

Atuação e responsabilidade da assessoria jurídica nas licitações e contratos

Antônio Flávio de Oliveira

Procurador do Estado de Goiás. Consultor da Editora Fórum. Professor da Universo –Goiânia. Professor de cursos preparatórios para concursos. Membro do Instituto de Direito Administrativo de Goiás. Autor de várias obras relacionadas com o tema servidor e licitações. Membro do Conselho Editorial das Revistas Fórum Administrativo e Fórum de Contratação e Gestão Governamental. Palestrante.

Sumário: I Introdução – II O dever de atuação das assessorias jurídicas nas licitações e contratos – III A necessidade de aperfeiçoamento como componente do dever de atuação das assessorias – IV Princípios que orientam a atuação das assessorias jurídicas nas licitações e contratos – V A possibilidade da “captura” das assessorias nas licitações e contratos – VI A inviabilidade do exercício de assessoria jurídica por ocupantes de cargos comissionados – VII A responsabilização das assessorias por Tribunais de Contas e pelas Cortes Superiores de Justiça – VIII A abstenção de realizar análise ou negativa em aprovar minutas – Conclusão – Referências

I Introdução

Da figuração anterior apenas em normas infra-constitucionais, sem menção nos textos constitucionais republicanos de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, passaram, com a promulgação da Constituição de 1988, as assessorias jurídicas à condição de carreiras integrantes da estrutura do Estado Brasileiro, presentes nos arts. 131 e 132.

Ali denominadas advocacia geral da União e procuradorias dos Estados, fixou-se lhes como competência constitucional a consultoria e o assessoramento, além da atuação judicial, no plano federal e estadual, respectivamente.

Inserem-se as assessorias jurídicas, sob a designação de Advocacia Geral da União e Procuradorias dos Estados, no texto constitucional, como resultado do reconhecimento da importância e relevância de suas atuações na formatação de modelos jurídicos adequados para o cumprimento das propostas vencedoras em um embate eleitoral.

Tal característica dá-lhes a significação e instrumentos de viabilização e correta aplicação das políticas públicas eleitas em processos eleitorais, além de estabelecer a costura necessária entre

Administração e Governo, para o atendimento dos fins objetivados pelo Estado.

II O dever de atuação das assessorias jurídicas nas licitações e contratos

A atuação das assessorias jurídicas, assim como ocorre em diversas outras situações onde é reclamada a ação de agente público, não corresponde a um poder no sentido estrito da palavra, mas à percepção que esta tem quando se refere ao agir que se espera de titulares de cargos públicos, correspondendo a um poder-dever, do que resulta que não apenas é autorizado o agente a ter determinada conduta legal, mas que deverá adotá-la sempre que esta ação se identificar com o interesse público.

Todavia, há que se perquirir qual é a base legal, haja vista o princípio da legalidade estrita, para a existência desse poder-dever de manifestação por parte das assessorias jurídicas. A resposta, após a promulgação da Constituição de 1988, é que a base última da atuação das assessorias jurídicas está nos artigos 131 e 132, os quais estabelecem para a Advocacia Geral da União a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131) e às Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que o art. 132 incumbiu estes órgãos da consultoria daquelas unidades federadas.

II.1 Base constitucional para a atuação das assessorias

Há, portanto, uma base constitucional para a atuação das assessorias jurídicas presente tanto

no art. 131, que confere esta atribuição à Advocacia Geral da União, como no art. 132, que incumbe as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal da missão.

Apesar do dispositivo do art. 132, diversamente do que faz o art. 131, referir-se apenas à consultoria, não usando o termo assessoramento, tal omissão não representa uma restrição da atividade nas Procuradorias de Estado e do Distrito Federal, sendo de se compreender que o uso da expressão assessoramento, no caso do art. 131, está relacionado com a exclusividade dessa atuação para o Poder Executivo, ao contrário do que acontece no âmbito das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, onde a atuação consultiva abrange todos os poderes estatais e até mesmo os órgãos constitucionais autônomos.

Inserindo os dispositivos dos arts. 131 e 132 no texto constitucional o legislador constituinte deu nova e mais ampla dimensão à atuação de controle da legalidade exercido de modo preventivo e concomitante dos atos da Administração Pública, deixando clara a mensagem de que não mais serão relegadas ao plano do saneamento eventuais irregularidades, uma vez que conta o Estado Brasileiro, na sua estrutura, com mecanismo de prevenção a fim de impedir que ações danosas somente se tornem conhecidas quando já concluídos os atos que lhes dá causa.

