

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos

AULA 4

Responsabilidade de
pareceristas

© Copyright 2013, Tribunal de Contas de União

<www.tcu.gov.br>

Permite-se a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO

Tribunal de Contas da União
Secretaria Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
2a Diretoria de Desenvolvimento de Competências
Serviço de Planejamento e Projetos Educacionais

CONTEUDISTAS

Guilherme Barbosa Netto
Maurício Oscar Bandeira Maia

TRATAMENTO PEDAGÓGICO

Flávio Sposto Pompeo

RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Tribunal de Contas da União
Secretaria Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
Centro de Documentação
Editora do TCU

PROJETO GRÁFICO

Ismael Soares Miguel
Paulo Prudêncio Soares Brandão Filho
Vivian Campelo Fernandes

DIAGRAMAÇÃO

Vanessa Vieira

NOTA

Este material teve por base a Apostila “Jurisprudência e Prática sobre a Responsabilização de Agentes perante o TCU”, elaborada por Guilherme Barbosa Netto, Marcelo Mattos Sherrer, Paulo Vinhas L. Júnior e Rafael Lopes Torres.

Atenção!

Este material tem função didática. A última atualização ocorreu em junho de 2013. As afirmações e opiniões são de responsabilidade exclusiva do autor e podem não expressar a posição oficial do Tribunal de Contas da União.

Aula 4 - Responsabilidade de pareceristas

Os pareceristas estão sujeitos à responsabilização perante a Corte de Contas?

Em que situações o TCU tem atribuído responsabilidade ao emitente de parecer jurídico?

Qual é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade do autor de parecer jurídico?



Neste encontro, examinaremos os fundamentos para a responsabilização do autor de pareceres que dão suporte à prática de ato administrativo irregular, buscando revelar o entendimento do Supremo e do Tribunal de Contas da União, a partir do exame de diversos julgamentos.

O tema encerra certa controvérsia, sendo relevante conhecer as bases que sustentam as posições sobre o assunto, tendo em vista os multiplicidade de casos da natureza em apreciação nos processos do TCU.

Para facilitar o estudo, este tópico está organizado da seguinte forma:

AULA 4 – RESPONSABILIDADE DE PARECERISTAS.....	3
1. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA JURÍDICO.....	5
1.1. Doutrina.....	6
1.2. Legislação.....	7
1.3. Jurisprudência do STF.....	8
1.3.1. Inexistência de responsabilidade.....	8
1.3.2. Responsabilização do parecerista.....	9
1.4. Jurisprudência do TCU.....	10
1.4.1. Fundamentos da responsabilidade do parecerista jurídico perante o TCU.....	10
1.4.2. Consequências da tese de impossibilidade de responsabilizar advogados públicos.....	11
1.4.3. O parecer de que trata o art. 38 da LLC não é meramente opinativo.....	12
1.4.4. O parecer de que trata o art. 38 da LLC não vincula o gestor.....	13
1.4.5. Imputação de responsabilidade por parecer que respaldou irregular contratação direta.....	14
1.4.6. Parecer contrário à disposição literal de lei ou com deturpação de precedente jurisprudencial.....	15
1.4.7. Exclusão de responsabilidade do parecerista – manifestações não coincidentes com entendimento do TCU.....	16
1.4.8. Exclusão de responsabilidade do parecerista – ausência de erro grosseiro.....	19

2. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA TÉCNICO.....	20
2.1. Jurisprudência do TCU	20
2.1.1. Fundamentos para a responsabilização do parecerista técnico.....	20
2.1.2. A participação de parecerista técnico em fraude à licitação pode ensejar sua responsabilização.....	22
2.1.3. A manifestação técnica irregular pode ensejar responsabilização....	24
2.1.4. Ausência de vinculação do gestor ao parecer técnico.....	26
2.1.5. Exclusão da responsabilidade da autoridade superior	27
2.1.6. Exclusão da responsabilidade do parecerista que expressamente consignou ressalvas.....	29
SÍNTESE	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	31

Ao final desta aula, esperamos que você tenha condições de

- Conhecer os fundamentos para a responsabilização dos pareceristas.
- Saber a posição do STF sobre o assunto.
- Descrever as hipóteses em que o TCU tem responsabilizado pareceristas.

Pronto para começar?

Então, vamos.

1. Responsabilidade do parecerista jurídico

O advogado ou assessor jurídico que emite pareceres sobre atos administrativos não pratica diretamente atos de gestão de recursos públicos. Então por que razão seria responsabilizado perante as Cortes de Contas? A indagação poderia ainda ser formulada com outro enfoque: se há uma mera opinião qual o motivo de atribuir ao seu autor qualquer responsabilidade?

Não obstante diversas decisões do TCU sobre o assunto, bem como alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, o tema ainda enseja acalorados debates e significativa controvérsia.

Ao longo deste capítulo, veremos algumas peculiaridades em relação à matéria e perceberemos alguns linhas de entendimento que, embora assemelhadas, guardam certos contornos que as diferenciam.

Desde já ressaltamos que o TCU entende que o parecerista deve responder quando a peça que elaborou contenha fundamentação absurda, desarrazoada ou claramente insuficiente e tenha servido de fundamentação jurídica para a prática do ato irregular.

