

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADRIANA TEIXEIRA MENDES COUTINHO

**A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO
PARECERISTA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:** uma análise a partir dos
posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União

São Luís

2017

ADRIANA TEIXEIRA MENDES COUTINHO

**A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO
PARECERISTA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: uma análise a partir dos
posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Arnaldo Vieira Sousa

São Luís

2017

ADRIANA TEIXEIRA MENDES COUTINHO

**A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO
PARECERISTA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:** uma análise a partir dos
posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União

Monografia apresentada ao Curso de graduação em
Direito, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco
– UNDB, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Arnaldo Vieira Sousa

Aprovada em: ____/____/2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Arnaldo Vieira Sousa (orientador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

1º Examinador

2º Examinador

Aos meus pais, Márcia Maria e José Santana Coutinho, por acreditarem em mim e nunca terem medido esforços para a realização dos meus sonhos. Sem eles, nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus por sempre estar ao meu lado nos momentos mais difíceis e nunca ter desistido de mim, mantendo-me firme diante de todas as dificuldades e dando-me a oportunidade de concluir mais esta etapa da minha vida.

Aos meus pais, Márcia e José Santana, por todo amor, dedicação e por tudo que fizeram e ainda fazem por mim. Sem eles, a conclusão desta etapa não seria possível. Obrigada por estarem sempre ao meu lado. Meu amor por vocês é infinito!

Ao meu avô, que infelizmente não está mais entre nós, mas tenho certeza de que, de onde estiver, sempre torceu e cuidou de mim. Agradeço também a todos que sempre cuidaram de mim durante a minha infância e sem os quais eu não seria quem sou hoje.

À Raissa Daniela Pompeu Oliveira, por ser minha parceira de cases, papers, provas, Exame de Ordem e momentos felizes ao longo do curso.

A Sérgio Henrique Sorocaba Ayoub Omena, por compartilhar diversos momentos felizes comigo ao longo do curso.

A Bruno Everton de Neres, por ser uma pessoa extremamente especial e amiga. Obrigada por todos os momentos em que me consolou e me fez sorrir. Sua amizade foi do estágio para vida! Tens um lugar guardado no meu coração.

A Matheus Silveira, meu amigo de infância, pelo companheirismo ao longo da escola, da faculdade e da vida. Obrigada por nunca esquecer de mim.

Aos meus amigos, Jefferson Morais, Eliomar Alves, Henrique Araújo, Thiago Fonteles e Gabriel Aranha, pelas alegrias proporcionadas.

A todos os meus amigos, por toda paciência e companheirismo que tiveram comigo durante a elaboração da monografia.

A todos da Consultoria Jurídica da União no Estado do Maranhão, em especial à Dra. Renatha Moreira, por ter acreditado no meu potencial na primeira oportunidade de estágio que tive em minha vida. Ao Dr. Alessandro Neres Lindoso, por todas as dúvidas pacientemente tiradas e ao Dr. Cleyton Ribeiro Junior e Dr. Arantes, por todo conhecimento que me passaram. Obrigada, Vanessa Sousa e Ana Cristina, por terem me proporcionado momentos muito legais e divertidos e me ajudado na adaptação em meu primeiro estágio. Agradeço de coração, pois a minha prática, neste órgão, tornou este tema possível.

Aos meus parceiros de jornada da Advocacia-Geral da União, Luann Phillipe, Guilherme Moreira, Vanilse Santos, Ana Paula Noletto, Caroline Lima e Wady Matni.

A todos da Procuradoria da Fazenda, pela experiência incrível que pude ter. Por

todo conhecimento que levarei para vida toda. Agradeço a todos os servidores e procuradores que sempre me incentivaram a ser alguém melhor e mais comprometida com o meu trabalho. O conhecimento, certamente, foi além de questões processuais, foi para vida.

Obrigada, Dr. João Gomes Cantanhede, por tudo que fizeste por mim, toda compreensão, carinho e troca de conhecimentos.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Arnaldo Vieira Sousa, por sempre ter me tranquilizado nos momentos em que me desesperei. Obrigada pela paciência, compreensão, dicas e recomendações durante a elaboração deste trabalho.

Gratidão.

RESUMO

O presente trabalho objetiva debater a respeito da responsabilidade administrativa do advogado público parecerista no procedimento licitatório em âmbito federal. Tal questionamento se deu em virtude da redação do parágrafo único do art. 38 da Lei nº. 8.666/1993, que prevê um exame e aprovação das minutas de editais, assim como de posicionamento do Tribunal de Contas da União em responsabilizar solidariamente tais causídicos com o administrador público, fato que deu ensejo à impetração de mandado de segurança que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal e que deu origem a diversos fundamentos importantes para o estudo. Visando discutir o tema, discorreu-se a respeito da licitação na legislação pátria, a natureza jurídica do parecer e sua obrigatoriedade na dispensa e inexigibilidade. Em seguida, abordou-se o papel do advogado público na licitação, bem como sua relevância como função essencial à justiça do Estado Democrático de Direito, sua atuação e responsabilidade no exercício da função consultiva e também quanto à importância do parecer como controle de legalidade preventivo e sua integração como motivação da decisão do administrador. Além disso, foi explicitado sobre as responsabilidades às quais estão sujeitos os servidores públicos. Por fim, realizou-se uma análise da responsabilidade administrativa dos membros da Advocacia-Geral da União, a partir dos fundamentos suscitados nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

Palavras-chaves: Responsabilidade. Advogado público. Parecer. Função consultiva.

ABSTRACT

This study aims on discussing the administrative responsibility of the public relations lawyer in bidding procedures on Federal Scope. Such topic arises in consequence of the single paragraph from article 38 of law n° 8.666/1993, that determines the analyzation and approval of auction notice protocols, as well as the position of the Union Court of Auditors in supporting the accountability of such lawyers with the public administrator, this generated a will to file a writ of mandamus that was judged by the Supreme Federal Court and originated several fundaments essential to this study. Highlighting this topic, it was discussed the Brazilian legislation on bidding, it's juridical nature, and it's compulsory dispensation and unenforceability. Following, it was stated the role of the public lawyer in bidding procedures, as well as it's relevance as an essential service for the Democratic State, also, it's enforcements and accountability in the operation of consultative functions, and additionally, the importance of legal advice in regulating preventative legality and it's integration as the motive of the administrator's decision. Furthermore, it was demonstrated the legal responsibility of the public employee. To conclude, an analysis was done about the administrative responsibility of the members of the Union Court of Auditors, on behalf of the fundaments raised by the Supreme Federal Court's and Union Court of Auditors' decision.

Keywords: Accountability. Public Attorney. Legal Advice. Consultative Function.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
AGU	Advocacia-Geral da União
<i>Apud</i>	Citado por
art.	Artigo
CC	Código Civil
CETEAD	Centro Educacional de Tecnologia em Administração
DATAPREV	Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
ed.	Edição
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PDF	<i>Portable Document Format</i> (Formato Portátil de Documento)
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL	14
2.1	As modalidades de licitação segundo a Lei nº 8.666/1993	14
2.2	A exigibilidade de parecer jurídico na modalidade pregão com base na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2005	21
2.3	A importância do parecer no procedimento da dispensa e inexigibilidade de licitação	23
2.4	A obrigatoriedade e natureza jurídica do parecer segundo o parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativo	26
3	O PAPEL DO ADVOGADO PÚBLICO NA LICITAÇÃO	28
3.1	A relevância da advocacia pública como função essencial à justiça no Estado Democrático de Direito	28
3.2	A atuação e responsabilidade no exercício da função consultiva	31
3.3	A importância do parecer como controle de legalidade preventivo e motivação da decisão do administrador público	35
4	A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM ÂMBITO FEDERAL	40
4.1	A responsabilidade dos agentes públicos	40
4.1.1	A responsabilidade, civil, penal, administrativa e o processo administrativo disciplinar	41
4.2	Os posicionamentos dos Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União	46
4.3	Uma análise da responsabilidade administrativa dos membros da Advocacia-Geral da União e da incompetência do Tribunal de Contas da União para o julgamento destes advogados no exercício da sua atuação consultiva	55
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 afirma que “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.” (BRASIL, 1988). Partindo da leitura deste dispositivo legal, surgem dúvidas quanto à natureza jurídica do parecer emitido pelos advogados públicos no procedimento licitatório e as consequências que podem acarretar em uma possível responsabilização.

O tema se tornou ainda mais interessante, devido ao posicionamento do Tribunal de Contas da União que pretendeu responsabilizar solidariamente os referidos causídicos com os administradores públicos, fato que deu ensejo à impetração de mandado de segurança em face da corte de contas e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, o caso retratado no julgamento do Mandado de Segurança nº. 2.4073-3, de certa forma, iniciou a discussão a respeito do assunto, visto que foram apresentados argumentos bastante interessantes, tais como a possibilidade de responsabilização somente em casos de erro grosseiro/inescusável ou prática de atos com culpa e, ainda, a incompetência do Tribunal de Contas para julgamento e a inviolabilidade profissional do citado advogado no exercício da sua função consultiva, frente ao interesse público¹ (BRASIL, 2002).

Diante disso, ressalta-se que o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 elenca uma série de princípios que balizam a Administração Pública tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todos eles decorrem do regime jurídico-administrativo que é alicerçado em prerrogativas e limitações,

Sendo assim, é possível afirmar que, para o Direito Administrativo, os princípios constituem uma importante parcela a ser estudada e discutida visto que convergem para um fim em comum: o interesse público, sendo de extrema importância que a conduta dos agentes públicos se harmonize com este objetivo, sob pena de desvios de finalidade e possível responsabilização.

E para que tal interesse público seja alcançado, a Administração, frequentemente, precisa da participação de terceiros e uma das formas é realizando contratos administrativos. Contudo, a assinatura da referida avença pressupõe a realização de um procedimento que

¹ O Procurador do Estado do Rio de Janeiro, José Vicente Santos de Mendonça (2009) afirma, inclusive que esse caso foi um *leading case* por muito tempo em relação ao tema, ou seja, ele iniciou a discussão relacionada à possibilidade de responsabilização do advogado público parecerista. Vale ressaltar ainda que, tal decisão é citada até mesmo em outros julgamentos.

pode ser mais ou menos complexo e que, a princípio, deve servir para a escolha da proposta mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público, ou seja, a licitação.

A Lei nº 8.666/1993, referente a licitações e contratos administrativos, pontua passo a passo deste procedimento administrativo tão utilizado, inclusive a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da obrigatoriedade no art. 37, inciso XXI. Vale ressaltar que a licitação deve seguir não apenas os princípios basilares expressos na Constituição Federal, mas também os inerentes que são previstos no art. 3º do regramento próprio, tais como: isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, promoção do desenvolvimento sustentável, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

É justamente na fase interna da licitação que o problema surge, pois na realização desse “exame” e “aprovação” o advogado estaria somente exercendo sua atividade em âmbito consultivo, inclusive, prevista constitucionalmente. Por isso, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a responsabilidade administrativa do advogado público parecerista no procedimento licitatório a partir dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

Partindo deste pressuposto, foram traçados alguns objetivos específicos de modo a facilitar a compreensão, sendo estes: estudar a importância do parecer como possível motivação do ato decisório da autoridade administrativa, expor a relevância do advogado público na licitação e discutir os fundamentos que embasam a responsabilização ou não.

Com base nos objetivos, a pesquisa se classifica como exploratória, visto que se buscou um aprimoramento das ideias já existentes para que se chegasse a um resultado, já quanto aos procedimentos, se classifica como bibliográfica, pois foi baseada em livros, artigos científicos, teses e jurisprudência já elaborados (GIL, 2002, p.40-44).

O método utilizado, segundo Marconi e Lakatos (2003, p. 95-96), foi o hipotético-dedutivo, pois há um questionamento originado a partir de fundamentos utilizados na análise jurisprudencial e doutrinária, a partir do qual se buscou respostas provisórias fazendo críticas e dialogando ante o surgimento de novos problemas que surgiram no decorrer do trabalho. Sendo assim, a pesquisa tem importância social, científica e pessoal.

A discussão tem relevância para a sociedade, uma vez que a licitação é um procedimento muito utilizado pela Administração para o alcance do interesse público. Conseqüentemente, a importância científica se relaciona ao enriquecedor debate doutrinário e jurisprudencial. Destacam-se os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União que possuem fundamentos interessantes para análise do tema da

responsabilização do advogado público, atuando no exercício de sua função consultiva no procedimento licitatório em âmbito federal.

O motivo pessoal pelo qual a autora escolheu o tema foi a realização de estágio na Consultoria Jurídica da União no Estado do Maranhão pelo período de 2 (dois) anos. No órgão consultivo da Advocacia-Geral da União, sua função era analisar processos administrativos e elaborar pareceres jurídicos relacionados à minutas de editais de licitações, dispensas e inexigibilidades de licitação, termos aditivos e de apostilamento de contratos administrativos, abonos de permanência, autos de infração e outros temas. Por isso, seu interesse surgiu de questionamentos feitos a partir de casos concretos com a realização da prática jurídica extracurricular.

A importância científica se pauta na necessidade de uma discussão mais aprofundada diante de um tema que ainda não é discutido de forma efetiva. Por isso, buscou-se analisar os argumentos demonstrados pela doutrina e jurisprudência, que embasam a responsabilização e os argumentos utilizados pelos próprios advogados quando da impetração de mandado de segurança em sua defesa. Contudo, não houve nenhuma intenção de esgotar tema ainda tão vasto.

Portanto, no primeiro capítulo do presente trabalho, estuda-se a licitação na legislação pátria. Tal demonstração tem por escopo a visualização do parecer dentro do procedimento referido na Lei nº 8.666/1993, por isso, serão expostas as modalidades de licitação existentes, bem como a exigibilidade da peça opinativa no pregão e sua importância na dispensa e inexigibilidade de licitação. Também discute-se a natureza jurídica do parecer e a sua obrigatoriedade prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

No capítulo subsequente, realiza-se uma abordagem da importância do advogado público na licitação, ressaltando-se a relevância da sua atuação como função essencial à Justiça no Estado Democrático de Direito. Desta feita, destaca-se os dispositivos constitucionais pertinentes, bem como comenta-se a respeito da atuação em âmbito contencioso e consultivo. Além disso, também discute-se a importância da do parecer como controle preventivo de legalidade, visto que pode integrar a motivação do administrador.

No último capítulo, aborda-se a questão da responsabilidade do advogado público parecerista no procedimento licitatório, fazendo uma breve exposição dos tipos de responsabilidade existentes. Também faz-se uma análise jurisprudencial com base nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União a respeito do tema.