Trata-se de redefinição do agir estatal mediante demonstração de compromisso com o cumprimento das leis, de tal modo que o princípio da legalidade, assim como os demais que orientam a confecção de ações administrativas, não seja mero enunciado de cunho filosófico-poético, mas declaração de valores vivos que serão protegidos e defendidos mesmo antes de se ter a atuação de órgãos de controle externo.

II.2 Base legal presente na Lei nº 8.666/1993 para atuação das assessorias

Especificamente no campo das licitações e contratos administrativos, o legislador infraconstitucional, percebendo a gravidade relacionada com os gastos públicos e, especialmente, a necessidade de se realizar controle preventivo para que danos não viessem a ocorrer já no momento da confecção de editais e contratos, incluiu no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, o dever de que se obtenha antes, em relação a tais instrumentos, a aprovação pelas assessorias jurídicas de suas minutas.

Não se trata, portanto, de simples parecer opinativo, quando se relacione a atividade de

assessoramento à apreciação de minutas de editais, contratos, convênios e outros ajustes, mas de parecer com caráter vinculante, porquanto se refira o dispositivo do art. 38, parágrafo único, a aprovação.

Também não passa despercebido o fato de que o dispositivo fixa que a apreciação e aprovação sejam realizadas de forma prévia. Aliás, bastaria que tivesse mencionado aprovação para já denotar a necessidade de que a análise fosse prévia, mas para não pairar qualquer dúvida o legislador disciplina de forma redundante, utilizando tanto a expressão aprovação como exame prévio.

III A necessidade de aperfeiçoamento como componente do dever de atuação das assessorias

A atuação de assessorias jurídicas somente fará sentido caso estes órgãos estejam munidos do conhecimento necessário para sua atuação de modo a orientar de forma segura e atual a Administração Pública para a prática de atos administrativos sempre consentâneos com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O desempenho da tarefa, ao contrário do que possam pensar alguns, não está apenas relacionado com a realização de concursos públicos altamente seletivos e isentos de fraudes. Passa também essa atuação pela necessidade de que os ocupantes de tais cargos públicos estejam sempre sintonizados com as alterações legislativas e modernas técnicas de hermenêutica, que possibilitem avanços contínuos em direção à excelência do serviço público.

Obviamente que, caso não estejam os servidores públicos exercentes de cargos públicos, cujas funções sejam assessorar a Administração, se preparando diuturnamente para o cumprimento de suas atividades, em curto prazo seu trabalho não mais poderá cumprir com o que dele se espera, haja vista a dinâmica envolvida nas relações jurídicas, tanto na esfera pública como privada, com as quais fatalmente haverá de se envolver o Poder Público carente de sua orientação.

III.1 A responsabilidade de os servidores ocupantes de cargos de assessoramento jurídico se aperfeiçoarem

A ocupação de cargos públicos, diferentemente da prática que se aplica corriqueiramente no Brasil, não implica somente se submeter a concurso público e a partir desse momento limitar-se ao cumprimento burocrático das atribuições legalmente

conferidas ao cargo, mas, também, em manter-se o ocupante do cargo sempre atualizado em relação às inovações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias a respeito da atividade, de modo a aplicar todas as evoluções ocorridas em sua atuação.

Definitivamente pode-se afirmar que a atualização dos servidores ocupantes de cargos técnicos constitui aspecto fundamental do atendimento ao comando constitucional derivado do princípio da eficiência, porquanto sabendo que ser eficiente consiste em realizar um *plus* como resultado, tendo um *minus* como dispêndio de tempo e recursos.

Simplemente reproduzindo a praxe que tem realizado no órgão durante décadas não se chegará a resultados em grau máximo de eficiência, pois o esforço repetitivo, quando muito, permitirá imprimir velocidade ao trabalho, ao passo que mediante o incremento de conhecimento e inovações possibilita-se a supressão de passos desnecessários, a utilização de recursos mais modernos e eficazes, a compreensão do sistema e diminuição de prazos, o conhecimento prévio de fundamentos que serão utilizados em justificativa de posicionamentos, evitando a necessidade de pesquisas mais demoradas etc.