Qual a compreensão do Supremo? Na primeira ocasião em que enfrentou diretamente o assunto, tratava-se de um mandado de segurança contra decisão do TCU que incluiu como responsáveis solidários com os administradores os advogados da Petrobrás em virtude da emissão de parecer favorável à contratação direta, sem licitação, de empresa de consultoria internacional. O STF deferiu o mandado de segurança, tendo destacado na ementa do julgado que o parecer não é ato administrativo.

Posteriormente outro mandado de segurança foi impetrado contra deliberação do TCU, ocasião em que o STF negou a segurança, por entender que é possível responsabilizar aquele que emite parecer aprovando minuta de edital ou contrato eivado de vícios de ilegalidade, no exercício da competência do que estabelece o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993.

Atenção!

Quanto à doutrina, mencionamos a compreensão de Marçal Justem Filho para quem o autor da peça jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado, no caso do exame e aprovação de atos licitatórios.

Importante registrar que em vários julgados o TCU tem afastado a responsabilização de pareceristas, quando demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, apresentada argumentação

devidamente fundamentada e defendida tese aceitável na doutrina ou na jurisprudência, ainda que essa tese seja considerada equivocada pelo TCU.

Vejamos, então, os detalhes do tema no decorrer desse capítulo.

1.1. Doutrina

Sobre o a responsabilidade de autores de parecer jurídico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ assinala o seguinte:

“Normalmente se afirma que os pareceres jurídicos são de natureza opinativa, não obrigando a autoridade administrativa a acatar as suas conclusões; se ela discordar, poderá adotar decisão diversa, desde que adequadamente fundamentada.

No entanto, normalmente, o que ocorre é que as autoridades, quando solicitam o parecer, decidem com base nele, já que proferido por profissional da área jurídica, que se presume habilitado para o exercício desse mister. Nesses casos, o parecer, ainda que não mencionado expressamente no ato decisório, constitui a sua própria motivação, constante do processo de licitação; ele integra o ato administrativo, como requisito formal hoje considerado essencial à validade do ato pela doutrina mais autorizada. (...)

O mesmo se diga com relação às manifestações dos órgãos técnicos, que servem de base à decisão.

Sabe-se que a motivação vincula a autoridade administrativa, no sentido de que, se os motivos de fato e de direito dela constantes forem inexistentes ou falsos, o ato será ilegal. (...)

Em assunto tão delicado e tão complexo como a licitação e o contrato (principalmente diante de uma lei nova, não tão bem elaborada e sistematizada como seria desejável), a responsabilidade só pode ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro, por parte do advogado”.(‘Temas polêmicos sobre licitações e contratos, p. 117/118, 2ª ed., 1995, Malheiros’)

Marçal Justem Filho² sustenta que a manifestação jurídica acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do

1 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2ª ed., 1995, Malheiros. , p. 117/118.

2 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 379.

parecer ao autor dos atos, resultando na responsabilidade pessoal solidária da assessoria jurídica pelo que foi praticado. Ressalta ainda o seguinte:

“Há dever de ofício de manifestar-se pela nulidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.”

Marçal Justem Filho:
Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de

1.2. Legislação

Segundo dispõe a Lei nº 8.906/1994:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

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

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Por seu turno, o art. 38 da Lei nº 8.666/1993 determina que

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

(...)



Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos Contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

A Lei Complementar 73/1993, que institui a Advocacia-Geral da União estabelece:

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:

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.

1.3. Jurisprudência do STF



1.3.1. Inexistência de responsabilidade

Mandado de Segurança nº 24.073/DF

Trecho da Ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo 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. Publicação DJ 31-10-2003

1.3.2. Responsabilização do parecerista

Mandado de Segurança nº 24.631/DF

Trecho da 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. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 01/02/2008

Atenção!

- *Relator:*

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

Mandado de Segurança nº 24.584

Ementa:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. Publicação DJ 20-06-2008

1.4. Jurisprudência do TCU

1.4.1. Fundamentos da responsabilidade do parecerista jurídico perante o TCU

Acórdão nº 512/2003 - Plenário

Trechos do Voto:



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

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

No plano da Administração Pública, a definição da responsabilidade do advogado público somente pode ser averiguada no caso concreto.

(...)

O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário. Os particulares, causadores de dano ao Erário, também estão sujeitos à jurisdição do TCU.

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexos de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com grave erro, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a concretização do dano ao Erário.

Assim, sempre que o parecer jurídico pugnar desarrazoadamente pelo cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, num contexto em que a fraude se apresente irretorquível, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

Relator:

Não se pretende, nem se poderia pretender, que a emissão de opinião jurídica desinteressada, consubstanciada em fundamentado parecer, ou, pelo menos, em parecer isento, poderia gerar a responsabilização do autor, ainda no caso de erros, mas não há como deixar de responsabilizar o autor de parecer “de encomenda”, tendente, unicamente, a respaldar fraudes ao Erário, derivadas de ações já planejadas pela direção do órgão. O administrador decide primeiro e encomenda o parecer justificante, depois.