Por fim, discute-se a responsabilidade administrativa dos membros da Advocacia-Geral da União em seu âmbito consultivo e, conseqüentemente, da sua estrutura organizacional e da competência da sua Corregedoria-Geral, apontando a independência de sua atuação em relação à Corte de Contas para a apuração em processo administrativo disciplinar.

2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL

O presente capítulo se propõe a fazer uma introdução ao tema, expondo as modalidades de licitação, segundo a Lei nº. 8.666/1993 e em que momento do procedimento surge a figura do advogado público e, conseqüentemente, do parecer emitido na análise das minutas de editais. Além disso, explicita-se quanto à exigibilidade desta peça opinativa no pregão, com base na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2005 e nos processos de dispensa e inexigibilidade.

Nesta mesma direção, um outro aspecto muito importante discutido foi quanto à natureza jurídica do parecer, visto que não há uma posição pacífica na doutrina e jurisprudência e esse fato dá margem a diversas interpretações que ocasionam repercussões na responsabilização do advogado emissor destas peças.

2.1 As modalidades de licitação segundo a Lei nº 8.666/1993

O regime jurídico-administrativo é alicerçado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1967, p. 8), seria “um ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios do Direito Administrativo.” Como consequência desse regime baseado em prerrogativas e limitações à atuação do agente público, decorrem outros princípios que balizam a Administração Pública, sendo eles explícitos constitucionalmente ou reconhecidos pela doutrina e jurisprudência.

O art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 elenca os princípios norteadores da Administração Pública². Neste sentido, é notável a importância que o atendimento ao interesse público exerce no âmbito do Direito Administrativo, sendo que este deve ser o fim primordial da atuação do administrador.

No entanto, para que o interesse público seja alcançado, a Administração precisa utilizar bens e serviços que são fornecidos por terceiros, tais como equipamentos, bens e serviços e também execução de obras. Por isso, um instrumento para tal objetivo é a licitação, que tem a natureza jurídica de um procedimento administrativo com fim seletivo, objetivando a obtenção da proposta mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse da coletividade

² Os princípios explícitos são o da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, sendo que este último passou a integrar a legislação brasileira com a edição da Emenda Constitucional 19/98. Também existem os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, conforme pode ser evidenciado nas Súmulas 346 e 473 do STF (BRASIL, 1988).

(CARVALHO FILHO, 2016, p. 246). Inclusive, a própria Constituição, em seu art. 37, XXI, estabelece o princípio da obrigatoriedade da licitação³.

A competência para licitar é estabelecida no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, bem como no art. 1º da Lei nº 8.666/1993, ou seja, há obrigatoriedade de todas aquelas entidades que recebem dinheiro público, tais como: os entes da Administração Direta, da Administração Indireta, os Fundos Especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo poder público (BRASIL, 1993).

A Lei nº 8.666/1993 elenca algumas modalidades de licitação, tais como a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Sendo assim, em primeiro lugar, é válido destacar que tais procedimentos licitatórios devem obedecer aos fundamentos da moralidade administrativa e igualdade de oportunidades e aos princípios básicos inerentes à licitação, sendo o da legalidade, moralidade e impessoalidade, publicidade, probidade administrativa, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo (CARVALHO FILHO, 2016).

No que tange a tais princípios, ressalta-se que não há conformidade na doutrina. Sendo que o da igualdade diz respeito a não apenas a possibilidade que a Administração tem de escolher a proposta que melhor atenda ao interesse público, mas que aqueles que estejam interessados em contratar sejam tratados com paridade, estando também relacionado ao princípio da isonomia que veda o tratamento diferenciado aos licitantes, contudo existem exceções, mas todas previstas em lei tal como a Lei Complementar nº 123/2006, que beneficia as micro e pequenas empresas (DI PIETRO, 2010).

O princípio da legalidade também é de suma importância, pois o procedimento licitatório está vinculado à lei e deve ser seguido à risca segundo seu rigor formal, inclusive, também há vinculação ao instrumento convocatório, sendo as normas e condições todas estabelecidas no edital sob pena de nulidade. Também há o princípio da impessoalidade que estabelece o tratamento igual em direitos e obrigações a todos os licitantes, ou seja, a Administração deve se pautar em critérios objetivos, sendo importante destacar também o princípio do julgamento objetivo, pois todas as normas são ditadas no edital (DI PIETRO, 2010).

E ainda, o princípio da publicidade, previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993,

³ “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988).

afirma que deve haver a divulgação do procedimento e também dos atos da Administração praticados em todas as fases para fiscalização da legalidade do certame, inclusive tem procedimentos que exigem maior publicidade como, por exemplo, a concorrência, devido ao alto valor estimado para contratação previsto na lei acima de R\$ 1.500.000, 00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e acima de R\$ 650.000, 00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços (DI PIETRO, 2010).

Destacam-se ainda os princípios da moralidade e probidade, pois no que diz respeito à licitação, a Administração deve seguir o que vincula a lei, mas também, de acordo com a moral e os bons costumes, regras de boa administração e equidade (DI PIETRO, 2010). Partindo deste pressuposto, é válido destacar as modalidades de procedimentos definidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A concorrência se caracteriza por ser mais ampla e utilizada para contratações de grande vulto, ou seja, valores mais altos. Além disso, podem participar “quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto” (BRASIL, 1993a). É interessante enfatizar que este procedimento é o que possui maior rigor formal, bem como o que exige ampla publicidade, devido aos recursos financeiros que serão utilizados para a realização do futuro contrato (CARVALHO FILHO, 2016).

A tomada de preços é destinada para contratações de vulto médio e, comparativamente à concorrência, exige menor formalidade. Segundo a lei, deve ser realizada “entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (BRASIL, 1993a).

Já o convite é uma modalidade menos formal, pois se destina a contratações de menor valor, inclusive, nesta modalidade, não há edital, mas sim “cartas-convite” que são enviadas a, no mínimo, três interessados do ramo pertencente ao objeto da avença, escolhidos discricionariamente pelo administrador (CARVALHO FILHO, 2016).

Também existe o concurso que é uma modalidade destinada a “quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores” (BRASIL, 1993a). Este procedimento não visa uma contratação, mas sim a seleção de um projeto de cunho intelectual, pois no caso em questão, o autor cederá à Administração os direitos patrimoniais, bem como a permissão para utilização conforme sua conveniência (CARVALHO FILHO, 2016).

Por fim, o leilão é para “quaisquer interessados, para a venda de bens móveis

inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis” (BRASIL, 1993a). Nesta modalidade de licitação, os interessados formulam lances, sendo que este deve ser igual ou superior à avaliação. Além disso, duas características devem ser lembradas: a ampla publicidade que deve ser dada a este procedimento, bem como a avaliação e consequente preservação patrimonial dos bens públicos, conforme o art. 53 da Lei nº 8.666/1993.

Destarte, as modalidades de licitação não devem ser confundidas com os tipos que são previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/1993, que são: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta. Sendo que o pregão tem como tipo o “menor preço” conforme é previsto no art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002 (CARVALHO FILHO, 2016).

Após essa breve introdução sobre as modalidades e tipos de licitação existentes segundo a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei do Pregão é interessante explicar como ocorre este procedimento administrativo, bem como analisar em que momento há o surgimento da figura do parecer e a sua importância.

O art. 38, caput, da referida Lei, é claro em afirmar que “o procedimento da licitação será iniciado com 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” (BRASIL, 1993a). Além disso, o dispositivo ainda elenca uma série de documentos que deverão ser juntados oportunamente

- I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;** (Grifo nosso)
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Desta feita, o procedimento é composto por duas fases, sendo uma interna e uma externa. A primeira é iniciada na própria repartição interessada, com a definição do objeto, motivação e recursos que serão utilizados para a despesa e a segunda se desenvolve através de

atos sequenciais que são a audiência pública, o edital ou convite de convocação dos interessados, o recebimento da documentação e propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, adjudicação e homologação (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

A maioria da doutrina toma por base a concorrência para explicar os outros procedimentos licitatórios, tendo em vista esse ser o mais complexo e que exige um maior rigor formal em decorrência do valor contratado. Inclusive, é válido destacar uma divergência doutrinária quanto ao momento de início da licitação, pois para uma parte dos doutrinadores, ele começa com a abertura do procedimento e, para outros, apenas com a convocação dos interessados no edital. Contudo, acredita-se majoritariamente que realmente o início ocorre com a abertura do procedimento, o que se convencionou em chamar de fase interna (CARVALHO, 2017).

Durante a fase interna deve ser formulada a motivação da contratação, que é um ponto extremamente importante, pois justificará a real necessidade de realização de um certame que acarretará em uma contratação que deve não apenas ter importância para a realização da atividade do ente estatal, mas principalmente alcançar o interesse público. Além disso, também há o dever de apresentar a declaração de adequação orçamentária, contudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça enfatiza que não há necessidade dessa real disponibilidade durante a licitação, mas sim quando da realização do contrato, ou seja, é preciso somente a previsão de recursos orçamentários, conforme jurisprudência destacada por Carvalho Filho (2016).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. OBRA PÚBLICA. ART. 7º, § 2º, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. 1. Trata-se de discussão acerca da interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93: se há a exigência efetiva da disponibilidade dos recursos nos cofres públicos ou apenas a necessidade da previsão dos recursos orçamentários. 2. Nas razões recursais o recorrente sustenta que o art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 exige para a legalidade da licitação apenas a previsão de recursos orçamentários, exigência esta que foi plenamente cumprida. 3. O acórdão recorrido, ao se manifestar acerca do ponto ora discutido, decidiu que "inexistindo no erário os recursos para a contratação, violada se acha a regra prevista no art. 7º, § 2º, III, da Lei 8.666/93". 4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de "previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma", ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária. 5. Recurso especial provido (BRASIL, 2012).

Diante disso, é nesta fase que é elaborada a minuta do instrumento convocatório e que será posteriormente encaminhada, juntamente com os seus anexos, para o órgão de consultoria jurídica para aprovação, nos moldes do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993.

Conforme já explicitado, o edital dita todas as regras que devem ser seguidas durante a contratação, de acordo com o já citado princípio da vinculação ao instrumento convocatório que, segundo a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2016), funciona como uma espécie de garantia não apenas ao administrador, mas também para os administrados que participarão ou não da licitação, pois o desrespeito às regras torna o procedimento inválido e passível de correção pelas vias administrativa ou judicial.

A fase externa é iniciada com a publicação do edital que é feita em diário oficial ou jornal de grande circulação, sendo definida uma data para abertura dos envelopes contendo documentação e propostas dos licitantes, respeitando-se o prazo de intervalo mínimo que cada modalidade de licitação possui. Com esse evento, também é iniciado o prazo para impugnação do edital. Vale ressaltar que, em decorrência da autotutela, a própria Administração pode alterar o edital de ofício e até mesmo anulá-lo (CARVALHO, 2017).

Em seguida, passa-se à fase de habilitação ou qualificação, na qual são analisados os documentos pertinentes, bem como as propostas dos licitantes, destacando-se as exigências do art. 27 da Lei de Licitações. Então, ocorre a fase de julgamento e classificação das propostas, neste momento, é de suma importância o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que todos os critérios de julgamento devem estar previsto do edital (CARVALHO, 2017). Destaca-se ainda que:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Após a classificação, a comissão licitante deve encaminhar o procedimento para a autoridade administrativa do órgão para a homologação, sendo que, nesta fase, há “mera expectativa” da empresa em ser declarada vencedora, pois pode ocorrer ainda a anulação ou revogação do procedimento por discricionariedade do administrador. Por último, ocorre a adjudicação que é “o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, dando fim ao

procedimento licitatório” (CARVALHO, 2017, p. 482).

Há bastante semelhança entre o procedimento da concorrência e da tomada de preços, sendo básica a diferença destacada no art. 21, §2º, III da lei 8.666/1993 que se relaciona ao prazo de antecedência para a publicação do edital e na fase de habilitação, pois é realizada antes do procedimento com a inscrição dos interessados no registro cadastral e durante com a apresentação da documentação necessária para o cadastramento, conforme o art. 22, §2º da referida Lei (BRASIL, 1993a). Portanto, podem participar os licitantes cadastrados, bem como aqueles que apresentarem a documentação exigida até o terceiro dia útil anterior ao recebimento das propostas (DI PIETRO, 2010).

O convite é um procedimento bastante simples, sendo que nem mesmo há instrumento convocatório, mas sim “cartas-convite” e, por meio destas, há convocação com no mínimo cinco dias úteis de antecedência com o envio das cartas a pelo menos três interessados que são escolhidos pela própria unidade administrativa, sendo facultada ainda a publicação em Diário Oficial (DI PIETRO, 2010).

Também é válido relembrar que há modalidades que não possuem procedimentos específicos, tais como o concurso e leilão. O art. 52 da Lei de Licitações e Contratos afirma que o concurso a que se refere o § 4º do art. 22 desta Lei deve ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital e que o edital deve ser publicado com 45 dias de antecedência, bem como que o regulamento deve indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e forma de apresentação do trabalho, as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos, conforme os arts. 21, §2º, I, ”a” e 52, §1º, da citada lei (DI PIETRO, 2010).

No que tange ao leilão, o art. 53 afirma que “pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente” (BRASIL, 1993,a), ou seja, a própria lei não define um procedimento específico, mas apenas remete a legislação pertinente. Contudo, deve ser amplamente divulgado na localidade em que será realizado, tendo em vista é usado para alienação de bens móveis inservíveis (DI PIETRO, 2010).

Diante do exposto, verifica-se que a licitação tem notável relevância no ordenamento jurídico, devido ao seu caráter instrumental para o alcance do interesse público. Por isso, dependendo da modalidade, pode ser mais ou menos complexa, mas sempre deve seguir o rigor formal imposto pela lei, pois tal procedimento “nas mãos” de pessoas inescrupulosas pode ser utilizado com a finalidade de fraudar, bem como desviar verbas públicas (CARVALHO FILHO, 2016).