Enfim, o ganho administrativo proporcionado pelo aperfeiçoamento de cargos públicos de assessoramento é demasiadamente importante para ficar relegado ao descaso como tem sido com frequência nas administrações públicas, resultando tanto em pouco ou nenhum investimento por parte da estrutura administrativa como também em empenho quase nulo por parte dos servidores, que não veem nesse esforço resultado que os destaque em relação àqueles que não o empreendem.

Portanto, é imprescindível, para que se tenha uma modificação de postura com relação ao comportamento dos servidores, que ocorra como mudança estrutural, a regulamentação de meios de distinção meritória, especialmente a aplicação do que contém o art. 41, §1º, inciso III, que preconiza a realização de avaliação periódica de desempenho, a partir de sua regulamentação em lei complementar, que, apesar da inserção do dispositivo há mais de 15 (quinze) anos, ainda continua carente de edição.

III.2 O dever da administração de proporcionar aos ocupantes de cargos de assessoramento jurídico oportunidade de atualização e aperfeiçoamento

Se por um lado é dever do servidor ocupante de cargos de assessoramento jurídico manter-se atualizado em relação às inovações que vierem a

ocorrer no seu campo de atuação, caminha lado a lado com esse dever a obrigação da Administração Pública de oferecer cursos, seminários, aquisição de obras, acesso a meios tecnológicos e outros que proporcionem ao servidor angariar o conhecimento necessário para sua evolução produtiva.

Tal obrigação, aliás, não deverá ser vista pelo Poder Público no qual o servidor atua como gasto, mas como investimento, porquanto se bem direcionada resultará em ganho de produtividade, com o atendimento mais célere e eficaz das demandas públicas e dos usuários de serviços públicos, muitas vezes até mesmo tornando desnecessário o incremento no número de servidores para a realização do serviço.

Muito se tem falado em gerencialismo na Administração Pública, indicando o influxo de conhecimentos e costumes próprios da iniciativa privada na realização do serviço público, como influência direta do princípio da eficiência. Contudo, poucas foram as vezes em que essa manifestação não foi mais do que simples discurso demagógico, sem qualquer aplicação prática efetiva. Aliás, nem mesmo a iniciativa privada brasileira aplica o gerencialismo com o afinco que seria necessário para a evolução dos indicadores nacionais de produtividade, pois ainda temos um trabalhador que, apesar de despender longas horas de trabalho em sua jornada diária, não consegue produzir o mesmo que trabalhadores de países desenvolvidos.

O problema sempre identificado para a limitação de produtividade na esfera privada é o mesmo que neste momento se aponta no serviço público, deficiência de formação, ausência de sistemas de controle e inexistência de processos corretivos a serem aplicados tão logo se constate a inconformidade na realização da atividade.

IV Princípios que orientam a atuação das assessorias jurídicas nas licitações e contratos

Apesar de já serem de conhecimento correto os princípios que orientam a prática de atos da Administração Pública, é possível constatar que sua incidência na confecção de pareceres das assessorias jurídicas tem algumas características que são peculiares, sendo por isso relevante trazer a lume o sentido que tais valores assumem na confecção de peças pelas assessorias jurídicas.

IV.1 Princípio da Legalidade Estrita

Se por um lado impõe-se ao servidor atuante em assessoramento jurídico a realização de sua atividade com eficiência, disto não resultará que

a pretexto de ser eficiente esteja autorizado a descumprir ou mitigar de forma abusiva o princípio da legalidade estrita, que imprime aos agentes públicos, sejam eles de que categoria for, o dever de agir autorizados e em conformidade com a lei.

Todavia, a exigência do cumprimento da lei, seja como autorização ou como caminho a ser trilhado na confecção de ato administrativo, não poderá servir de justificativa para a inação, quando a necessidade pública reclama a atuação estatal. Se não há autorização legal para agir, ou se a forma descrita para a ação a torna inócua, é dever do servidor apontar essas impropriedades para a autoridade competente agir de modo a saná-las.

IV.2 Princípio da Impessoalidade

Se no aspecto geral o princípio da impessoalidade nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, que impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, quando aplicado aos exercentes das atividades de assessoramento o princípio exige que o posicionamento do parecerista seja despidido de conteúdo ideológico, para fazer apresentar apenas o posicionamento técnico a respeito do tema.