1.4.2. Consequências da tese de impossibilidade de responsabilizar advogados públicos

Acórdão n ° 190/2001 - Plenário

Trecho do Voto:

O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição

de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração.

1.4.3. O parecer de que trata o art. 38 da LLC não é meramente opinativo.

Acórdão n.º 1337/2011-Plenário

Trecho do Voto:

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:

“(...) 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”.

No mesmo sentido, excerto do voto que fundamentou o Acórdão 462/2003 - Plenário:

Relator:

Ao examinar prévia e conclusivamente os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo.

“O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada.”

Segundo Hely Lopes Meirelles, in Direito administrativo brasileiro, 24^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 176:

“O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo

à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia anuência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.”

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. E o “ato de aprovação” está nominalmente identificado como ato administrativo por Hely Lopes Meirelles (“Direito administrativo brasileiro”, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 172).

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.

1.4.4. O parecer de que trata o art. 38 da LLC não vincula o gestor.

Acórdão n.º 521/2013-Plenário

Trecho do Voto:

O órgão jurídico entendeu, no exame preliminar que fez, tratar-se de contratação de atividades que constituíam a missão institucional do instituto e que a suposta contratação de mão de obra não contemplava adequada caracterização do objeto, nem estava acompanhada do orçamento detalhado em planilhas, justificativa de preços e razão de escolha do fornecedor.

(...)

A divergência interna acerca da possibilidade da contratação não foi dirimida pelas partes envolvidas, a técnico-administrativa e a jurídica. A administração preferiu, ao que me parece, ignorar as ressalvas e observações constantes do pronunciamento do órgão jurídico.

(...)

Ocorre que mesmo que a administração contratante desejasse seguir adiante com a contratação pretendida, contrariando, eventualmente, parecer jurídico sobre o assunto, necessitar-se-ia da aposição de justificativa para tanto, no processo licitatório.

(...)

Penso ser adequada a expedição das seguintes orientações, em reforço ao já anteriormente alertado àquele instituto:

19.1 – cientificar o (...) de que 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;

19.2 – cientificar o (...) de que 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.

1.4.5. Imputação de responsabilidade por parecer que respaldou irregular contratação direta.

Acórdão nº 1898/2010 - Plenário (Pedido de Reexame não provido no ponto, mantendo multa. Embargos rejeitados pelo Acórdão n.º 2739/2010-Plenário).

Explicação sintética da deliberação:

O Tribunal aplicou multa ao ex-Procurador Geral do Estado e à ex-Coordenadora da Procuradoria Administrativa, responsáveis pela emissão de parecer que fundamentou contratação direta, com objeto excessivamente amplo, destinado a suportar diversas outras subcontratações, frustrando a aplicação do princípio licitatório. A contratação foi realizada por dispensa.

Trecho do Voto:

Chego a compartilhar desse entendimento, pela força lógica evidente do argumento [tese segundo a qual o gestor não está obrigado a observar as orientações emanadas de parecer meramente opinativo, arcando com a maior parte da responsabilidade, senão toda, advinda da eventual prática de ato contrário à legislação]. Mas tal aderência não é absoluta.

No caso especial dos pareceres prévios exigidos pela Lei 8.666/1993, parece-me claro que a obrigação toma a forma de mecanismo de prevenção de instrumentos defeituosos, que atendam exclusivamente à vontade do dirigente e não a da lei. Não se concebe que tal mecanismo seja absolutamente incapaz de rejeitar mesmo a mais flagrante das ilegalidades, como é o caso dos autos. Principalmente quando não se pode cogitar da prevalência do mero erro de avaliação ou da omissão escusável. Neste caso, tratando-se de dispensa de licitação, que sempre deveria suscitar maiores cautelas no exame do ato e de ilegalidade flagrante na descrição de objeto múltiplo, penso que não há falar nessas hipóteses.

1.4.6. Parecer contrário à disposição literal de lei ou com deturpação de precedente jurisprudencial

Acórdão n° 1.536/2004 - Plenário:

Trechos do Voto:

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

27. Aduzo que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança n° 24.073-DF, decidiu que o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros que decorrerem de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo.

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

Relator:
Finalmente, deturparam o teor de julgado quando asseveraram que a contratação, sem prévia licitação, do autor do projeto para realizar a supervisão da obra estaria respaldada na Súmula 185 do TCU, a qual afirma exatamente o contrário.

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

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

Trechos do Acórdão:

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

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

aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92 ao ex-Diretor-Geral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e aos ex-Procuradores-Gerais, no valor individual de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e ao Procurador-Chefe do DCAJ, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais);

1.4.7. Exclusão de responsabilidade do parecerista - manifestações não coincidentes com entendimento do TCU

Acórdão nº 1591/2011 - Plenário

Explicação Sintética: representação para apurar a prática de irregularidades pelo Ministério do Trabalho e Emprego na contratação da

empresa Cobra Tecnologia S.A., mediante dispensa de licitação fundamentada no inciso XVI do art. 24 da Lei de Licitações. Foram ouvidos os pareceristas jurídicos que se manifestaram pela legalidade da contratação direta.