2.2 A exigibilidade de parecer jurídico na modalidade pregão com base na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2005

A modalidade pregão é utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns pela Administração, sendo instituída pela Lei nº 10.520/2002, sendo que esta lei determinou também seu uso por Estado, Distrito Federal e Municípios, pois antes era restrito ao âmbito Federal. Também é válido destacar que o Decreto nº 5.450/2005 regulamenta o pregão na sua forma eletrônica (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

Como qualquer modalidade, o pregão também tem uma fase preparatória que, segundo o art. 3º, I, da Lei nº 10.520/2002, inicia-se com a autoridade competente justificando a necessidade de realização do certame, definição do objeto, exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, sanções pelo inadimplemento, bem como as cláusulas do contrato com fixação de prazos para fornecimento (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

Nesta seara, a motivação é fundamental, sob pena de nulidade de todo procedimento, além de definição precisa do objeto licitado e tais elementos indispensáveis deverão constar no termo de referência. Além disso, a autoridade competente também designa o pregoeiro e equipe de apoio que serão responsáveis, respectivamente, pela condução do pregão e auxílio no recebimento e análise das propostas (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

No que tange à exigência de submissão do edital do pregão e seus anexos, a aprovação pela assessoria jurídica da Administração, não há exigência expressa pela Lei nº 10.520/2002, contudo tal análise é de suma importância, caracterizando-se como um controle preventivo de legalidade. Vale ressaltar ainda que o Decreto 3.555/2000, bem como o Decreto nº 5.450/2005 em seus artigos 21, VII e 30, IX, apontam para a necessidade do parecer jurídico no procedimento referente ao pregão (CARVALHAL, 2013).

A própria redação da Lei nº 10.520/2002 afirma que são considerados bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (BRASIL, 2002), contudo, a partir da visão de Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2012), tal conceito legal é insuficiente e o que de fato os caracterizaria é a padronização, ou seja, os que podem ser substituídos sem alteração da eficiência e da qualidade, pois no pregão, é levado em consideração o fator preço e não o fator técnico.

Por fim, a fase externa se inicia com a convocação dos interessados através do

Diário Oficial da União ou meios eletrônicos. É realizado em uma única sessão pelo pregoeiro e equipe de apoio e, por ser uma modalidade do tipo “menor preço”, assim que há o recebimento das propostas se procede a abertura e verificação da conformidade com o instrumento convocatório. Após a classificação, passa-se à habilitação com a abertura do envelope que contém a documentação da empresa que fez a proposta classificada em primeiro lugar, sendo essa inversão da ordem procedimental uma particularidade desta modalidade, pois caso o vencedor não seja habilitado, analisada a documentação do classificado em segundo lugar (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

Partindo do pressuposto, pode-se afirmar que o parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos também se aplica ao pregão, inclusive decidiu o TRF-1ª Região que a referida lei se aplica subsidiariamente ao pregão. Nesta direção, Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2012, p. 365) destacaram a seguinte jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO. LEI 8.666/93, ART. 31, § 2º. LEGALIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PREGÃO. ART. 12 DA LEI 10.520/2002. EXIGÊNCIA EM CONJUNTO COM A APRESENTAÇÃO DAS GARANTIAS PREVISTAS NO § 1º DO ART. 56 DA LEI 8.666/93. POSSIBILIDADE. FINALIDADE DE COMPROVAR QUE A EMPRESA CONTRATADA POSSUI CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE CUMPRIR EFETIVAMENTE O CONTRATO. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. 1. A Lei 10.520/2002, ao instituir no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios a modalidade de licitação denominada pregão, não estabeleceu expressamente exigências acerca da qualificação econômico-financeira dos licitantes, limitando-se a dispor que o edital do certame disporá sobre os requisitos necessários à habilitação (art. 4º, III c/c art. 3º, I). 2. O Decreto 3.555/2000, ao aprovar o regulamento dessa modalidade de licitação, estabeleceu que a comprovação da qualificação econômico-financeira dar-se-á por meio da inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. 3. Embora o Decreto 3.555/2000 tenha assim disposto sobre a qualificação econômico-financeira dos licitantes, inexistente óbice à estipulação de exigência editalícia requerendo a comprovação de patrimônio integralizado líquido, no valor mínimo de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em conformidade com o § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, uma vez que esse diploma legal se aplica subsidiariamente ao pregão, nos moldes do artigo 12 da Lei 8.666/93. 4. Ainda que a Lei 8.666/93, em seu artigo 31, § 2º, tenha estabelecido que a Administração poderá exigir a demonstração de patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1º do artigo 56 daquele diploma legal, não resta defeso a exigência conjunta dessas medidas no instrumento convocatório. 5. Tais medidas têm por finalidade assegurar que a empresa contratada tenha efetivamente condições financeiras de honrar o contrato em todos os seus termos, evitando-se assim prejuízo à Administração Pública. Em última análise, são medidas que resguardam o interesse público. 6. Existência de indícios de que o objeto licitado, contratação de empresa especializada na prestação de serviços de apoio administrativo e atividades auxiliares, configure burla ao princípio constitucional do concurso público, inscrito no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Determinada a remessa de cópias dos autos à Controladoria-Geral da União e ao Ministério Público Federal. 5. Agravo de instrumento da impetrante improvido (BRASIL, 2005).

Portanto, o parecer jurídico também é essencial no procedimento do pregão, tendo em vista que ele é bastante utilizado na rotina dos órgãos públicos para diversas situações, tais como a compra de materiais de expediente, contratação de empresas de limpeza e conservação e outras compras e serviços.

2.3 A importância do parecer no procedimento da dispensa e inexigibilidade de licitação

Conforme já verificado, a licitação é um procedimento instaurado por meio da abertura de um processo administrativo que tem como finalidade a realização de um contrato para o alcance do interesse público. Neste sentido, a legislação pátria, ao definir tais modalidades, também afirma em seu art. 22, §8º, que é vedada a criação de outras modalidades, bem como a combinação das já existentes.

Neste sentido, em que pese o princípio da obrigatoriedade da licitação previsto constitucionalmente no art. 37, XXI, a própria Lei também prevê hipóteses nas quais a licitação será dispensada ou inexigível, uma vez que algumas situações não têm compatibilidade com a demora do rito licitatório, bem como quanto à viabilidade de competição.

No que tange a obrigatoriedade de licitação, ressalta-se um duplo sentido, pois além de significar a exigência da realização de tal procedimento, também indica a compulsoriedade da modalidade prevista em lei. Em resumo, veda-se a utilização de modalidade menos complexa quando a lei exige uma com maior rigor formal, por exemplo, conforme se verifica nos parágrafos §3º e 4º do art. 23, da Lei nº 8.666/1993, indicando também as possibilidades de dispensa e inexigibilidade nos artigos 24 e 25 (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

Segundo os conceitos de dispensa e inexigibilidade apresentados por José dos Santos Carvalho Filho (2016), tais procedimentos se diferenciam pelo fato de que, na dispensa, a competição é viável, contudo a particularidade do caso concreto fez com que o legislador não a tornasse obrigatória e na inexigibilidade não é possível sequer a realização do certame devido à inviabilidade de competição, sendo tais procedimentos exceções ao princípio da obrigatoriedade de licitação. Também na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 310):

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, **na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração.**

Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (Grifo nosso).

No que diz respeito à dispensa, a doutrina faz uma distinção. A licitação dispensável seria aquela que a Administração pode dispensar por conveniência, ou seja, o rol taxativo elencado pelo art. 24, da Lei nº 8.666/1993 e a dispensada a que a própria lei designou como tal, por exemplo o art. 17, incisos I e II da referida Lei (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012).

Também o artigo 25⁴ da referida Lei enumera um rol de hipóteses de inexigibilidade de licitação, contudo ele é meramente exemplificativo ao contrário dos casos de dispensa. Partindo deste pressuposto, em tais hipóteses previstas pela lei, a licitação não precisa ser realizada, contudo da mesma forma, há a necessidade da exposição dos fundamentos que embasam a futura contratação, uma vez que, nestes casos, não haverá competição.

Há interessante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolvendo parecer favorável à contratação direta no julgamento do Mandado de Segurança 24.073-3. A decisão trouxe à tona algumas discussões importantes sobre a questão, tais como a isenção técnica do advogado no exercício da sua profissão, pois o parecer teria mero caráter opinativo. No entanto, o Tribunal de Contas da União sustentou que ele constitui a motivação jurídica e, dessa forma, integram as decisões dos ordenadores de despesas. Daí decorre uma importância ainda mais elevada do parecer jurídico nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, pois nesses casos, não haverá competição e a contratação deve ser bastante motivada (MENDONÇA, 2009).

O Tribunal de Contas da União já se manifestou em relação à importância do parecer jurídico nas contratações diretas no Acórdão 1.454/2003:

Outro aspecto a salientar, este não anotado no Relatório de Auditoria, é a ausência, nos autos, de pareceres jurídicos endossando essas contratações. Constam apenas pareceres

⁴ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

técnicos. Apesar de não se tratar de uma exigência legal - o art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, exige pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, **sabe-se que, em nome da prudência administrativa, os gestores públicos buscam apoio, quase como regra, em manifestações da respectiva área jurídica, previamente a contratações por dispensa de licitação, máxime quando envolvidos valores de grande monta, como é o caso. Trata-se de um zelo administrativo, em princípio, não verificado nas contratações em comento, o que reforça a necessidade de audiência dos responsáveis** (BRASIL, 2003).

A partir do acórdão acima, verifica-se o surgimento da expressão “prudência administrativa” que indica que, apesar parágrafo único do art. 26⁵ da Lei nº 8.666/1993 não indicar a obrigatoriedade do parecer nos procedimentos para contratação direta, ele é necessário para a que o gestor público possa se orientar de forma mais adequada, uma vez que tais hipóteses são exceções à regra do dever geral de licitar previsto constitucionalmente. Sendo assim, o parecer é facultativo, contudo fundamental para a eficácia do ato (CHAVES, 2014).

Vale ressaltar ainda que, em alguns casos, a própria lei exige que tais processos sejam encaminhados à Consultoria Jurídica, conforme se verifica na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, ou seja, a LC nº 73/1993 em seu art. 11, VI, alínea “b”⁶. Desta feita, mesmo nestes casos em que a oitiva da assessoria jurídica é obrigatória, não tem caráter vinculante o parecer e a autoridade administrativa não tem a obrigação de decidir em sua conformidade (CHAVES, 2014).

Portanto, a importância da discussão no que tange as contratações diretas diz respeito ao fato de que, nestas hipóteses, o advogado público analisará as disposições legais e também as situações concretas submetidas a sua consultoria, pois, como dito anteriormente,

⁵ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos (BRASIL, 1993)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço (BRASIL, 1993).

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

⁶ 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:

(...)

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

(...)

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

os casos de dispensa estão previstos na lei em um rol taxativo, já os casos de inexigibilidade têm rol apenas exemplificativo, o que requer do profissional um cuidado na análise dos casos concretos, justamente para justificar o caráter de exceção destas hipóteses previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993 (CARVALHAL,2013).

2.4 A obrigatoriedade e natureza jurídica do parecer segundo o parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativo

Para melhor compreensão do tema proposto, é de suma importância entender qual é o posicionamento da doutrina, bem como da jurisprudência quanto à natureza jurídica do parecer, tendo em vista que esse aspecto interfere diretamente na questão da responsabilização do advogado público na emissão de sua opinião nos procedimentos licitatórios.

Portanto, inicialmente é importante entender que o ato administrativo é conceituado como “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa ” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 272), sendo classificado como um ato enunciativo, pois através dele o “órgão consultivo do Poder Público emite sua opinião sobre assuntos de natureza técnica ou jurídica, concluindo pela conclusão de determinada forma pelo órgão consulente” (CARVALHO, 2017, p.284).

A maior parte da doutrina afirma que o parecer é meramente opinativo, inclusive pela inviolabilidade profissional do advogado prevista constitucionalmente no art. 133 da Constituição Federal de 88. Neste sentido, na emissão de parecer em licitações, ele apenas emite uma opinião, pois não julga a conveniência e oportunidade da contratação, assim como não ordena a despesa e nem mesmo fiscaliza o contrato (CARVALHAL, 2013).

Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, afirmando que o parecer sequer é ato administrativo⁷. A discussão é complexa, pois quem toma a decisão final é a autoridade competente e não o advogado parecerista, contudo o parecer, frequentemente, serve de motivação para tal posicionamento. Inclusive, o art. 49 da Lei nº 8.666/1993 é claro em afirmar que:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (Grifo nosso).

⁷ Referência ao voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do Mandado de Segurança 2.4073-3.

A leitura do referido artigo nos remete à homologação e adjudicação, pois a comissão de licitação, após os trâmites iniciais do procedimento licitatório, encaminha o processo administrativo para a autoridade administrativa que tomará a decisão final, sendo que geralmente tem função de ordenador de despesas. Deste modo, ela pode determinar que os autos retornem para correção de irregularidades, invalidar todo ou parcialmente o procedimento em casos de vícios insanáveis, revogar a licitação ou homologar o resultado final da comissão (CARVALHO FILHO, 2016). Ainda segundo Carvalho Filho (2016, p. 307), “a homologação se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem natureza jurídica de ato administrativo de confirmação”.

Tal exposição no presente capítulo se fez importante, uma vez que é necessário entender a relevância da licitação, bem onde exatamente o parecer se encaixa na construção do problema. Vale ressaltar também que, na visão de José Carlos Pereira da Costa Júnior (2016):

Licitar corretamente pode ser entendido como atender às normas de licitação e contratar produtos de qualidade e em tempo hábil, cumprindo assim com os objetivos do Estado. **A partir destas considerações é possível entender que a eficiência estatal passa antes pela sua efetividade, ou seja, atingir os objetivos do Estado aplicando-se corretamente os meios e procedimentos conforme dispostos/ disciplinados pelas normas de licitação** (Grifo nosso).

Por isso, considerando que a Administração Pública é obrigada a licitar na maioria dos casos, sendo a dispensa e inexigibilidade exceções legais, diante da real necessidade de alcance do interesse público que inevitavelmente acarretará na realização de contratos administrativos para os mais diversos fins, a intenção da disposição legal é nobre, pois a ideia é que haja um controle preventivo de legalidade no processo prévio à contratação. Desta forma, o parecer serve justamente para corrigir eventuais irregularidades ainda na fase interna, tendo em vista que uma anulação gera desperdício de tempo e recursos públicos (FERREIRA, 2015).

Vale ressaltar ainda que, partindo de uma interpretação literal do referido dispositivo de lei, entende-se que o parecer resultado do “exame” e “aprovação” do advogado público é obrigatório, mas não é vinculante. Logo, sua ausência pode gerar nulidade do procedimento apesar da possibilidade de ser integrado à motivação do administrador (BRASIL, 1993a).

3 O PAPEL DO ADVOGADO PÚBLICO NA LICITAÇÃO

O presente capítulo discorrerá a respeito do papel que o advogado público exerce nos procedimentos licitatórios, principalmente no que tange à “aprovação” prevista no art. 38 da Lei nº 8.666/1993. Para o alcance desse objetivo, será feita uma breve exposição sobre as atividades típicas da advocacia pública como função essencial à justiça do Estado Democrático de Direito, tendo como foco a consultoria jurídica e seu âmbito de incidência (BRASIL, 1988).