Obviamente que em pareceres contendo opinião jurídica ou técnica é praticamente impossível que se exclua toda e qualquer conotação ideológica, contudo, esta não deverá servir de ponto de apoio para sobrepor o posicionamento do servidor que presta o assessoramento em detrimento da decisão popular que norteou a escolha do governante e com ele da ideologia política que irá nortear as ações estatais pelo período de duração de seu governo.

Do mesmo modo, deve o parecerista compreender que, ao proferir posicionamentos técnicos a respeito dos assuntos que são levados à sua análise, não o faz em nome próprio, mas atuando como engrenagem da máquina estatal que integra e que nessa condição o parecer não poderá se prestar à sua promoção pessoal ou de ideologia que professe.

IV.3 Princípio da Moralidade Administrativa

O atendimento ao princípio da moralidade administrativa, na elaboração de pareceres pelas assessorias jurídicas dos órgãos públicos (procuradorias), resultará da constatação de atendimento dos pilares que denotam a atenção a esse princípio, conforme a definição trazida por Hely Lopes Meirelles, que, após tantas celeumas a respeito do princípio, esclareceu que a moralidade administrativa resulta da adição do legal ao honesto e à

conveniência dos interesses gerais, ou conforme o entendimento de José Afonso da Silva, adotando a concepção de Hauriou, identifica-se a moral administrativa pela reunião das regras de conduta extraídas da disciplina geral da administração.

Não haverá que se considerar, portanto, o parecerista alguém insuscetível de verificação do atendimento dos parâmetros fixados por Hely Lopes Meirelles, simplesmente porque não teria a manifestação jurídica que se submeter ao crivo de legitimidade a que se sujeitam os atos administrativos em geral. Ora, o que é o parecer expendido por um procurador ou qualquer outro tipo de advogado público senão um ato administrativo? O fato de não contar, em grande parte das vezes com o caráter de imperatividade, sendo apenas opinativo, não o desnatura como tal.

Portanto, do parecer jurídico espera-se documento que tenha sido produzido como exercício de atividade vinculada, exercida pelo seu prolator como dever de intrinsecamente atuar imbuído de probidade (lealdade intelectual), para cumprir a lei e buscar a realização do interesse público.

IV.4 Princípio da Publicidade

Sabendo que o princípio da publicidade corresponde a dar conhecimento público de um ato administrativo, sendo tal conhecimento levado a cabo mediante a divulgação oficial do ato para conhecimento público, daí surgindo oportunidade para o início de seus efeitos externos, abre-se ocasião para a compreensão a respeito do alcance desse valor (publicidade), inclusive sobre os pareceres jurídicos.

É de se anotar, na mesma linha anteriormente desenvolvida, que a publicidade não constitui elemento formador do ato, mas de requisito de eficácia e moralidade. Daí porque os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares dispensam-na para sua exequibilidade, quando a lei ou regulamento o exige.

Do princípio da publicidade decorre o dever de que sejam elaborados pareceres cujo conteúdo não seja hermético, somente compreensível pelos doutos, podendo ser aferível pelo cidadão médio quanto à conclusão nele contida, permitindo-se aferir o cumprimento do silogismo que cada parecer deve materializar.

IV.5 Princípio da Eficiência

Já não é mais admissível que se aplique como limite de atuação das assessorias jurídicas a simples fiscalização de documentos, sem qualquer preocupação com os efeitos concretos desses mesmos documentos no campo em que se pretendia a

atuação estatal. Ou seja, a função dos advogados públicos deve ir além da simples conferência do processo administrativo que conduz à contratação e do instrumento de contrato, para alcançar também a execução destes, ou então será apenas uma encenação do *script* de uma peça de teatro, onde se privilegia o meio sem qualquer interesse no fim que deve ser perseguido.

Ora, o princípio da eficiência não possui outro intento senão a atuação rápida e precisa da administração, valendo-se dos meios mínimos necessários, para a obtenção dos melhores resultados possíveis, o que não será obtido pela simples aferição da regularidade documental nas contratações públicas.