Trecho do Voto:

72. Não vejo, portanto, como acolher os argumentos dos Srs.(...) a respeito da validade de promover-se a contratação direta da Cobra Tecnologia S.A., na hipótese, com fundamento no inc. XVI do art. 24 da Lei 8.666/93. Contudo, o aspecto de tratar-se da emissão de parecer jurídico precisa ser levado em consideração.

73. Dentro desse quadro, verifico que a manifestação dos consultores jurídicos, ao tratar da viabilidade de contratação direta da Cobra Tecnologia S.A., escudou-se em pronunciamentos doutrinários (vide fls. 191, anexo 1), posicionamento que, ainda que não coincida com o entendimento desta Corte acerca da matéria e seja amparado por minoria de doutrinadores, não deixa de corresponder a interpretação de disposições legais. Além disso, pode-se constatar que o parecer em questão, ainda que defendendo posicionamento em outro sentido, expressamente admitiu a existência de divergências na interpretação da matéria e indicou qual a compreensão desta Corte de Contas a respeito do tema (vide §§ 14 e 15, fls. 191, anexo 1). Diante, então, do entendimento manifestado pelo STF em face do MS 24.073-3-DF, no sentido de que o advogado somente será responsabilizado em caso de erro grave inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo, e por também não identificar, na hipótese, a mesma situação configurada no MS 24.584-1-DF, também apreciado pelo STF, não vislumbro, na hipótese, elementos suficientes para, nestes autos, apenar os Srs. (...). Posiciono-me, portanto, por não acolher suas justificativas em face da audiência determinada por força do Despacho de 10/4/2006, deixando de aplicar a pena correspondente em face da mencionada jurisprudência do STF.

Relator:

Verifico que a manifestação dos consultores jurídicos escudou-se em pronunciamentos doutrinários, que, ainda que não coincidam com o entendimento desta Corte acerca da matéria e seja amparado por minoria de doutrinadores, não deixa de corresponder a interpretação de disposições legais. Além disso, expressamente admitiu a existência de divergências na interpretação da matéria.

Acórdão nº 798/2008 - 1ª Câmara

Explicação Sintética: Foi ouvida em audiência pelo Tribunal a advogada do Conselho Regional de Administração do Rio de Janeiro – CRA/RJ, por ter elaborado parecer jurídico com proposta de contratação direta de escritório de advocacia, nos termos do art. 25, §1º, da Lei n. 8.666/1993, com ausência dos requisitos que caracterizassem a inviabilidade de competição, objeto de natureza singular e profissionais ou empresas de notória especialização.

Trechos do Relatório:

9.2.1 (...) entende-se que aqui assista razão à Sra. (...), na medida suficiente, inclusive, a tornar enfim afastável sua responsabilidade solidária com o administrador que decidiu pela contratação direta. Para tanto, compulsando o teor do aludido parecer de sua autoria, verifica-se, inicialmente, que proferiu posicionamento acerca da contratação direta de escritório profissional de advocacia para preparação, propositura e acompanhamento de 1.300 ações na Justiça Federal, em sua maioria, execuções fiscais e embargos à respectiva execução, e emissão de pareceres em processos administrativos internos, num acervo que chega a 1.000 processos, e verifica-se também que faz, de fato, menções sucessivas quanto a dois aspectos essenciais à avaliação do cabimento de inexigibilidade à contratação pretendida, um, quanto ao 'tema da compreensão do alcance da 'hipótese de exceção do art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993', acerca da aplicabilidade do conceito de notória especialização a serviços advocatícios), e outro, quanto à 'discutida singularidade dos serviços de advocacia'.

A parecerista lança mão de menções variadas ao caracterizar como linhas opostas de convicção, tanto de doutrinadores que seleciona, quanto da posição da Advocacia-Geral da União (Parecer GQ-77, que aponta ter concluído pela necessidade de análise das características do serviço advocatício para entendê-lo singular) e do mencionado precedente do STF acerca do tema (HC n. 72.830-8-RO, de 24/10/1995). Dessa forma, muito embora, quanto ao mérito, discorde-se do enquadramento final defendido pela parecerista, o fato é que a advogada expôs não de todo, mas suficientemente, a existência de posicionamentos jurídicos relevantes e antagônicos sobre o objeto da consulta formulada pelo CRA/RJ(...)

Unidade Técnica:
“Dessa forma, muito embora, quanto ao mérito, discorde-se do enquadramento final defendido pela parecerista, o fato é que a advogada expôs não de todo, mas suficientemente, a existência de posicionamentos jurídicos relevantes e antagônicos sobre o objeto da consulta formulada pelo CRA/RJ”

É a partir da jurisprudência desta Corte que, como já dito, entende-se afastável a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos, se demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, se apresentada argumentação provida de devida fundamentação e se defendida tese aceitável na doutrina ou jurisprudência, ainda que considerada equivocada. Assim, se o parecerista, em resumo, apresenta apenas o entendimento adotado, torna-se co-responsável por decisão tomada em sua linha. Tal não é caso. Embora observe-se que a parecerista não tenha valido da ampla jurisprudência deste TCU a respeito do tema, (...), ainda assim entende-se que a Sra. (...) logrou satisfazer o condicionamento imposto, demonstrando aos gestores a existência de questões jurídicas relevantes sobre o enquadramento pretendido, o que tornou o Presidente do CRA/RJ apto a depreender o enquadramento jurídico da situação consultada. Conclui-se, portanto, que deva a parecerista, neste caso concreto, ter suas contra-razões acolhidas por este Tribunal.