Inicialmente será discutida a atuação e responsabilidade do advogado público no exercício da função consultiva, tendo em vista a importância desta tarefa conferida aos causídicos pela Constituição Federal de 1988. Partindo deste pressuposto, também será analisada a importância do parecer como controle de legalidade preventivo que, possivelmente, motivará a decisão do administrador público.

3.1 A relevância da advocacia pública como função essencial à justiça no Estado Democrático de Direito

Em meados do século XIX, o liberalismo passou a não dar mais respostas satisfatórias às necessidades sociais, de fato, ocorriam abusos da liberdade individuais, principalmente nas relações socioeconômicas. Por isso, a partir do século XX, houve uma ampliação do campo de atuação do Estado que passou a tutelar não só os direitos individuais, mas também os bens jurídicos sociais tais como saúde, educação, moradia, trabalho. Em síntese, houve uma preocupação com o bem-estar social e o interesse público em detrimento do individualismo (SILVA FILHO, 1998).

Partindo do exposto, com o advento do Estado Democrático de Direito e segundo o raciocínio de Derly Barreto e Silva Filho (1998), passou a existir um maior controle administrativo aos aspectos relacionados ao desvio de poder, moralidade, adequação dos fatos à norma, legitimidade, qualificação jurídica dos fatos feitos pela Administração Pública, ou seja, passou-se a exigir não apenas a mera submissão ao texto legal, mas também que a ação estatal atendesse à moralidade e a vontade popular, sendo que nesta seara, o atendimento ao interesse público adquire grande importância.

Diante disso, o controle administrativo é extremamente relevante para o alcance das balizas constitucionais que se relacionam ao Estado Democrático de Direito, conforme se verifica no art. 1º da Constituição Federal de 88. Neste sentido, destacam-se as funções

essenciais à justiça, sendo interessante uma análise partindo do paradigma estatal vigente, uma vez que a advocacia pública, “insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob à ótica da justiça” (SILVA FILHO, 1998, p. 146).

Em primeiro lugar, é interessante ressaltar que, tanto a advocacia pública quanto a privada são funções essenciais à justiça. Sendo assim, o advogado privado representa seu cliente a partir da delegação de poderes conferida de forma voluntária por meio de uma procuração, no que tange ao advogado público, não há essa voluntariedade, uma vez que ele não pode escolher se deseja ou não defender determinada entidade, visto que ele representa a própria pessoa jurídica em juízo, sendo tal função poder-dever decorrente de lei e deve pautar sua atuação no interesse público (MOREIRA NETO, 2007).

Fato é que a Administração Pública deve ser balizada pelo interesse público, sendo este seu fim último. Aliás, segundo Marçal Justen Filho (2011, p. 370):

A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia (Grifo nosso).

O doutrinador Justen Filho (2011) ainda explica de forma bastante enriquecedora a conceituação negativa de interesse público, apresentando interessantes hipóteses do que ele não é diante da sua dificuldade de determinação. Aduz que é um primeiro equívoco a ser observado é a confusão entre o interesse público com o interesse estatal. Ele pontua que definir tal conceito a partir da identidade de seu titular, ou seja, o Estado é algo que pode gerar uma inversão lógica e axiológica, este existe para que haja a satisfação das necessidades coletivas da sociedade, sendo o Estado Democrático de Direito um instrumento para a realização de tais interesses públicos. Portanto, segundo o autor, o interesse público existe antes mesmo do Estado (JUSTEN FILHO, 2011).

Uma outra conceituação “excludente” sobre o que é o interesse público é que ele não se confunde com o interesse do aparato administrativo, em que pese algumas conveniências existentes ao Estado devido à sua condição de sujeito de direito, tais como a ausência de pagamento por suas dívidas, sendo isto claramente um benefício aos cofres públicos, contudo isso não se confunde com interesse público. E ainda, a impossibilidade de confusão entre o interesse público e interesse do agente público, diante do fato de que o exercício da função pública não pode ser contaminado com os interesses privados, violando,

inclusive os princípios que balizam a Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2011).

Segundo Danilo Cruz Madeira (2011), a ideia de órgão com finalidade específica de apresentar o Estado é algo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, visto que antes de 1988 era o Ministério Público que tinha a função de advocacia do Estado. Fazendo um breve histórico, na década de 80, por meio do Decreto n.º 92.237, foi instituída a Advocacia Consultiva da União, sendo esta composta pela Procuradoria da Fazenda Nacional, consultorias jurídicas, órgãos jurídicos dos gabinetes militar e civil da presidência, procuradorias gerais, departamentos jurídicos das autarquias e fundações federais, assim como órgãos jurídicos de sociedades de economia mista, empresas públicas e demais entidades controladas pela União direta ou indiretamente (MADEIRA, 2011).

Partindo disso, verifica-se que em que pese tais funções estarem hoje bem delineadas, a origem é comum, visto que uma parcela de suas atribuições antes era exercida pelo Parquet. No que tange as funções essenciais à justiça, basicamente, a Defensoria Pública defende os menos favorecidos financeiramente, o Ministério Público defende a sociedade no que se relaciona a direitos coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis (MADEIRA, 2011). O mesmo autor ainda afirma que:

Todavia, vale repetir, a Advocacia Pública, uma das funções essenciais à justiça, não integra o Poder Executivo. Tanto isso é verdade que a mesma não apresenta somente o Executivo. Quando o ato impugnado for praticado pelo Judiciário ou pelo Legislativo, quem atua em nome do Estado também é, igualmente, um Advogado Público. É ele, e só ele, quem possui capacidade de postular em juízo em nome da entidade pública (Grifo nosso).

A partir destas afirmações, entende-se que o advogado público tem um papel de caráter instrumental para efetivação do interesse público no Estado Democrático de Direito. Inclusive, não seria interessante para sua independência funcional que integrasse o Poder Executivo, visto que sua atuação ficaria vinculada à discricionariedade do chefe deste poder e seu desempenho deve ser pautado no interesse público (SILVA FILHO, 1998).

Portando, a atuação da advocacia pública, como função essencial à justiça, sob a ótica do Estado Democrático de Direito diz respeito ao controle jurídico da função administrativa de forma a defender e promover o interesse público sob a ótica da justiça. A atuação consultiva no processo licitatório é um exemplo disso, pois ainda na fase interna, ele pode apontar ilegalidades que comprometeriam todo o procedimento de forma a resguardar o fim último que é o atendimento ao interesse da sociedade (SILVA FILHO, 1998).

3.2 A atuação e responsabilidade no exercício da função consultiva

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 131 e 132, atribuiu aos advogados públicos as atividades de contencioso judicial e consultoria jurídica

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei (BRASIL, 1988).

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias (BRASIL, 1988).

Com a leitura dos dispositivos acima citados, verifica-se que o texto constitucional elenca as atribuições da Advocacia-Geral da União, bem como das Procuradorias dos Estados. Diante disso, interessante lembrar que advocacia pública compreende duas importantes atividades, ou seja, a consultoria jurídica e a representação, sendo estas preventivas e postulatórias (SILVA FILHO, 1998).

A função de prevenção tem o papel de orientação da Administração Pública para evitar que sejam cometidas ilegalidades, sendo a análise das minutas dos editais de licitação um exemplo disso, uma vez que há a oportunidade de apontar questões relevantes que possam comprometer o procedimento ainda na fase interna. Já a função relacionada ao contencioso judicial, ou seja, a postulatória, demanda a defesa dos interesses do Estado junto ao Poder Judiciário (SILVA FILHO, 1998).

Desta feita, no gerenciamento da coisa pública é completamente normal que o Administrador tenha dúvidas jurídicas em relação à forma e, principalmente, em relação ao conteúdo dos atos que irá praticar futuramente, ou ainda, no caso do art. 38 da Lei de Licitações em que essa consultoria é obrigatória. Justamente neste contexto que se insere a função consultiva do advogado público, visto que ele orientará a autoridade administrativa a agir conforme à lei, bem como aos princípios e regras que orientam a Administração Pública,

por exemplo, o art. 37 da Constituição Federal de 1988 (MOREIRA NETO, 2007).

Também é interessante destacar que a doutrina diferencia consultoria de assessoramento, uma vez que na consultoria a responsabilidade seria ainda maior, conforme se verifica do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações.

A atividade de assessoramento diferencia-se muito da consultoria jurídica, sobretudo no que se refere à natureza jurídica das suas emissões de opinião, que na assessoria não precisam nem mesmo de contrafundamentação da autoridade para afastar sua aplicação que é obrigatória na consultoria. Como o viés dessa atividade é muito mais técnico-jurídico-política, com natureza de informação, a responsabilização do advogado público nessa atividade corresponde à irresponsabilidade, salvo na hipótese de *dolo* que induza o administrador a erro (FERNANDES, 2010).

Vale ressaltar que a advocacia pública não é integrante do Poder Executivo e diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, não é mera legitimadora dos atos praticados pelos governantes exercendo, na verdade, uma forma de controle não apenas da legalidade, mas também da legitimidade dos atos praticados na seara da Administração Pública (MOREIRA NETO, 2011). Partindo do pressuposto, é interessante destacar a afirmação de Derly Barreto e Silva Filho (1998, p. 145) que aduz:

Destarte, se a Carta Política reservou, em caráter privativo, à Advocacia Pública a atividade de consultoria jurídica, é porque quis que órgão diverso daquele que emite a vontade político-estatal verificasse e garantisse a existência de sintonia formal e material do ato (ou do projeto de ato) aos cânones da justiça, síntese da legalidade, legitimidade e licitude, acautelando, promovendo e defendendo o interesse público.

No que tange à responsabilidade pessoal do advogado público parecerista, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, José Vicente Santos de Mendonça (2009) elaborou interessante texto sobre a existência de quatro “standards” de responsabilização a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo eles: o dolo, o erro evidente e inescusável, a não-adoção de condicionantes reais de cautela e a necessidade de preservação da heterogeneidade das ideias.

Em primeiro lugar discorreu sobre o dolo. Afirmou que este é bastante difícil de ser caracterizado, inclusive pontua que não muita informação a ser explicitada em relação a esta *standard*, uma vez que “difícilmente vai ser incidente de modo puro, ou porque o advogado público vai alegar erro escusável, ou porque imaginará que sua liberdade de opinião e de exercício profissional serão suficientes para escondê-lo” (MENDONÇA, 2009, p. 7).

Explanou em segundo lugar sobre o erro evidente e inescusável, fato que dizem respeito a condutas que a sociedade pode esperar de um profissional médio, por exemplo,

seria um erro grosseiro enquadrar como dispensa de licitação uma hipótese inexistente no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Também é interessante enfatizar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando fala sobre o erro inescusável também cita a omissão, conforme José Vicente dos Santos Mendonça (2009, p. 9):

A omissão é erro, só que erro por não-agir, enquadrada no sentido da culpa *lata*. Há omissão a partir de falha no dever razoável de agir: quando o procurador não detecta ilegalidades claras (não estamos falando de sofisticados artifícios contábeis ou complexas questões relacionadas à delimitação do objeto contratado, porque, mais uma vez, recairíamos na incapacidade institucional para a detecção). Assuntos como a ausência de constituição jurídica da sociedade, procurações sem poderes específicos, inexistência de certidões negativas ou positivas com efeito de negativa juntadas aos autos, inabilitação para a contratação com a Administração. **Outros exemplos poderiam ser citados, mas o que é importante que fique que claro é que, se o procurador não detectou tais problemas, problemas que qualquer outro advogado público, em sua posição, poderia haver indicado, e se essa conduta gerou danos ao erário – nem que seja o dano consistente no atraso da contratação pública –, ele pode, em tese, vir a ser responsabilizado no plano civil e administrativo** (Grifo nosso).

Em terceiro lugar explicitou sobre a não-adoção de condicionantes reais de cautela, que segundo o autor seriam “toda e qualquer estratégia pragmática que busque evitar a responsabilização do procurador ao demonstrar o exaurimento dos deveres ínsitos à função de parecerista público” (MENDONÇA, 2009, p. 9).

Inicialmente, destacou o uso de expressões denotativas do término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa, seriam exemplos as expressões: “a juízo da autoridade competente”, “a critério do administrador” e outras. Elas fazem a indicação do momento em que a opinião jurídica acaba e que a partir dali é o administrador que decide. No que tange a esta condicionante, ele afirma que quando esconder algum tipo de hipocrisia, perderá seu valor e um outro aspecto importante é que tais expressões colocadas após a opinião pautada em erro inescusável ou dolo não isentará o advogado de responsabilidade (MENDONÇA, 2009).

Além disso, uma outra condicionante de cautela seria o dever de informar a respeito dos riscos jurídicos que o autor entende como “instabilidade nos posicionamentos doutrinários capaz de se refletir em instabilidade jurisprudencial, divergência jurisprudencial capaz de anular a ação, riscos pessoais e/ou de responsabilização do ente federativo” (MENDONÇA, 2009, p. 9), ou seja, todos os riscos jurídicos devem ser apontados, pois caso não o faça, o parecerista pode ser chamado a prestar informações (FERNANDES, 2010).

Inclusive, destaca-se o pensamento de Marçal Justen Filho (*apud* BARBOSA, 2014):

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

Da leitura da seguinte citação, verifica-se que o nobre doutrinador concorda com a tese da responsabilização solidária do advogado público na emissão de pareceres partindo dessa condicionante do dever de informação dos riscos. Por último, elenca o último *standard* elencado pelo autor é a necessidade de preservação da heterogeneidade das ideias. Primeiramente afirma que, devido ao fato do Direito não ser uma ciência exata, logicamente, as questões jurídicas podem ter mais de uma solução. Afirma que esta serve como uma espécie de filtro interpretativo dos demais standards (MENDONÇA, 2009, p. 10):

Ou seja, tanto o que é dolo quanto o que é erro inescusável, sob a perspectiva da preservação da heterogeneidade de ideias no mundo jurídico, devem ser interpretados de modo restritivo. Do contrário, estar-se-ia correndo, sim, risco de “censura”, na medida em que opinião jurídica com a qual não se concorde pode vir a ser reputada “errada” ou “dolosa” por alguma instância de controle – tradicionalmente, pelos tribunais de contas ou pelo MP – e vir a justificar alguma equivocada demanda de responsabilidade. Em médio prazo, pensando em termos consequencialistas, o efeito disso seria o de uma autocastração ideológica, na qual as consultorias públicas sequer teriam chance de pensar diferente – talvez melhor, talvez pior – do que as referidas agências de controle. Além do absurdo jurídico da posição, que consiste na violação ao pluralismo de ideias e à liberdade de opinião profissional, ela é, na essência, antipragmática, porque vai de encontro à possibilidade de aperfeiçoamento das ideias por intermédio do debate e da experimentação. Vamos rejeitá-la não apenas porque é antijurídica, mas, também, porque é ruim.

