do-advogado-parecerista-no-processo-licitatorio>>. Acesso em 11/03/2018.