Trechos do Voto:

21. Quanto à responsabilização da Sra. (...), pela elaboração de parecer jurídico em que recomenda indevida contratação de escritório de advocacia, concordo com a sugestão da Secex/RJ, no sentido de que essa profissional, apesar de não se ter valido da ampla jurisprudência desta Corte a respeito do tema, demonstrou aos gestores do CRA/RJ, na citada peça, a existência de questões jurídicas relevantes e divergentes sobre o enquadramento a ser dado à contratação de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de certame.



Outra deliberação no mesmo sentido

Acórdão nº 296/2005 - 1ª Câmara.

1.4.8. Exclusão de responsabilidade do parecerista - ausência de erro grosseiro

Acórdão nº 1857/2011 - Plenário

Trechos do Voto:

No tocante aos pareceristas, em regra, há responsabilização desse tipo de profissional quando o ato enunciativo por ele praticado contém erro grosseiro ou inescusável com dolo ou culpa. Todavia observo que o indigitado parecer pauta suas considerações a partir de uma análise objetiva das questões tratadas em face da realidade local.

Em verdade, os pareceristas chamam a atenção da administração para o que se considerou riscos potenciais. E, como já mencionado, tais riscos potenciais apontavam para uma eventual inexecuibilidade dos preços, caso em que, repito, caberia à administração a adoção de outras medidas, antes da pronta desclassificação do interessado.

Agindo dessa forma, a administração poderia ter afastado as dúvidas suscitadas pelo parecer, situação em que seria juridicamente sustentável a contratação da referida empresa.

Como arremate, vale dizer que as considerações constantes do parecer em tela não poderiam ser consideradas equivocadas, mesmo se, com a consulta, a empresa Growth tivesse comprovado a viabilidade de sua proposta.

Posto isso, entendo não haver sustentação para a responsabilização dos pareceristas nestes autos, até porque, como visto, referido parecer

não contém erros grosseiros ou inescusáveis com dolo ou culpa que justifiquem a responsabilização dos autores pelas falhas observadas.

2. Responsabilidade do parecerista técnico

O agente público que emite parecer de natureza técnica pode, a exemplo do parecerista jurídico, ser responsabilizado perante o TCU em razão da eventual existência de vícios no parecer que conduzam à prática de atos irregulares.



A responsabilidade do parecerista pode se configurar quando sua manifestação afigura-se indispensável para fundamentar o ato administrativo. Nesta hipótese, se o autor do parecer, por conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, emite parecer com erro ou fraude sujeita-se à responsabilização solidária juntamente com a autoridade que praticou o ato.

Caso o erro seja de difícil detecção pela autoridade superior ou por comissão de licitação ou órgão colegiado não especializado na matéria em questão, o TCU tem entendido que deve ser excluída a responsabilidade daquele que acolhe o parecer. Nessa hipótese, só será responsabilizado o parecerista.

2.1. Jurisprudência do TCU

2.1.1. Fundamentos para a responsabilização do parecerista técnico



Parecer do MP (procurador-Geral) no TC-003.746/1994-1:

Quanto à alegação de que os atos do Sr. (...) eram meramente instrutórios e, por isso, não teriam força decisória, representado apenas uma opinião não-vinculativa, é importante dizer que o TCU vem rechaçando a tese de que, por definição, pareceres técnicos não implicam responsabilização. Há que se examinar caso a caso.

A questão posta em juízo se assemelha a outras discutidas no âmbito desta Corte de Contas, especialmente quanto à responsabilização de advogado público, em razão de parecer emitido no exercício das funções de consultoria e de assessoramento jurídico a órgão da Administração Pública.

Sobre o assunto, convém trazer à colação as preleções de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Normalmente se afirma que os pareceres jurídicos são de natureza opinativa, não obrigando a autoridade administrativa a acatar as suas conclusões; se ela discordar, poderá adotar decisão diversa, desde que adequadamente fundamentada.”

No entanto, normalmente, o que ocorre é que as autoridades, quando solicitam o parecer, decidem com base nele, já que proferido por profissional da área jurídica, que se presume habilitado para o exercício desse mister. Nesses casos, o parecer, ainda que não mencionado expressamente no ato decisório, constitui a sua própria motivação, constante do processo de licitação; ele integra o ato administrativo, como requisito formal hoje considerado essencial à validade do ato pela doutrina mais autorizada. (...)

O mesmo se diga com relação às manifestações dos órgãos técnicos, que servem de base à decisão.

Sabe-se que a motivação vincula a autoridade administrativa, no sentido de que, se os motivos de fato e de direito dela constantes forem inexistentes ou falsos, o ato será ilegal. (...)