A partir desta discussão, também elenca os limites à liberdade de opinião profissional que seriam formais e materiais e que, segundo Fernandes (2010, p. 8), também podem ser entendidos como condicionantes de cautela, visto que demonstram “zelo, cuidado e diligência bastantes a evitar qualquer responsabilização do advogado público”. Sendo estes, segundo o autor são: a transcrição de dispositivos normativos, consulta à jurisprudência atual, apelo à doutrina usual, introdução de inovações a partir de um nível aceitável de redundância e ainda a rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais (MENDONÇA, 2009). Também se ressaltam o limite material que diz respeito a “razoabilidade da tese defendida”

(MENDONÇA, 2009, p. 14).

3.3 A importância do parecer como controle de legalidade preventivo e motivação da decisão do administrador público

Conforme já explicitado, o regime jurídico-administrativo é alicerçado nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Neste sentido, o Estado, seus agentes e órgãos têm como dever zelar pelo interesse público, por isso, existe o poder de autotutela que possibilita a revogação de atos administrativos inconvenientes e inoportunos e anulação daqueles considerados ilegais. A partir disso, insere-se o controle interno de legalidade exercido pela advocacia pública (SILVA FILHO, 1998).

É neste contexto que a atuação e responsabilidade do advogado público na atividade consultiva se torna tema de interessante discussão, tanto jurisprudencial quanto doutrinária, principalmente no que tange ao procedimento licitatório, uma vez que é algo bastante frequente na rotina administrativa e que requer um estudo aprofundado, visto que conforme a linha de raciocínio de Chaves (2014), o advogado público antecipa os efeitos jurídicos que serão acarretados com as ações administrativas através de seu parecer, com o objetivo de evitar vícios que possam gerar a nulidade de todo o procedimento, uma vez que os causídicos apresentam para o gestor público as medidas corretas e que melhor atendam ao interesse da sociedade.

Enfatiza-se que o art. 49 da Lei nº 8.666/93 é claro em afirmar que é a autoridade competente que deve aprovar o procedimento licitatório. Partindo do pressuposto, surge uma interessante discussão a respeito da responsabilidade solidária entre o advogado público e o administrador, visto que este pode utilizar o parecer como motivação da sua decisão e no caso do art. 38 da Lei de Licitações, tal peça seria vinculante devido ao caráter de “aprovação” (BRASIL, 1993).

Também deve ser pontuado que há uma divergência no que tange ao parecer ser ou não um ato administrativo. No julgamento do MS 2.4073-3, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, ficou decidido que o parecer não era “quando muito, ato de administração consultiva que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa” (BRASIL, 2003). Ressalta-se que os atos de administração são aqueles que, em sentido amplo, “se originam dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos Poderes” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 102).

Em que pese a citada decisão do Supremo Tribunal Federal, a maioria da doutrina

considera o parecer como ato administrativo e o classifica como ato enunciativo. Neste sentido, é válido destacar que o ato administrativo é conceituado por José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 105) como “ a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Também segundo Matheus Carvalho (2017, p. 252) é:

Todo ato praticado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes no exercício da função administrativa (estando excluídos deste conceito os atos políticos), sob o regime de Direito Público, ou seja, gozando o ato de todas as prerrogativas estatais, diferente do que ocorre com os atos privados da Administração e, por fim, manifestando a vontade do poder público em casos concretos ou de forma geral, não se confundindo com meros atos de execução de atividade (Grifo Nosso).

No Direito Administrativo, “a lei pode estipular a atuação do agente de forma objetiva ou cedendo a este uma margem de escolha, dentro dos limites estipulados em lei” (CARVALHO, 2017, p. 252). Daí decorre a existência dos atos administrativos vinculados e discricionários. Em relação aos vinculados, há estrita vinculação à do agente à lei, uma vez que ele está subordinado à situação já delineada no dispositivo legal (CARVALHO FILHO, 2016).

Já nos discricionários, há uma margem de liberdade de atuação, contudo também estipulada legalmente, visto que “a lei não delinea a situação fática, mas transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo aos critérios de caráter administrativo de conveniência e oportunidade” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 118). A tomada de decisão a que se refere o art. 49 da Lei nº 8.666/1993 é um ato discricionário da autoridade competente, que pode, inclusive, revogar o procedimento por motivos de interesse público.

Contudo, um ponto importante a ser discutido no que tange à responsabilidade solidária entre o administrador e o advogado parecerista, é que tal peça pode ser utilizada como motivação da decisão. Diante disso, torna-se interessante elencar os elementos ou requisitos dos atos administrativos, que são: competência, finalidade, forma, objeto e motivo, visto que a decisão a que se refere o art. 49 da Lei nº 8.666/1993 é um ato administrativo (CARVALHO, 2017).

Fato é que, o parecer pode integrar a motivação da decisão da autoridade competente nos procedimentos licitatórios, que caso não concorde, deve apresentar formalmente a justificativa. Inclusive, no Acórdão nº 521/2013 do Tribunal de Contas da União essa questão foi discutida, pois no caso, houve supostas irregularidades relacionadas à

licitação do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE).

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS FALHAS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS APONTADAS PELO ÓRGÃO JURÍDICO E POSSIVELMENTE IGNORADAS PELA UNIDADE CONTRATANTE. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS COM VISTAS À OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES ACERCA DA ADOÇÃO DE POSSÍVEIS MEDIDAS SANEADORAS PELA CONTRATANTE. PERDA DE OBJETO DA MAIORIA DAS OCORRÊNCIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA AO INPE COM VISTAS À NÃO REPETIÇÃO DE IMPROPRIIDADES.

(...)

9.2.1. em razão do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, necessitam ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração, de modo que, havendo o órgão jurídico restituído o processo com exame preliminar, torna-se necessário o retorno desse, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo, sobre sua aprovação ou rejeição;

9.2.2. caso venha discordar dos termos do parecer jurídico, cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico; (BRASIL, 2013).

No acórdão do Tribunal de Contas da União citado acima, a recorrente/interessada foi a Consultoria Jurídica da União em São José dos Campos- São Paulo e a entidade o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – MCT. De modo geral, o órgão entendeu que a contratação de mão-de-obra não caracterizava de forma adequada o objeto, assim como não possuía planilhas detalhadas, a razão da escolha do fornecedor e justificativa de preços. Averiguou-se que um dos posicionamentos adotados pelo Tribunal foi de que o parecer referido pelo parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 não vincula o gestor público. (BRASIL, 2013)

A competência é definida pela lei ou em atos administrativos gerais e não pode ser alterada por vontade das partes ou sequer por decisão do administrador público, além disso o ato deve ser praticado por um agente público em sentido amplo. A finalidade está relacionada com o propósito do referido ato, sendo a genérica o atendimento ao interesse público e a específica aquela que está definida em lei. Vale lembrar que, caso a específica seja violada, há desvio de finalidade em que pese o agente esteja visando o interesse público (CARVALHO, 2017).

A vontade do agente público se exterioriza através do ato administrativo, por isso ela deve estar compatibilizada com a lei, diante da importância do princípio da legalidade para o Direito Administrativo. A licitação é um exemplo de importância do elemento forma, uma vez que é um procedimento administrativo baseado em diversos atos formais definidos em lei.

Sendo assim, essa exigência da forma decorre do princípio da solenidade, pois diferente do direito privado, no qual vigora o princípio da solenidade das formas, deve vigorar o interesse público. O objeto, que uma parte da doutrina chama de conteúdo, é a alteração que o ato causará no mundo concreto, por exemplo, quando a autoridade competente na licitação aprova o procedimento este ato irá acarretar na assinatura de um contrato administrativo que objetivará a concretização do interesse coletivo (CARVALHO FILHO, 2016).

O motivo que é “a razão de fato e de direito que dará ensejo à prática do ato, ou seja, a situação fática que precipita a edição do ato administrativo” (CARVALHO, 2017, p. 267). É preciso enfatizar que o motivo não é sinônimo de motivação, pois segundo Justen Filho (2011, p. 371), ela “consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato”.

Desta feita, Di Pietro (2017, p. 274) pontua quanto ao caráter obrigatório e vinculante do parecer de que trata a Lei nº. 8.666/1993, alegando que que, neste caso, a função não seria somente de consultoria diante do termo “aprovação” previsto no dispositivo legal. E também opina pela responsabilização em casos de erro grosseiro, culpa grave e má-fé do advogado consultor, inclusive, esta consequência não pode ocorrer se o parecer estiver bem fundamentado (BRASIL, 1993).

A título de informação, destaca-se o recente Acórdão 2.296/2017⁸ do Tribunal de Contas da União no qual o recorrente pretendeu sua irresponsabilização devido à atendimento de orientação da consultoria jurídica da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, segundo trecho do acórdão:

7.5. E, ainda que fosse um erro grosseiro do parecerista jurídico, por não se tratar de decisão a ele vinculada, o administrador poderia atuar de forma diversa, desde que devidamente motivada. Portanto, assim como já demonstrado no subitem 5.7 desta, a decisão tomada com base em parecer deficiente não afasta, por si só, a responsabilidade do gestor-supervisor por atos considerados irregulares, ainda mais quando esses atos já haviam sido objeto de determinação por parte do TCU (BRASIL, 2017).

Mattos (2016) afirma que” a principal função da advocacia pública não é repressiva, mas instrutiva e preventiva, como auxiliar do administrador público para evitar que seus atos sejam questionados futuramente”. Portanto, o presente tópico discorreu justamente sobre a importância dessa atuação em âmbito consultivo, visto que o parecer é

⁸ O caso diz respeito a um recurso de reconsideração interposto contra acórdão que julgou irregulares as contas do referido recorrente. Destacou-se o caso, a título de informação, para exemplificar na prática que o administrador por utilizar o parecer como motivação (BRASIL, 2017).

peça de fundamental importância para o controle de legalidade exercido preventivamente, ainda na fase interna, da licitação. Sendo assim, qualquer irregularidade que possa prejudicar o procedimento contratação pública deve ser apontada para que haja correção.

Por fim, Barbosa (2014), inclusive tem linha de raciocínio interessante no sentido de que o parecer é um importante instrumento para o efetivo esclarecimento do certame, contudo não pode ser utilizado por gestores desonestos que procuram meios de burlar a legislação para justificar suas atitudes ilegais perante os tribunais de contas. Por isso ele ressalta a importância da fiscalização sob a elaboração dos pareceres, sendo essa questão até mais importante que a responsabilização ou não do advogado público, mas que esta seja efetuada quando ocorrer dolo, má-fé ou erro inescusável.

4 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM ÂMBITO FEDERAL

No presente capítulo, realiza-se uma análise dos fundamentos que embasam a responsabilidade do advogado público na emissão de pareceres jurídicos no procedimento licitatório. O estudo será baseado nos posicionamentos considerados relevantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União obtidos nas pesquisas que respaldaram a monografia.

Partindo deste pressuposto, foram encontrados alguns argumentos interessantes e que merecem destaque tais como a necessária demonstração da ocorrência de culpa, erro grosseiro e inescusável e também sobre a inviolabilidade profissional do advogado público no exercício da sua função consultiva e a (in) competência do Tribunal de Contas da União, visto que sua atuação é em âmbito de controle externo.

Para melhor compreensão do tema, pontua-se sobre o conceito de agente público como sendo gênero da espécie servidor público, uma vez que os advogados referidos no trabalho monográfico se enquadram nesta classificação, estando sujeitos também ao regime da Lei nº 8.112/1990. Por isso, também será exposto brevemente sobre as responsabilidades civil, penal e administrativa de modo geral, assim como o relação ao processo administrativo disciplinar.

Por fim, analisa-se a responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União no que tange à sua atuação na atividade consultiva e a competência de sua Corregedoria em âmbito interno para a apuração em processos administrativos disciplinares, levando em consideração os casos encontrados na jurisprudência do Supremo nos quais o Tribunal de Contas pretendeu a responsabilização dos advogados públicos de forma solidária com o administrador.

4.1 A responsabilidade dos agentes públicos

O tema relacionado à responsabilidade dos agentes públicos é de suma importância para a compreensão do problema, visto que o advogado público é um servidor que pode sofrer um processo administrativo disciplinar caso cometa alguma falta. Por isso, antes de adentrar-se de forma específica ao assunto estudado, entende-se ser interessante uma breve explicação a respeito dos tipos de responsabilidade.

A partir desta afirmação, Carvalho Filho (2016, p. 619) conceitua os agentes

públicos como “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado” ou seja, eles atuam como se fossem o próprio Estado agindo, devendo portanto, ter zelo com a coisa pública e seguir os princípios elencados constitucionalmente no art. 37, *caput*, assim como os outros que orientam a Administração Pública.

Também neste sentido, Justen Filho (2011, p. 816) conceitua como “toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado.” Segue-se a doutrina de Carvalho Filho (2016) que admite que a expressão “agente público” possui um sentido amplo, sendo gênero do qual são espécies os agentes políticos, os agentes particulares colaboradores e os servidores públicos. A partir destes conceituações doutrinárias, é válido destacar que os causídicos referidos neste trabalho são servidores públicos, sendo de notável importância um breve estudo a respeito desta classificação.

Pois, bem, os servidores públicos são aqueles que “exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência da relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica (CARVALHO FILHO, 2016, p. 624). Quanto à classificação destes, a doutrina ainda faz subdivisões, contudo, no que tange à Advocacia Pública, este trabalho adotou o posicionamento de Carvalho Filho (2016, p. 627) que os classifica como servidores públicos especiais, pois exercem funções que possuem uma relevância para a sociedade, ressaltando-se que possuem um regime jurídico funcional diferenciado e sempre estatutário, ou seja, tais servidores tem uma relação jurídica funcional com o Estado e podem ser responsabilizados pela Administração.

A Lei nº 8.112, em seu Capítulo IV, trata a respeito das responsabilidades inerentes aos servidores públicos e em seu art. 120 é clara em pontuar que “o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.” (BRASIL, 1990). Portanto, ele está sujeito a essas instâncias de responsabilização podendo praticar atos ilícitos nestes três âmbitos e ainda por atos de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2017). Passa-se a discorrer brevemente a respeito destas instâncias de responsabilização.

4.1.1 A responsabilidade, civil, penal, administrativa e o processo administrativo disciplinar

Conforme explicitado, o advogado público é um servidor sujeito à Lei nº 8.112/1990, contudo como o foco do presente trabalho são os membros da Advocacia-Geral

da União, é válido destacar que a Lei Complementar nº 73/1993, Lei Orgânica da AGU explicita que os direitos e deveres destes causídicos estão previstos na Lei dos servidores públicos federais.