Sobre o tema, em recente publicação na revista eletrônica Consultor Jurídico, chamando atenção para a necessidade de se fiscalizar a execução dos contratos, escreveu Fabrício Motta, com a pericuidade que lhe é característica:

A importância essencial da função exercida pelo fiscal não costuma ser objeto de atenção por parte da Administração: não há investimento na capacitação dos fiscais, existentes em número insuficiente para o volume de contratos; a escolha recai sobre servidores sem o conhecimento técnico do objeto e das cláusulas do contrato. O resultado dessa desídia é conhecido em todos os rincões desse imenso Brasil: obras de baixa qualidade, serviços prestados de forma inadequada, fraudadores sem sanção, pagamentos acima do valor de mercado.¹

A rigor, jamais deveria ter-se tomado como cumprido o dever funcional do assessor jurídico pela simples verificação da regularidade documental no caso das contratações públicas. No entanto, será exagerado exigir desses profissionais a realização de fiscalização na execução de contratos quando não se-lhe dê o necessário apoio técnico correspondente, haja vista que a execução contratual não se restringe ao campo jurídico, mas espalha-se por tão distintas direções quantas são as necessidades públicas a serem atendidas.

Se é tardio o exercício dessa incumbência, deve-se conformar com o fato de que inúmeras são as situações que apenas tardiamente adquirem os devidos contornos e, quase sempre, a adequação destes é decorrente de danos significativos causados pelo não atendimento anterior das cautelas devidas.

¹ *Licitar não basta, é preciso fiscalizar a execução dos contratos.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/interesse-publico-licitar-nao-basta-preciso-fiscalizar-execucao-contratos>>, acesso em: 24 maio 2016.

IV.6 Princípio da Economicidade (desdobramento do princípio da eficiência, voltado à preocupação com o erário, fazendo com que o parecerista, ao manifestar-se a respeito de licitações e contratos, se preocupe com a legitimidade das despesas que advirão da licitação e do contrato)

V A possibilidade da “captura” das assessorias nas licitações e contratos

É evidente que a atuação das assessorias jurídicas ou procuradorias assume, ao menos em grande parte de suas atividades, contornos de controle, possibilitando que em algum ponto do desempenho dessa atividade, pela ocorrência de problemas de ordem econômica (baixa remuneração), ética (corrupção), ideológica (impregnação do posicionamento técnico por ideologia) ou simplesmente intelectual (ausência de aperfeiçoamento e atualizações técnicas), a autonomia desses profissionais seja comprometida e o resultado de seus posicionamentos não seja aquele esperado.

Assim, o que se tem é que, não obstante a independência formal dos órgãos integrados por estes procuradores ou advogados públicos, a ocorrência do fenômeno que ficou conhecido como “captura”, assim descrito por Marcos Juruena Vilela Souto, que, apesar de referir-se a agências reguladoras, também é aplicável aos órgãos de controle da administração direta:

A independência não afasta o risco da captura do regulador pelo fato de sua atividade ser custeada pelo sujeito regulado, ao que se opõe Lúcia Helena Salgado argumentando que isso poderia se dar no início (a regulação seria, na lição de Stigler, adquirida pela indústria e desenhada e operada primariamente para seu benefício); tal raciocínio se opõe à linha de Peltzman, para quem nenhum interesse econômico captura de forma exclusiva o corpo regulatório. Ele gera um equilíbrio em que o político, maximizador de utilidade, aloca benefícios entre grupos otimamente. Assim, dado que consumidores podem oferecer votos ou dinheiro em troca de algum afastamento do equilíbrio do cartel, a proteção pura do produtor não será, em geral, a estratégia política dominante. A captura decorre, basicamente, da experiência e do conhecimento técnico dos regulados, que forçarão, sempre, uma regulação que lhes seja mais viável. Isso se combate com a presença de agentes públicos qualificados, sejam do quadro de apoio e direção, sejam contratados para prestar serviços.