Em assunto tão delicado e tão complexo como a licitação e o contrato (principalmente diante de uma lei nova, não tão bem elaborada e sistematizada como seria desejável), a responsabilidade só pode ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro, por parte do advogado. (‘Temas polêmicos sobre licitações e contratos, p. 117/118, 2ª ed., 1995, Malheiros’)(grifo nosso)

A partir dessas lições, chega-se à conclusão de que, apesar da opinião contida no parecer não vincular o administrador (no caso o Presidente do Banco), a decisão deste, ao acolhê-lo, conduz a que o parecer constitua o próprio fundamento da decisão e integre a sua motivação, requisito essencial à validade do ato.

Assim é que o vício na motivação do parecer terá a potencialidade de contaminar o ato como um todo, de modo a afetar a sua validade. Com efeito, equivoca-se a defesa por não reconhecer que a emissão de opiniões técnicas situa-se na esfera da responsabilidade de todos aqueles que participam da formação do ato, ainda que não o executem diretamente.

Claro está que se o assessor provar que o seu parecer estava alicerçado em tese aceitável, compatível com cautelas mínimas exigidas para o caso, não há que se falar em responsabilização. Agora, se for a hipótese de opinião

MPTCU:

“...se for a hipótese de opinião técnica imprudente, desidiosa, o assessor responderá pelas consequências da sua manifestação, na medida em que esta tenha concorrido para a produção do dano.”

técnica imprudente, desidiosa, o assessor responderá pelas consequências da sua manifestação, na medida em que esta tenha concorrido para a produção do dano.

A responsabilidade atribuída ao Sr. ... explica-se porque as suas manifestações, conforme demonstrado, foram, no mínimo, imprudentes e concorreram diretamente para a realização das operações impugnadas.

2.1.2. A participação de parecerista técnico em fraude à licitação pode ensejar sua responsabilização

Explicação sintética: o Tribunal apurou sobrepreço em aquisições de próteses não constantes da tabela de órteses e próteses médicas do Sistema Único de Saúde – (SUS), realizadas em hospital. O relator acolheu entendimento da unidade instrutiva, segundo a qual o autor de pareceres técnicos quanto às aquisições das próteses fora fundamental para a perpetração dos prejuízos, com sua atuação, consistindo essa em dar, ou não, a depender do caso, parecer técnico em favor de determinadas empresas, de maneira a apenas legitimar aquisições que já tinham sido procedidas.

Acórdão n.º 1380/2011-Plenário

Trecho do Voto:

5. Estou de acordo, no essencial, com as conclusões da unidade técnica, pelas razões expostas na instrução transcrita no relatório precedente e pelas que a seguir aduzo.



6. As provas auferidas nas comissões de sindicância e de processo administrativo constituídas no âmbito do GHC, com coordenação de representante da Advocacia-Geral da União, e pela própria Auditoria Interna e por este Tribunal são suficientes a comprovar o direcionamento das compras para os fornecedores de produtos que já haviam sido utilizados previamente à licitação, os quais, por sua vez, serviam apenas para encobrir as compras feitas de maneira ilícita.

7. Também resta claro dos autos que a atuação de (...), Coordenador do Centro de Resultados em Traumatologia-Ortopedia, foi determinante para o direcionamento e o prejuízo decorrente, mediante a emissão ou não, conforme o caso, de pareceres técnicos, que restringiam de maneira indevida a competitividade dos certames.

8. A defesa do responsável desvia o foco da ocorrência para o procedimento de emissão de parecer técnico.

9. Chega a afirmar que esta Corte de Contas estaria “a exigir dos médicos que esqueçam os critérios técnicos da profissão e que implantem em seus pacientes os materiais que sejam os mais baratos, sem nenhuma outra qualificação ou juízo de valor”, ilustrativa da pouca razoabilidade de alguns dos argumentos trazidos por esse responsável, os quais, conforme bem anotado pela unidade técnica, “não contribuem para necessária seriedade do processo”.

10. Por certo, há materiais que não comportam riscos de falha na sua utilização, a exemplo das ósteses e próteses médicas, tornando justificável a compra somente de produtos que, nas palavras de Marçal Justen Filho, “tenham sido devidamente testados anteriormente, propiciando a convicção de sua satisfatoriedade” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2009, Dialética, São Paulo, p. 211).

11. Além disso, ainda que, em face dos acontecimentos tratados nestes autos, tenha sido determinado ao Hospital que estudasse a conveniência e oportunidade de substituir o modelo de atestados (Acórdão nº 1.781/2003-Plenário), o Tribunal não condenou de forma peremptória a sua utilização nem determinou a sua interrupção, posição que decerto levou em conta a particularidade dos produtos adquiridos, cuja inadequação pode até trazer danos à integridade física dos pacientes.

12. Por sinal, o referido autor, Marçal Justen Filho, ao mencionar as condições para a adoção de procedimentos restritivos à participação de determinados produtos em licitações, de modo a evitar o emprego inapropriado dessa solução, descreve situação bastante parecida com a enfrentada neste processo, a saber (Idem, pp. 211/212):

“A Administração deverá disciplinar essas soluções, promovendo a eleição de critérios objetivos para aprovação ou reprovação de produtos, com direito de ampla participação dos interessados, garantia de contraditório e decisão motivada.