Partindo do exposto, a Lei nº 8.112/1990 afirma que “a responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.” (BRASIL, 1990). Para que haja a referida responsabilidade é imprescindível que haja comprovação do dano, pois sem ele não há que se falar em responsabilização, tratando-se de responsabilidade subjetiva (CARVALHO FILHO, 2016, p. 816).

Di Pietro (2017, p. 779) ressalta que a responsabilidade civil é de ordem patrimonial sendo decorrente do art. 186 do Código Civil. A autora, inicialmente, faz uma análise do dispositivo previsto no CC para depois distinguir as hipóteses possíveis originadas quando um servidor público causa algum dano, levando em consideração que a regra geral é de que aquele que causa um dano a outrem tem que repará-lo. Por isso, ela afirma que para a configuração do ilícito civil, deve ocorrer ação ou omissão antijurídica, culpa ou dolo, relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado e a ocorrência de dano material ou moral.

No que tange ao servidor público, a autora distingue as hipóteses do dano causado ao Estado e do dano causado a terceiros. Sendo assim a apuração deste fato pode ser feita pela própria Administração através da realização de um processo administrativo que, por óbvio, dará a oportunidade do contraditório e ampla defesa previstos constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, sob pena de nulidade. Já quando o dano é causado a terceiros, é aplicada a regra do art. 37, §6º da Constituição que prevê a responsabilidade objetiva do Estado, resguardando-se o direito de regresso contra o servidor que deu causa a tal situação (DI PIETRO, 2017, p. 780-781).

Entende-se que não há possibilidade de imputação de responsabilidade objetiva para os servidores, especificamente para os advogados públicos exercendo suas funções consultivas, visto que deve ser comprovada a culpa ou o dolo. Este fato, inclusive, foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073-3, no qual ficou decidido que o advogado só seria civilmente responsabilizado pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros caso estes fossem decorrentes de erro grave, inescusável ou ato de omissão praticado com culpa em sentido largo e também no julgamento do Mandado de Segurança 2.4631-6, visto que, para a caracterização da responsabilidade, seria necessária a comprovação da ocorrência de culpa ou erro grosseiro.

Sendo assim, é importante pontuar que a Administração Pública como um todo

tem o dever de zelo pela coisa pública, bem como deve resguardar sempre o interesse público, por isso, seguindo a linha de raciocínio de Aleixo, Meirelles e Burle Filho (2012), ela não pode simplesmente isentar de tal responsabilidade civil os servidores que precisem ser responsabilizados diante do princípio da indisponibilidade do interesse público⁹.

A responsabilidade penal é aquela que “decorre de conduta que a lei penal tipifica como infração penal” (CARVALHO FILHO, 2016, p.817). Di Pietro (2017, p. 783-784) destaca algumas particularidades deste âmbito de responsabilização em que pese ele ter os mesmos elementos motivadores dos outros tipos de atos ilícitos. Sendo assim, ela pontua que o elemento subjetivo deve ser sempre observado diante da impossibilidade de responsabilidade objetiva, sendo que a ação ou omissão deve ser antijurídica e típica, deve haver relação de causalidade e ocorrência de dano ou perigo.

Ela é citada na Lei dos Servidores no seu art. 123¹⁰, pois resulta do cometimento de crimes funcionais sujeitando o servidor a um processo com futuras consequências no que tange aos efeitos da possível condenação (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012, p. 559). Tais efeitos são bastante interessantes, pois repercutem na seara civil e administrativa, contudo não serão analisados de forma aprofundada por não serem objeto do presente trabalho¹¹.

Também é importante explicar, mesmo que de forma breve, a responsabilidade por atos de improbidade administrativa, visto que o art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 prevê que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹².

⁹ Tal princípio já foi abordado anteriormente no início do trabalho, contudo é sempre válido lembrar que ele é uma das bases do regime jurídico-administrativo. Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 82) afirma, inclusive que o interesse público seria supremo em relação ao privado, contudo em que pese esse predomínio, os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos devem ser ressaltados.

¹⁰ Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade (BRASIL, 1990).

¹¹ Existem alguns efeitos da decisão penal que geram repercussões nas esferas civil e administrativa, contudo, por não ser objeto do presente trabalho serão brevemente citados a seguir. Conforme Carvalho Filho (2016, p. 819) “a decisão penal condenatória só causa reflexo na esfera civil da Administração se o fato ilícito penal se caracterizar também como fato ilícito civil, ocasionando prejuízo patrimonial.” Já quanto as decisões absolutórias afirma que poderá ou não repercutir na esfera civil, visto que pode ter ou não ocorrido o dano patrimonial. Em síntese alega que a instância criminal não obrigada a civil. No que tange a administrativa o autor divide as decisões com base no crime imputado ao servidor, ou seja, crimes funcionais ou não funcionais (CARVALHO FILHO, 2016).

¹² Segundo Barbosa (2014), a esfera da responsabilidade por atos de improbidade é autônoma em relação aos outras, que pode até ser comunicada, mas não confundida.

Basicamente, destaca-se alguns artigos da Lei 8.429/1992, conhecida como lei de improbidade administrativa. O art. 1º e seu parágrafo único elencam quais são os sujeitos que podem sofrer as punições dos dispositivos legais e o art. 2º conceitua “agente público”. Além disso, a partir do Capítulo II, a lei pontua sobre os atos de improbidade administrativa em si, ou seja, que causam prejuízo ao erário, que importam em enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da Administração Pública e as penalidades cabíveis (BRASIL, 1992)¹³.

Pois bem, a responsabilidade administrativa ocorre quando existe a prática de um ilícito administrativo pelo servidor, sendo que este pode ocorrer via ação ou omissão e os fatos configuradores são previstos no estatuto. Conforme explicitado anteriormente, essa responsabilidade é apurada por meio de um processo administrativo no qual será oportunizado o contraditório e a ampla defesa e caso seja realmente configurada a prática do ato ilícito, será aplicada uma sanção administrativa (CARVALHO FILHO, 2016, p. 818).

Em âmbito federal, a Lei nº 8.112/1990 prevê em seu art. 127 as seguintes penalidades disciplinares (BRASIL, 1990):

Art. 127. São penalidades disciplinares:
 I - advertência;
 II - suspensão;
 III - demissão;
 IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
 V - destituição de cargo em comissão;
 VI - destituição de função comissionada.

Diante disso, um ponto bem interessante a ser destacado é que, ao contrário da tipicidade presente na esfera penal, na seara administrativa notável parcela dos ilícitos não é definida com precisão, portanto a Administração terá uma margem de apreciação para que haja o enquadramento destas faltas na Lei nº 8112/1990¹⁴. Lógico que, diante desta discricionariedade, a aplicação de qualquer penalidade administrativa exige que haja uma efetiva motivação que demonstre adequação na escolha, assim como deve haver proporcionalidade quanto à adequação entre a conduta realizada e a sanção aplicada (DI PIETRO, 2017, p. 782).

Inclusive, é neste mesmo sentido o pensamento de Carvalho Filho (2016, p. 819), ao enfatizar que, devido à discricionariedade, a Administração não pode contrariar o que ele

¹³ Destacamos os artigos, 9º, 10, 11 e 12, da Lei de Improbidade Administrativa, assim como todos os seus incisos (BRASIL, 1992a).

¹⁴ É importante pontuar que as instancias de responsabilização podem ser cumuladas, destarte a redação do art. 125 da Lei nº. 8.112/1990 afirmando que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.” (BRASIL, 1990).

chamou de princípio da adequação punitiva ou proporcionalidade e o princípio da motivação, sendo que o autor ainda acrescenta o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Diante destas informações, é interessante discorrer a respeito do processo administrativo disciplinar no qual serão apuradas as supostas infrações realizadas por servidores e as possíveis aplicações de sanções. Por isso, no que tange à base normativa, Carvalho Filho (2016, p. 1041) pontua que:

O processo disciplinar se regula por bases normativas diversas. Incide para este tipo de processo o princípio da disciplina reguladora difusa, e isso porque suas regras, a tramitação, a competência, os prazos e as sanções se encontram nos estatutos funcionais das diversas pessoas federativas. Contrariamente sucede nos processos judiciais, sujeitos à disciplina reguladora concentrada, porque todo sistema básico se situa num só diploma legal e apenas em ritos especiais se alojam em leis especiais.

Partindo do exposto, é importante destacar que o objeto do processo administrativo disciplinar é “a averiguação da existência de alguma infração funcional por parte dos servidores públicos, qualquer que seja o nível de gravidade” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1041). Ele possui fases que têm particularidades inerentes aos Estatutos, que são: instauração, instrução, defesa, relatório e recursos/revisão que serão abordadas a seguir, tomando-se por base a lei federal inerente ao assunto (ARAGÃO, 2013, p. 874).

A autoridade administrativa exerce controle hierárquico e pode instaurar um PAD, assim como também é possível que isso seja decorrente de uma denúncia na qual deverá ocorrer a apuração por sindicância ou inquérito administrativo. Na instrução as provas devem ser produzidas para que os fatos sejam finalmente esclarecidos, neste sentido a defesa dura durante todas as fases do processo, mas após a ocorrência da instrução existe momento para que o acusado possa se manifestar (ARAGÃO, 2013, p. 673-674).

Continuando, na fase de relatório, ocorre a subsunção do ato ou omissão a uma infração prevista legalmente com a devida motivação realizado pela comissão processante. Há o julgamento deste relatório para que a autoridade competente possa responsabilizar ou não o servidor pela falta. Por fim, há a fase de recursos e revisão na qual o responsabilizado pode recorrer hierarquicamente para o chefe do julgado que aplicou a sanção ou até mesmo pedir que haja uma reconsideração caso esta já seja autoridade máxima, já a revisão só pode ocorrer mediante a ocorrência de fatos novos, conforme o art. 174 da Lei nº 8.112/1990 (ARAGÃO, 2013, p. 673-674).

Conforme visto, o PAD é um procedimento que vai acarretar na aplicação de uma sanção, logo deve ser seguido para que não haja ilegalidade. Diante disso, o Poder Judiciário

pode fazer o exame deste processo administrativo, a fim de verificar se a sanção é legítima e se atendeu aos procedimentos legalmente previstos. Portanto, o presente tópico foi de suma importância para que se pudesse compreender mais a respeito da extensão desta responsabilização e de que forma ela ocorre, de modo a subsidiar análise jurisprudencial que será feita a seguir (ALEIXO; BURLE FILHO; MEIRELLES, 2012, p. 764).

4.2 Os posicionamentos dos Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União

Existem três interessantes decisões do Supremo Tribunal Federal que trazem à tona aspectos importantes inerentes à questão da responsabilização do advogado público em sua atuação consultiva na emissão de pareceres jurídicos. Estas foram consideradas relevantes por serem recorrentes na maioria dos textos pesquisados e por trazerem diversos argumentos muito interessantes para a discussão apesar de nem todas tratarem especificamente sobre licitação.

A primeira, e que por anos se configurou como *leading case* sobre o tema, foi a decisão obtida no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073- Distrito Federal, sendo que seu julgamento ocorreu no ano de 2002 cujo resultado foi o deferimento da segurança. No caso, foram pontuados alguns aspectos bem importantes e que, de certa forma, iniciou o debate a respeito do assunto (MENDONÇA, 2009).

O mandado de segurança foi impetrado pelos causídicos da Petróleo Brasileiro S/A- Petrobrás contra ato do Tribunal de Contas da União que determinou a inclusão destes como responsáveis de forma solidária por ocorrências apuradas em uma inspeção realizada pela Primeira Secretaria de Controle Externo, cujo objeto foi o exame de uma contratação direta realizada. Sustentaram a inconstitucionalidade do Tribunal de Contas da União em analisar a atuação dos advogados, uma vez que eles teriam agido apenas como advogados em âmbito consultivo, pois a decisão final é tomada pelo administrador. Além disso, outros aspectos suscitados foram a inviolabilidade profissional e isenção técnica (MENDONÇA, 2009). Na ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das

licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377 II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32 III. - Mandado de Segurança deferido (BRASIL, 2002).

Um primeiro ponto a ser destacado com base nessa decisão é a competência do Tribunal de Contas da União para a apuração de tal responsabilidade, sendo que este foi um dos argumentos utilizados pelos advogados com base na legislação que determina a competência da corte de contas, tais como: nos artigos 70, parágrafo único e 71, II, da Constituição Federal de 88¹⁵ e o art. 5º da Lei nº 8.443, Lei Orgânica do TCU, que discorre sobre a abrangência da jurisdição do Tribunal (BRASIL, 2002).

É interessante ressaltar que, segundo Lenza (2016, p. 741), a expressão “jurisdição” seria incorreta apesar da redação do art. 73 da Constituição Federal afirmar “o Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”, pois ele seria um órgão técnico que faz a emissão de pareceres e exerce fiscalização e controle, mas que não exerce propriamente a jurisdição.

Tal termo também é utilizado no art. 5º da Lei nº 8.443/1992 que, em seus incisos de I a IX, discorre sobre a abrangência da jurisdição¹⁶ do Tribunal de Contas. Verifica-se que, de fato, os procuradores federais não estão sujeitos, inclusive o inciso I afirma:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens

¹⁵ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (BRASIL, 1988).

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária (BRASIL, 1988)

¹⁶ O art. 6º da Lei 8.443/92, inclusive, afirma que “estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei.” (BRASIL, 1992b).

e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária (BRASIL, 1992, grifo nosso).

No que tange a leitura do dispositivo acima, destaca-se que um dos argumentos utilizados pelos advogados em sua defesa às acusações feitas pelo Tribunal de Contas da União foi de que não exerciam qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não ordenavam despesa e não utilizavam, gerenciavam, arrecadavam, guardavam ou administravam bens, dinheiros ou valores públicos, logo não tinham potencial para causar tal dano ao erário (BRASIL, 2002).

Pontuaram que o TCU é um tribunal administrativo, sendo órgão auxiliar do poder legislativo no controle externo das contas públicas da União e das entidades da indireta e que não são administradores públicos, sendo que atuaram tão-somente como advogados no caso em questão e, por isso, seria inviável tal controle externo sobre essa atividade técnico-jurídica (BRASIL, 2002).

É importante expor que o relator do caso não foi a favor da responsabilização dos advogados públicos pareceristas alegando que:

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, **opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto** (BRASIL, 2002).