A possibilidade de colapso regulatório em função da captura não decorre apenas do poder intelectual e econômico do regulado; a captura pode ser política,

quando, por lei ou por ato de império (de duvidosa validade), o Poder Público retira a competência do órgão regulador ou lhe retira a característica de independência ou os elementos de autonomia a ela inerentes; pode ocorrer, também, pelo consumidor, que, detendo o direito de voto, pode organizar greves e manifestações, valendo-se de grupos de pressão e de instituições oficiais, que desautorizam as ações do regulador. Pode, até mesmo, decorrer da presença de empresas sob o controle estatal em regime de competição com empresas privadas minoritárias no setor (como, por exemplo, no setor de energia elétrica, em relação à auto-regulação idealizada para o mercado atacadista de energia).²

Não é adequado que órgãos estatais encarregados da realização de controle, inclusive jurídico, olvidem da importância de seu propósito deixando de se atualizar, não possuindo estrutura adequada para a realização de suas ações, não tenham retribuição pecuniária condizente com a complexidade de suas tarefas, atendendo ao que expressa o art. 39, §1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, abrindo oportunidade aos diversos tipos de captura possíveis.

VI A inviabilidade do exercício de assessoria jurídica por ocupantes de cargos comissionados

Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, em 04.06.1998, que trouxe a denominada “reforma administrativa”, a Constituição de 1988, em seu art. 37, inciso V, passou a limitar o uso de cargos e funções comissionadas a atividades de direção, chefia e assessoramento, indicando que atividades que integrem carreiras estatais não podem ser desenvolvidas por indivíduos que não tenham ingressado no serviço público mediante a submissão e aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Apesar de apenas ter sido incluída expressamente na Constituição em 1988, não é possível afirmar que tal exigência não estivesse antes implícita, haja vista a presença dos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Isto para não falar no princípio da continuidade das ações administrativas, que não se compatibiliza com o exercício de atividades típicas de administração por quem integra o governo.

Somente atribuições de governo podem ser conferidas para o exercício de comissionados, sob pena de violação do que atualmente traz de

modo expresso o texto constitucional em seu artigo 37, inciso V, mas que outrora podia ser extraído do sistema de princípios que estrutura o Estado Brasileiro. Em se tratando de pareceres jurídicos, dada a natureza destes, maior ainda a razão para se ter como inviável a sua produção por comissionados, haja vista que, como já afirmado antes, ter-se-ia grande possibilidade de que tenha ocorrido a captura ideológica.

VI A responsabilização das assessorias por Tribunais de Contas e pelas Cortes Superiores de Justiça

Em não poucas oportunidades têm as cortes de contas, em especial o Tribunal de Contas de União, procurado imprimir responsabilidade a pareceristas, em muitas destas ocasiões sem qualquer lastro razoável, haja vista que a razão de tais responsabilizações, em muitos casos, é lastreada em simples discordâncias pelo tribunal com a tese esposada pelo parecerista, sem qualquer indicação de má-fé ou implausibilidade.

Exemplo desse posicionamento do Tribunal de Contas da União encontra-se no Acórdão 1487/2006 – Plenário, cuja ementa traz o seguinte:

EMENTA: PEDIDO DE REEXAME. PROCESSUAL. ARGUMENTAÇÃO JÁ REFUTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PARECERISTA. LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA RATIFICAÇÃO DE ATO. NEGADO PROVIMENTO.

1. A reprodução das argumentações utilizadas em sede de alegações de defesa ou razões de justificativa já apresentadas e refutadas pelo TCU é insuficiente para motivar a reforma da deliberação recorrida.
2. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar a decisão a ser tomada pela Comissão de Licitação, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos.
3. A comissão de licitação assume para si a responsabilidade decorrente do ato, ao ratificar a decisão de desclassificar a proposta de empresa licitante sem submeter a documentação apresentada ao parecerista inicial.

Como se vê, na própria ementa reconhece o Tribunal que se trata de erro técnico, inclusive de difícil detecção, e não de má-fé do parecerista, o que faz com que se atribua responsabilidade independentemente da existência de intenção por parte do agente a quem se atribua a causação de dano. Ora, a se proceder assim, será possível até mesmo a responsabilização decorrente de falha a julgadores, porquanto em algum momento estes poderão cometer erros, ainda que de difícil detecção.

² SOUTO, Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 245-246.

Em outra direção encontra-se orientada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Especial nº 1.183.504-DF (2010/0040776-5), que teve a seguinte ementa:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTUS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7 DO 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.

4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.

5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ.

6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamento para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo.

Recurso especial improvido.