Mais, ainda, será vedado à Administração restringir a possibilidade de os potenciais fornecedores terem seus produtos testados. Não se admitirá que se promova uma espécie de cartelização compulsória, por efeito da própria iniciativa pública.”

13. Não se exige, de forma nenhuma, o descuido ou imprevidência com as características técnicas indispensáveis ao eficaz aproveitamento dos produtos, sobretudo ante o risco de graves consequências da utilização de materiais que não atendam a condições específicas, mas

apenas a conciliação dos requisitos técnicos com preceitos inerentes à boa e regular utilização de recursos públicos.

14. Até por que nenhum sistema é totalmente imune a fraudes ou simulações, sempre podendo ocorrer situações como a observada neste processo, em que a prerrogativa de aceitar somente produtos com parecer favorável da área técnica foi desvirtuada em detrimento da proposta mais vantajosa e com ofensa aos princípios basilares da impessoalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal) e da isonomia (art. 3º, caput, da Lei de Licitações).

15. No anexo 1 dos autos constam as propostas oferecidas nas licitações promovidas pelo HCR, as quais, à exceção das da Orthomed e Bio-Engenharia, eram invariavelmente desclassificadas por falta de parecer.

2.1.3. A manifestação técnica irregular pode ensejar responsabilização

Acórdão n.º 689/2013-Plenário

Trecho do Voto:

8. A primeira das irregularidades refere-se à deficiência de projeto básico para as obras da construção do complexo cenográfico e cultural de Mucajaí - 1ª Etapa, com indicação detalhada de treze falhas, conforme fiz constar nos subitens 9.1.1.1 a 9.1.1.13 do Acórdão n. 1.211/2011 - Plenário.

9. Tais falhas passam tanto pela inexistência de importantes peças do projeto básico - como memórias de cálculos para as diversas edificações, projeto de drenagem de águas pluviais, levantamento planialtimétrico, detalhamento de projeto estrutural -, como por inconsistências e omissões de dados no orçamento.

[...]

13. Por sua vez, os argumentos do Sr. [Gerente de Engenharia do órgão contratante] são insuficientes para afastar sua responsabilidade pela falha. É importante deixar assente que a atuação do Sr. [Gerente de Engenharia do órgão contratante] no exame e aprovação do projeto básico distingue da atuação do Prefeito.

14. O Prefeito atuou e, por isso é responsável, na condição de gestor público e autoridade homologadora do certame, como

mencionei anteriormente. Portanto, cabia-lhe validar todo o procedimento licitatório, inclusive o projeto básico que fez parte integrante do Edital da Concorrência n. 004/2009 e do Contrato que dele resultou (Contrato n. 203/2010, Peça n. 7, pp. 2/15, 71/81).

15. Já o Gerente de Serviço de Engenharia da GIDUR/[omissis], o Sr. [omissis], atuou no viés de órgão contratante, cuja análise de engenharia tem por objetivo concluir sobre a viabilidade ou não da execução do objeto do contrato de repasse, não se confundindo com revisão de projeto para fins de instrução de processo licitatório que ocorre no âmbito da entidade contratada. Assim, sua atuação se dá nos limites da Portaria Interministerial MP/MF/MCT n. 127/2008, vigente à época da celebração do ajuste e atualmente revogada pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011, bem como da norma interna da Caixa AE099007.

16. Nos termos do art. 23 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT n. 127/2008, nos convênios e contratos de repasse, o projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado antes da liberação da primeira parcela dos recursos, sendo facultado ao concedente ou ao contratante ([omissis], no presente caso) exigilo previamente à celebração do instrumento. Segundo os §§ 3º e 4º do art. 23 da aludida Portaria, o projeto básico será apreciado pelo concedente ou contratante e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho. Na hipótese de constatação de vícios sanáveis no projeto básico, estes serão comunicados ao conveniente ou contratado, que disporá de prazo para saná-los.

17. A propósito, a norma interna da Caixa AE 099007, em seu subitem 3.3, dispõe que a análise de engenharia, que visa a concluir sobre a viabilidade de execução do objeto do Contrato de Repasse e das metas previstas, deverá considerar os seguintes aspectos da intervenção: atendimento às diretrizes do programa de vinculação, adequação ao local da intervenção, funcionalidade, exequibilidade técnica, adequação dos custos previstos, prazos de execução e existência das licenças, outorgas e autorizações necessárias.

18. Ao confrontar as treze irregularidades apontadas no projeto básico, as quais estão relacionadas nos subitens 9.1.1.1/9.1.1.13 do Acórdão n. 1.211/2011 - Plenário, percebe-se, de pronto, que os aspectos da funcionalidade do empreendimento, da exequibilidade técnica e da adequação dos custos previstos ficaram comprometidos, porquanto a entidade contratante não apontou tais deficiências nem exigiu do Município de Mucajaí as correspondentes correções.

19. A título de exemplo, vários itens construtivos, previstos inicialmente no projeto arquitetônico, não foram incluídos no orçamento, o que a um só tempo prejudica a funcionalidade do empreendimento, afeta a exequibilidade técnica e desacredita o orçamento. Refiro-me à escada do Palácio de Herodes, aos serviços de cobertura e das calhas do prédio da Santa Ceia, aos serviços de instalações elétricas de todas as edificações, às lajes impermeabilizadas nos prédios Palácio de Herodes, Fórum de Pilatos, e Templo de Jerusalém, todos estes itens constantes do projeto, porém não incluídos no orçamento.