Da leitura deste argumento, é cabível retomar a discussão quanto à natureza jurídica do parecer, visto que, em seu voto, o ministro não adota a posição de que ele teria caráter vinculante, ressaltando-se que a questão não é pacífica, uma vez que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 521/2013, já pontuou que pode haver discordância por parte do gestor mediante motivação escrita da discordância (BRASIL, 2013):

9.2.1. em razão do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, necessitam ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração, de modo que, havendo o órgão jurídico restituído o processo com exame preliminar, torna-se necessário o retorno desse, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo, sobre sua aprovação ou rejeição;

9.2.2. caso venha discordar dos termos do parecer jurídico, cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico; (Grifo nosso)

No que tange à natureza jurídica do parecer, vale dizer que o Tribunal de Contas da União já vinha adotando o posicionamento de que não seria um ato meramente opinativo, ou seja, que havia a responsabilidade do advogado perante a emissão que serviria futuramente de motivação para o administrador. Destaca-se um trecho do Acórdão nº 1337/2011 (BRASIL, 2011):

A análise e aprovação, pela assessoria jurídica, de editais, minutas de contratos e instrumentos congêneres são atividades obrigatórias, previstas no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666, de 1993. Não pode o consultor jurídico querer se esquivar dessa responsabilidade. **O papel da assessoria jurídica não é meramente opinativo.** O entendimento do TCU acerca da matéria está contido no voto que fundamentou o Acórdão 147/2006 – Plenário, *in verbis* (BRASIL, 2006).

"(...) o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos".

E mais adiante:

"(...) a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo".

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, § 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.

Outro ponto essencial discutido no julgamento do Mandado de Segurança 24.073-3 foi a inviolabilidade do advogado público em seu exercício profissional, fundamento que o Ministro Velloso considerou de maior relevância, visto que o parecer, a princípio, é uma peça de caráter meramente opinativo emitida devido à sua atuação em âmbito consultivo (BRASIL, 2002).

Partindo desse pressuposto, a Constituição Federal em seu art. 133 afirma que o "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (BRASIL, 1988). Também é neste sentido o art. 2º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça (Grifo nosso).

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função

social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*.

§ 3º **No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei** (Grifo nosso).

Contudo, em que pese tal argumento ser considerado de grande relevância, não pode-se sobrepor a inviolabilidade profissional do advogado público ao interesse público, visto que esse é o bem maior a ser alcançado e todas as ações dos agentes públicos devem ser objetivando esse fim. Conforme já explicitado, a licitação é um procedimento que visa a escolha mais vantajosa para a Administração e não pode ser utilizada como *álibi* para administradores inescrupulosos que querem fundamentar verdadeiras atrocidades ao interesse comum, fundamentando-se em pareceres jurídicos que podem ser feitos com dolo pelo procurador, por isso não se pode falar em uma irresponsabilidade absoluta.

Por fim, o Ministro Relator afirma que o Direito não é uma ciência exata e que é algo comum que hajam interpretações divergentes relacionadas a um dispositivo legal e que, por isso, para que seja considerada lícita a referida responsabilização do advogado público, é necessário que haja a demonstração que ele atuou com culpa em sentido largo ou que cometeu erro grave e inescusável (BRASIL, 2002).

Em que pese o deferimento do mandado de segurança com base nos fundamentos apresentados, ressalta-se a necessidade de um zelo mais efetivo com a coisa pública em casos de contratações diretas, principalmente em casos de inexigibilidade nos quais não há um rol taxativo, exigindo-se assim um maior grau de discricionariedade por parte do administrador.

Por isso, a total irresponsabilização sob o argumento que o parecer possui caráter meramente opinativo não parece ser a melhor saída, contudo a razoabilidade deve ser observada e os parâmetros utilizados não podem ser os mesmos para o julgamento do parecerista e do administrador não devem ser os mesmos, visto que são funções diferentes, mas que têm como ponto comum a necessidade de zelo pelo interesse público (MACEDO, 2012).

A segunda decisão relevante em relação ao tema foi a do Mandado de Segurança 24.584-1, sendo esta diferente do julgamento citado anteriormente no Mandado de Segurança 24.073. No caso em questão o *writ* foi impetrado pelos procuradores federais devido ao ato da Corte de Contas que pretendia responsabilizá-los por parecer emitido no exercício de suas funções por causa de uma auditoria realizada no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, bem como na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência

Social- DATAPREV. O objetivo principal era a avaliação de custos de prestação de serviços da DATAPREV ao INSS e também o exame do termo de convênio celebrado entre o Instituto do Seguro Social e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração - CETEAD (BRASIL, 2007a).

A intenção do TCU era chamar, sob pena de multa, todos os procuradores que atuaram na formalização do convênio para prestarem justificativas quantos aos seus atos. Logo, o referido mandado de segurança foi baseado na isenção técnica e liberdade profissional, ausência de atuação dos advogados como administradores, bem como quanto a impossibilidade de os procuradores conhecerem todos os detalhes técnicos inerente à avença. Nesse caso em questão, após os votos, o STF denegou a segurança, por maioria alegando que a manifestação da assessoria em relação ao art. 38 da Lei de Licitações e Contratos não está limitada a simples opinião visto que alcança ou não aprovação (MENDONÇA, 2009).

Vale ressaltar algumas das imputações analisadas: a responsabilidade objetiva do procurador diante de irregularidade na execução do convênio, responsabilidade do procurador em relação à decisão de realizar ou não a licitação ou efetivar o convênio; atribuição de prestação de contas ao procurador com o desconhecimento de que este não executa contratos; exigência de que o procurador tivesse domínio da exata extensão do convênio que era de apoio técnico à área de informática; atribuição de responsabilidade ao procurador como se fosse ordenador de despesas (BRASIL, 2007a).

Neste sentido, é interessante a discussão quanto à natureza jurídica do parecer e o real alcance da redação do dispositivo legal. Inclusive, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.584-1 , o ministro Joaquim Barbosa citou René Chapus para fundamentar a sua posição:

A primeira situação é aquela em que a consulta é facultativa, nesse caso a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultiva. A segunda hipótese diz respeito aqueles casos em que a consulta é obrigatória, e a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido a consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso pretenda praticar o ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido a consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque, se submeter a consultoria a minuta ou esboço de um ato com determinado conteúdo, e ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade do parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração. Por fim, quando a lei estabelecer a obrigação de “decidir a luz de parecer vinculante ou conforme“ (*decider sur avis*), o administrador não poderá decidir, senão nos termos da conclusão do parecer, ou então, não decidir (BRASIL, 2007a).

Diante da referida jurisprudência, destaca-se a classificação de René Chapus

citada por Joaquim Barbosa diferencia os pareceres jurídicos em três espécies. Os facultativos que não vinculam o administrador; os obrigatórios, nos quais caso haja discordância o administrador pode submeter a nova análise; e os vinculantes, pois há obrigatoriedade do administrador em seguir ou não agir de forma alguma, sendo este não existente da realidade brasileira (BRASIL, 2007a).

Partindo do pressuposto, o parágrafo único do art. 38 da Lei de licitações e contratos administrativos afirma que “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. “Sendo tal redação dada pela Lei nº 8.883/1994, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 8.666/1993.

Da própria leitura do dispositivo também é claramente perceptível que o parecer é obrigatório, podendo acarretar na nulidade do procedimento. Inclusive, seguindo o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), a redação do referido dispositivo legal não foi feliz na atribuição de competência ao órgão de consultoria jurídica de aprovação da minuta do edital no procedimento da licitação, pois isso acarretaria na ideia de que há natureza jurídica de ato administrativo que produz efeitos vinculantes para a tomada de decisão da autoridade competente.

Destarte, Carvalho Filho (2016, p. 144) se posiciona no sentido de que seria um equívoco alegar que o parecer não é um ato administrativo, somente devido à sua natureza opinativa. Além disso, o autor também faz uma crítica ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, neste caso, alegando que este “endossou ordem do Tribunal de Contas da União ao determinar a audiência dos procuradores federais”. Sendo assim, os argumentos utilizados neste julgamento foram de suma importância para este trabalho, uma vez que abordou quando ao real alcance da interpretação do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993.

A terceira decisão obtida no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631-6 não diz respeito a licitação, porém contém alguns aspectos de interessante discussão. No caso em questão, o mandado de segurança foi impetrado por um procurador autárquico contra ato do Tribunal de Contas alegando que deveria ser excluído do rol de responsáveis no processo administrativo do TCU, visto que estariam violando a Lei Orgânica diante da extrapolação de atribuições, bem como também a inviolabilidade profissional do advogado público, conforme ementa:

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. 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 (BRASIL, 2007b).

O presente julgado novamente citou a questão pertinente à natureza jurídica do parecer em relação as repercussões que podem ser ocasionadas, distinguindo a consulta facultativa da obrigatória. Vale ressaltar que as consequências originadas pela natureza jurídica atribuída ao parecer são diversas e que esse tema não é pacífico na doutrina e jurisprudência, inclusive, é um tema sempre retomado nos julgamentos devido à sua notável relevância.

O então Ministro Joaquim Barbosa (relator) fixou algumas premissas alegando que elas atenderiam à preocupação do Tribunal de Contas da União, quanto ao que ele chama de “círculo vicioso de reponsabilidade e impunidade”. Inclusive, logo ao iniciar seu voto, afirmou que estava examinando o problema sob o enfoque de que a questão não se resumia a uma mera afirmação de responsabilidade absoluta dos advogados públicos no exercício da função de consultoria e que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não poderia ser interpretada como “salvo-conduto” para a ocorrência de abusos em processos administrativos (BRASIL, 2007b).

A primeira premissa seria de que, nos casos em que houvesse omissão legislativa, o exercício da função consultiva tão-somente opinativa não acarretaria na responsabilização, inclusive afirma que baseado nisso o administrador não poderia se isentar de tais consequências pois há lei lhe faculta discordância de forma motivada, então ele também deve ser responsabilizados pelas eventuais irregularidades que seu ato fundamentado no parecer possa ocasionar. Contudo ele também cita as ressalvas do erro grosseiro ou ato de omissão praticado com culpa em sentido largo, conforme ocorreu no julgamento do MS 2.4073-3 (BRASIL, 2007b).

A segunda premissa foi de que há casos em que a lei vincula a decisão tomada no ato administrativo à manifestação obtida no parecer, alegando que, nestes casos, haveria um compartilhamento do poder administrativo de decisão e o parecerista poderia ser responsabilizado junto com o administrador. O ministro finalizou afirmando que mantinha o seu posicionamento do MS 2.4073-3, contudo que acreditava ser inadequada a invocação somente das normas do EAOAB, visto que os referidos advogados são servidores públicos e possuem regime diferenciado e deferiu a segurança (BRASIL, 2007b).

O inteiro teor do acórdão ainda traz importante posicionamento do Ministro Carlos Britto que alega que o fato do advogado público atuar no processo administrativo não o transforma em administrador. Argumentos com os quais concorda-se, visto que a total irreponsabilização não pode ser admitida, ainda mais em relação a tão importante procedimento como a licitação e ainda pela própria redação do dispositivo legal pertinente à análise das minutas de editais prevista na lei federal (BRASIL, 2007b).

Uma outra decisão tratando do tema foi a obtida em julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2.7867 ocorrida em 2012. O impetrante pretendia que fosse anulado em relação a ele o Acórdão de nº 2.202/2008-TCU/Plenário que o condenou em sede de Tomada de Contas Especial de forma solidária com outros responsáveis pelo ressarcimento ao erário. Na inicial, ele alegou que o procedimento foi originado para apuração de um eventual dano ao erário ocasionado por acordos extrajudiciais em reclamações trabalhistas de patrulheiros rodoviários em face do DNER (BRASIL, 2012).

Ele alegou que sua condenação decorreu do simples fato dele ter se manifestado como chefe da Procuradoria Distrital do DNER no processo administrativo que tratava sobre o acordo extrajudicial, alegando que houve ofensa ao contraditório e ampla defesa e ainda que sua absolvição, em processo administrativo disciplinar, acarretaria na impossibilidade de condenação solidária, visto que o parecer tinha caráter não-opinativo (BRASIL, 2012).

Um ponto que destaca-se nesta jurisprudência foi de que o impetrante quis alegar que a absolvição em processo administrativo disciplinar vincularia o TCU em sede de Tomada de Contas Especial que o condenou a ressarcir o erário. Ainda no inteiro teor, verifica-se que o agravante sustentou em suas razões sustentou sobre a vinculação da sua exclusão no PAD no âmbito da Advocacia-Geral da União alegando

(...) trata-se de circunstância absolutamente relevante: o Agravante foi submetido a rigoroso PAD no âmbito da AGU exatamente sobre os mesmos fatos ora discutidos. E a mesma AGU que investigou e puniu com demissão inúmeros servidores, inclusive Procuradores Federais, concluiu pela cabal absolvição do recorrente.

Neste sentido, o Ministro Dias Toffoli afirmou que não haveria essa vinculação, ou seja, a atuação é independente, visto que são searas diversas. Entende-se também pela independência de atuação da Corregedoria em detrimento do Tribunal de Contas da União diante da impossibilidade de dupla responsabilização, o que será discutido no próximo tópico (BRASIL, 2012).

4.3 Uma análise da responsabilidade administrativa dos membros da Advocacia-Geral da União e da incompetência do Tribunal de Contas da União para o julgamento destes advogados no exercício da sua atuação consultiva

A Constituição Federal em seu art. 131 que:

A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (BRASIL, 1988).

Como já explicado no segundo capítulo, existem as funções de contencioso e consultivo. Partindo desta informação, ressalta-se que Lei Complementar nº 73/1993, que é a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, elenca os órgãos que fazem parte da instituição, entre eles destaca-se as Consultorias Jurídicas da União nos Estados (BRASIL, 1993b):

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 (Grifo nosso).

Os Advogados da União que atuam na seara consultiva têm seus direitos e deveres também regidos pela Lei nº 8.112/1990 e pela Lei Complementar nº 73/1993. Dessa forma, deve haver a observância do parágrafo único da Lei nº 8.666/1993 na fase interna das licitações nas quais eles realizam a análise das minutas de editais ou mesmo nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Por isso, a importância de debater a respeito da competência da Corregedoria-Geral da Advocacia da União em detrimento do Tribunal de Contas da União para a apuração de fatos relativos a esses servidores.

No que tange as atribuições do Tribunal de Contas da União, Speck (2000) destaca que a Constituição Federal de 1988 trouxe modificações importantes. Ele explica que foi retirado o poder que o Presidente tinha de cancelar os vetos do Tribunal ou rejeitar suas representações junto ao Congresso Nacional. Enfim, aduz que a Corte de Contas ganhou atribuições preventivas diante da possibilidade de sequestro de bens, afastamentos de administradores e até mesmo sobre as responsabilizações.