Já o Supremo Tribunal Federal, em voto da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, proferido no Mandado de Segurança 24.631-6 Distrito Federal, faz distinção valiosa sobre diversos tipos e graus de comprometimento dos pareceristas, conforme maior, menor ou nenhuma subordinação da decisão administrativa ao seu conteúdo:

EMENTA: 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.* (grifei para destaque)

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.

Portanto, prevalece a compreensão segundo a qual a responsabilização de pareceristas está vinculada à demonstração de má-fé, caracterizada como dolo ou culpa grave, e, no caso desta última, que tal culpa se materializada em erro, que seja este grosseiro e não qualquer erro a que possa ter chegado o parecerista por compreensões que sejam de difícil detecção.

VIII A abstenção de realizar análise ou negativa em aprovar minutas

Se por um lado existe a necessidade de que minutas sejam analisadas e aprovadas pelas assessorias jurídicas dos órgãos, consoante expresso no art. 38, parágrafo único, de outro há a implicação de que tal possibilidade não materializa um poder endereçado aos advogados públicos, mas, como sói de esperar de poderes tipicamente administrativos, um poder-dever.

Desse modo, não caberá aos integrantes dos órgãos de assessoramento se absterem de

realizar análise ou deixar de aprovar as minutas dos contratos, editais etc., sem que tal negativa esteja fundamentada na inadequação de tais esboços, em vista do que expressa a lei a respeito de suas redações. O ato de recusa da aprovação possui natureza vinculada, do que resulta que deverá trazer expressa a motivação que norteou a sua reprovação. Não havendo razão legal para a recusa de aprovação a atitude irá caracterizar o descumprimento de dever legal e, conseqüentemente, se firmar como transgressão disciplinar acarretadora de processo administrativo, com a possibilidade de sancionamento.

A responsabilidade dos pareceristas, portanto, tanto poderá ocorrer em vista de ação como de omissão em emitir posicionamento em vista do dever imposto por lei. Não haverá segurança absoluta na ação, mas não é adequado que se pretenda responsabilizar parecerista por adoção de determinada tese jurídica, ainda que minoritária, conquanto que plausível. Do mesmo modo, a inação não pode ser vista como porto seguro, premiando aquele que se omite, fugindo da responsabilidade do cargo mediante esquivas que o afastem do múnus do cargo.

Conclusão

Não se espera de pareceristas a perfeição que os façam infalíveis, mas cobra-se que estejam sempre se atualizando, em especial nos temas que lhes são diretamente afetos, para que adquiram e mantenham a expertise que os tornem insuscetíveis de captura pela produção advinda da inteligência a serviço de entidades e organismos sujeitos à sua atuação de controle.

O Poder Judiciário, balizando a respeito da atividade consultiva dos órgãos de assessoramento jurídico, já se posicionou que apenas nos casos em que for constatada má-fé ou erro grosseiro poderá se impor responsabilidade pessoal ao parecerista, reconhecendo que destes não se cobra a infalibilidade, mas reclama-se atuação segura e orientada

pelo aperfeiçoamento constante que torne natural seu trilhar pelas vias da legalidade.

No entanto, é imperioso que a atuação dos advogados públicos, no desempenho de seu mister de acompanhar as licitações e contratações públicas, não se resuma à aferição da conformidade do documental afeto a estas com o que expressa a lei, sendo relevante que extrapolem esse limite, para adentrar na verificação da execução contratual, porquanto de nada adiantará ter contratação perfeita se a execução não corresponde com o interesse público que deveria ser concretizado com o ajuste.

Fiscalizar o andamento do processo licitatório e da execução dos contratos, mediante a aplicação de mecanismos interdisciplinares, valendo-se o profissional do direito da colaboração de profissionais integrantes de outros ramos do conhecimento, conforme o objetivo licitado ou contratado, fará com que a regularidade antes existente apenas no conjunto de documentos relativos a tais ações seja também buscada no plano dos fatos deles decorrente e, com isto, se obtenha maior eficiência estatal.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

MOTTA, Fabrício Macedo. *Licitar não basta, é preciso fiscalizar a execução dos contratos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/interesse-publico-licitar-nao-basta-preciso-fiscalizar-execucao-contratos>>, acesso em: 24 maio 2016.

SOUTO, Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Atuação e responsabilidade da assessoria jurídica nas licitações e contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 9-16, jun. 2016.