Vale ratificar que a competência do Tribunal de Contas da União é delineada constitucionalmente:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e **as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**

A leitura do final da redação do inciso II do art. 71 até poderia levar a uma interpretação inadequada e que fundamentasse a responsabilização do advogado público pelo TCU, com base na premissa do interesse público, contudo a advogada da União Tatiana Bandeira de Camargo Macedo trouxe um interessante posicionamento, relacionado à impossibilidade de dupla responsabilização em relação ao advogado, sob pena de contrariar aos princípios da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, pois se estaria admitindo que houvesse responsabilização, tanto em âmbito interno, quanto no externo (MACEDO, 2012).

Vale destacar ainda o posicionamento do Advogado da União Ronny Charles Lopes de Torres (2008) quanto à competência dos tribunais de contas em face da natureza jurídica do parecer, pois ele entende que o elemento que prova de forma mais clara esta

incompetência é a própria limitação constitucional. Além disso, o Decreto Lei nº 200/67 já deixa claro que quem apresenta estas contas é o ordenador de despesas para que haja avaliação do TCU. Diante destes fatos explicitados, ele não admite a figura do referido causídico como “ordenador de despesas”, visto que, na sua atividade não pratica atos de gestão, mas somente uma aferição técnico-jurídica baseada apenas em aspectos relacionados à legalidade que não envolvem conteúdo de escolhas gerenciais específicas nem critérios de conveniência e oportunidade que motivaram a decisão do administrador.

Torres (2008) também faz um importante questionamento sobre a relação responsabilização pela TCU x interesse público que, inclusive, era uma das hipóteses previstas pela autora quando da elaboração do projeto de monografia:

Mas seria justificável compreender que, em função de uma alegada proteção do que é público, poder-se-ia entender que pode o Tribunal de Contas atuar em campo não autorizado pelo Constituinte, aferindo a legalidade e aplicando sanções em relação a outros atos da Administração que não aqueles relacionados aos gestores e suas contas?

Apesar de ser aceitável pensar dessa forma, visto que o interesse público deve ser o bem maior a ser zelado pela Administração Pública. Esta forma de raciocinar, conforme Torres (2008), coloca sob âmbito de responsabilidade da Corte de Contas qualquer pessoa que der causa a perda, extravio ou qualquer irregularidade que tenha como resultado danos ao erário por meio de ação ou omissão.

Ou seja, alguns resultados teratológicos poderiam ser obtidos, por exemplo, uma improcedência em ação civil pública proposta por Procurador da República que ocasionasse o pagamento pela União de altíssimas custas sucumbenciais poderia ser responsabilizado pelo órgão de controle, assim como se os próprios membros do TCU aprovassem contas de gestores que posteriormente fossem tidas como irregulares, também poderiam ser responsabilizados por essa não detecção em tempo hábil das ilegalidades e aprovação das contas causando prejuízos ao erário (TORRES, 2008).

Conforme já explicitado no tópico anterior, o raciocínio da extensão de responsabilidades, ignorando qualquer previsão constitucional, não deve ser feito em nenhuma situação, neste sentido, também não deve ser responsabilizado o advogado público pela emissão de sua opinião diante deste argumento de proteção ao interesse público sem a análise de aspectos concretos que merecem atenção.

Diante disso, com a devida vênia, em que pese discordar da total irresponsabilidade do parecerista na licitação, a autora concorda com a incompetência do Tribunal de Contas da

União para a imposição de responsabilização solidária aos pareceristas, pois ele estaria exacerbando as suas funções previstas constitucionalmente, pelos motivos já expostos nos referidos argumentos citados.

Uma questão essencial a ser discutida é a responsabilidade ou não do advogado no exercício da sua função consultiva e ainda qual órgão teria a competência para puni-lo, sendo de suma importância verificar a competência da Corregedoria-Geral da União em detrimento do Tribunal de Contas da União que é em âmbito externo e possui suas atribuições elencadas pela Constituição Federal.

A jurisprudência analisada trouxe situações distintas, mas com argumentos interessantes para a discussão do assunto, visto que o Tribunal de Contas da União já pretendeu responsabilizar solidariamente os advogados com os administradores públicos, sendo que são funções que não devem se confundir, diante dos relevantes fundamentos da inviolabilidade profissional e da incompetência do Tribunal de Contas da União para o julgamento em tais casos.

No entanto, ratifica-se que a autora não concorda com uma irresponsabilidade absoluta do causídico, devendo este ser responsabilizado caso atue com dolo, má-fé ou cometa algum erro grosseiro ou inescusável. Concorda-se com o posicionamento de Carvalho Filho (2016, p. 144) que pontua 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. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa

Tal opinião se baseia no fato de que é preciso que haja o mínimo de senso ao objetivar ocupar um cargo público tão nobre. A pessoa que almeja exercer tal função essencial à justiça deve ter em mente que o interesse público é o bem maior a ser alcançado, contudo infelizmente ainda são muito frequentes casos de desonestidade, principalmente quando se trata de dinheiro público.

Portando, concorda-se com a responsabilização do advogado público no procedimento licitatório com as ressalvas previstas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº. 2.4073-3, diante da obrigatoriedade prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licitação é um instrumento para o alcance do interesse público que dá origem a um contrato administrativo, contudo, antes da assinatura da avença, existe um procedimento formal que deve ser respeitado e estar em consonância com os princípios balizadores da Administração Pública previstos constitucionalmente.

Partindo deste pressuposto, a meta principal do presente trabalho foi analisar a responsabilidade do advogado público parecerista no procedimento licitatório, em especial quanto aos membros da Advocacia-Geral da União no exercício da sua atividade consultiva.

O tema se tornou interessante para discussão, diante de pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar solidariamente procuradores federais após auditoria realizada na Petrobras, fato que deu origem ao julgamento do Mandado de Segurança nº. 2.4073-3, que trouxe diversos argumentos pertinentes para o debate, tais como a possibilidade de responsabilização somente com comprovação de erro grosseiro ou inescusável, a incompetência do Tribunal de Contas e a inviolabilidade dos advogados no exercício da sua profissão.

Neste sentido, também foram analisadas outras decisões do Supremo Tribunal Federal e acórdãos do Tribunal de Contas da União com fundamentações que embasavam a referida (ir) responsabilização. Diante disso, pontua-se que o objetivo geral foi a análise da responsabilidade administrativa de tais advogados públicos no procedimento licitatório.

Para tanto, inicialmente, foram apresentadas as modalidades de licitação existentes na legislação pátria, bem como as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Tal exposição teve a finalidade de entender o procedimento e visualizar de forma clara a figura do parecer dentro do procedimento, assim como a sua importância.

Por conseguinte, foi exposta a relevância da advocacia enquanto função essencial à justiça no paradigma do Estado democrático de Direito, bem como a atuação e responsabilidade destes causídicos em sua atuação consultiva diante da possibilidade de integração do opinativo à motivação do administrador. Verificando-se que o papel exercido é de controle preventivo de legalidade e que ele deve sempre atuar com zelo ao interesse público, de acordo com os princípios que decorrem do regime jurídico-administrativo.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 fala em “exame” e “aprovação” da assessoria jurídica, fato que deve ser observado na fase interna da licitação e deixa margem a diversas interpretações quanto à natureza jurídica desta peça opinativa, fato que fica evidenciado pela falta de conformidade presente na doutrina e jurisprudência.

Partindo desta afirmação, foi de suma importância o estudo da natureza jurídica do parecer, concluindo-se por sua obrigatoriedade em relação à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Contudo, em que pese ser obrigatório, não é vinculante e possuindo ainda caráter opinativo com a finalidade de subsidiar a decisão do administrador que será tomada posteriormente. Vale ressaltar, que tal posicionamento não é pacífico na doutrina e jurisprudência.

Destarte, a partir das pesquisas realizadas, entendeu-se que há possibilidade de responsabilização do advogado público no procedimento licitatório, afinal o interesse público deve ser o bem maior a ser zelado e o cometimento de ilegalidades deve acarretar em consequências, previstas legalmente.

Verificou-se também que, a pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar tais causídicos não pode prosperar, visto que ele não tem competência constitucional para isso. Inclusive, seria uma injustiça a ocorrência de uma dupla responsabilização, visto que a Advocacia-Geral da União possui em sua estrutura organizacional a Corregedoria-Geral¹⁷ da Advocacia da União que tem competência para a apuração de tais faltas funcionais.

Apesar disso, levando em consideração os argumentos expostos no presente trabalho, os profissionais que atuarem com dolo, culpa ou que cometerem um erro grosseiro ou inescusável não podem ser totalmente irresponsabilizados, sob pena de propagação da impunidade ainda tão presente no Brasil e até mesmo desvalorização de tal função essencial à justiça.

¹⁷ Ressalta-se que a Advocacia-Geral da União possui um Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância, com os capítulos tratando a respeito da instauração do PAD, instalação e trabalhos da comissão processante, notificação prévia, defesa prévia, coleta de provas, interrogatório, fase de citação, defesa escrita, relatório final, prescrição, nulidades e outros tópicos pertinentes (BRASIL, 2015, p. 4-8).

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Délcio Balestero; MEIRELES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38.ed, São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOSA, Bruno de Andrade. Há responsabilidade do parecerista jurídico no processo licitatório?. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, jan/ fev/ mar 2014. Disponível em: < revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2381.pdf>. Acesso em: 15 set 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 15 set 2017.

_____. **Decreto que regulamenta a modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns**. Decreto nº 3.555. De 8 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 20 set 2017.

_____. **Decreto que regulamenta o pregão eletrônico, para aquisição de bens e serviços comuns**. Decreto nº 5.450. De 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 20 set 2017.

_____. **Lei de Improbidade Administrativa**. Lei nº 8.429. De 2 de junho de 1992. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 20 out 2017.

_____. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**. Lei nº 8.443. De 16 de julho de 1992. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm> . Acesso em: 30 out 2017.

_____. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Lei nº 8.666. De 21 de junho de 1993. 1993a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 set 2017.

_____. **Lei do Pregão**. Lei nº 10.520. De 17 de julho de 2002. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 20 set 2017.

_____. **Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União**. Lei Complementar nº 73. De 10 de fevereiro de 1993. 1993b Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm> . Acesso em: 30 out 2017

_____. **Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância da Advocacia-Geral da União**. Publicado em 31/03/2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/322980>. Acesso em: 06 nov 2017.

_____. **Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.** Lei nº 8.112. De 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 30 out 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.141.021 – SP.** Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1141021&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 set 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 2.4073-3.** Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgado em 06 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>>. Acesso em: 15 set 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 2.4631-6.** Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 09 de agosto de 2007. 2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 15 set 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.584-1.** Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 09 de agosto de 2007. 2007a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997>>. Acesso em: 15 set 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 147/2006.** Relator: Benjamin Zymler. Plenário. Data da sessão em 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/147%252F2006/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> . Acesso em: 30 out 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.337/2011.** Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Plenário. Data da sessão em 25 de maio de 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1337%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 30 out 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.454/2003.** Relator: Min. Adylson Motta. Plenário. Data da sessão em 01 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1454%252F2003/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> . Acesso em: 30 out 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.296/2017.** Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Plenário. Data da sessão em 11 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2296%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 30 out 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 521/2013.** Relator: Min. Augusto

Sherman. Plenário. Data da sessão em 13 de março de 2013. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/521%252F2013/%2520/D%2520TRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> >. Acesso em: 30 out 2017.

_____. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 44959**. Distrito Federal. 2004.01.00.044959-5. Relatora: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Quinta Turma. Julgado em: 23 de fevereiro de 2005.

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. **Jus**, jan 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/23393/breve-reflexao-sobre-o-alcance-do-paragrafo-unico-do-artigo-38-da-lei-n-8-666-1993-a-luz-da-responsabilidade-do-advogado-parecerista-que-atua-em-licitacoes> >. Acesso em: 15 set 2017.

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

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed, Salvador: JusPODVM, 2017.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. O exercício da função de assessor jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades. **Revista Tribunal de Contas da União**, maio 2014. Disponível em: < revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/42/37 >. Acesso: 15 set 2017.

COSTA JÚNIOR, José Carlos Pereirda da. Licitação pública: aspectos que influenciam no processo licitatório. **Repositório institucional UFSCar**, 26 ago 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/8745> > . Acesso em: 15 set. 2017.

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

_____. **Direito Administrativo**. 30.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres. **Consultor Jurídico**, 20 ago 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/interesse-publico-responsabilizacao-advogado-publico-elaboracao-parecer> >. Acesso em: 15 set 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime jurídico de responsabilidade do advogado público**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza- CE nos dias 08, 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. Disponível em: < www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf >. Acesso em: 12 out 2017.

FERREIRA, Camila Cotovicz. Alterações contratuais: necessidade de manifestação prévia da assessoria jurídica. **Blog Zênite**, 2 mar 2015. Disponível: < <http://www.zenite.blog.br/alteracoes-contratuais-necessidade-de-manifestacao-previa-da-assessoria-juridica/> >. Acesso em: 15 set 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed, Belo Horizonte: Fórum, 2011

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2016

MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. **A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres exarados em licitações e contratos administrativos**. 2012. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399441>. Acesso em: 06 nov 2017.

MADEIRA, Danilo Cruz. **O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito**. 05/01/2011. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/3154002>. Acesso em: 06 out 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATTOS, Rodrigo Gerent. **Independência funcional do advogado público federal na Constituição da República Federativa do Brasil em uma advocacia de Estado atenta aos direitos do cidadão**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). 2016. Natal. Disponível em: < https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/22001/1/RodrigoGerentMattos_DISSERT.pdf>. Acesso em: 06 out 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico**. Rio de Janeiro, v. 89, 1967, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088>>. Acesso em: 15 set 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. **Advocacia-Geral da União**, out 2009. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617572>. Acesso em: 15 set 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de Estado**. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>>. Acesso em: 16 out 2017.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **O controle de legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos**. Tese apresentada em novembro de 1997. Revista de Informação Legislativa, v. 35, nº 139, p. 143-154, jul/set 1998 Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/396/r139-12.pdf?sequence=4>> . Acesso em: 06 out 2017.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. 2000. Disponível em: < http://www.academia.edu/3810444/Bruno_Wilhelm_Speck_Inova

%C3%A7%C3%A3o_e_rotina_no_Tribunal_de_Contas_da_Uni%C3%A3o> . Acesso em : 02 nov 2017.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade do parecerista na análise de minutas de editais e contratos**, abril de 2008. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521909 >. Acesso em : 12 out 2017.