20. Além desses exemplos, a falta de memórias de cálculo das edificações, dos cortes de elementos dos projetos de edificações, do detalhamento do projeto estrutural que especifique os tipos de fundações, bem como as dimensões das vigas, pilares e lajes, e a ausência de projeto de drenagem pluvial e de levantamento planialtimétrico refletem diretamente na exequibilidade técnica do empreendimento e do próprio orçamento. Sem projetos e especificação técnica dos itens construtivos, não se dispõe de todos os elementos necessários para a elaboração precisa do levantamento dos preços.

21. Essa questão da deficiência de projeto básico é considerada grave não só pela jurisprudência do TCU, mas também pela Portaria Interministerial MP/MF/MCT n. 127/2008.

22. Conforme mencionado alhures, se a contratante ([omissis]) constatar vícios no projeto básico, deve comunicar o contratado para corrigi-los em prazo fixado; se o projeto básico não for entregue à contratante ([omissis]) no prazo estabelecido para as correções ou se receber parecer contrário à sua aprovação, “proceder-se-á à extinção do convênio ou contrato de repasse, caso já tenha sido assinado.” (art. 23, §§4º e 5º).

2.1.4. Ausência de vinculação do gestor ao parecer técnico

Acórdão n.º 828/2013-Plenário

Trecho do Voto:

22. Com relação à suposta vinculação da atuação administrativa do gestor aos pareceres anteriores, anota-se que o presente argumento não possui respaldo jurídico. A autoridade administrativa competente, quando da avaliação dos aspectos técnicos e jurídicos do edital e do projeto básico, para fins de aprovação, possui liberdade para discordar dos pareceres anteriores, desde que o faça de forma fundamentada no processo administrativo pertinente.

23. Dito de outra forma, os pareceres técnicos e jurídicos, ainda que eventualmente obrigatórios, não vinculam as autoridades legal ou regimentalmente competentes pela prática dos atos, as quais, de maneira geral, permanecem responsáveis pelo conteúdo dos atos administrativos que praticam.

Deliberação no mesmo sentido:

Acórdãos n^{os} 206/2007 e 28/2013 - Plenário

2.1.5. Exclusão da responsabilidade da autoridade superior

Exclusão de sua responsabilidade quando a autoridade decide com base em parecer técnico eivado de vício de difícil detecção.

Acórdão n^o 62/2007 - Segunda Câmara

Trecho da Ementa:

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PARECERISTA. DESCARACTERIZAÇÃO DE DOLO, CULPA OU NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O PREJUÍZO. PROVIMENTO.



1. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos.

Atenção!

2. Descaracterizada a conduta dolosa ou culposa do agente público ou do nexo de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo causado ao erário, impõe o provimento, no todo ou em parte, da peça recursal, com a exclusão da responsabilidade dos agentes envolvidos.

Trechos do Voto condutor do Acórdão:

Por intermédio do Acórdão n^o 647/2000 - 2^a Câmara, este Tribunal condenou solidariamente o ex-Diretor-Geral de Crédito do BASA, os ex-membros da diretoria do banco, o “agenciador da operação” e uma empresa ao ressarcimento do prejuízo causado ao BASA em virtude de concessão irregular de empréstimo, que foi inscrito na conta créditos em liquidação.

2. A operação em questão, EPIND-86/19, é referente à concessão de empréstimo para capital de giro no valor de Cz\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzados) à citada empresa, tendo sido aprovada na reunião de diretoria do BASA do dia 26/11/1986 e os recursos repassados em 23 de dezembro do mesmo ano.

3. De acordo com o acórdão condenatório, os responsáveis agiram sem observar as normas que regiam, à época, o crédito geral do BASA - MD-CREGE 13.2.3 e 13.2., ignorando as restrições cadastrais da empresa (registros de seis falências, 26 ações executivas, protestos de títulos e inclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos do Banco Central).

(...)

7. (...) Os elementos constantes dos autos me levam ao entendimento de que a Diretoria, para deferir o pleito do empréstimo, baseou-se nos pareceres amplamente favoráveis à operação, tanto da Gerência da Agência Belém - Centro (fls. 35/36, v. p.) como do ex-Diretor-Geral de Crédito do BASA. (...)

8. Observo que o único parecer contrário ao deferimento do empréstimo, assinado pela Gerência Industrial - GERIN (fl. 50, v. p.), parece não ter sido levado ao conhecimento dos diretores, pois não consta do mesmo carimbo de entrada na Presidência do BASA, ao contrário do que foi observado nos demais pareceres levados ao exame da Diretoria do banco.

9. Desse modo, não seria razoável esperar que os diretores da empresa duvidassem das informações consignadas nos pareceres pela aprovação do empréstimo e que requeressem novo estudo sobre a situação econômico-financeira da Bermasa e a viabilidade do negócio. Os pareceres eram incisivos a respeito da adequação da operação, o que implicava na ausência de motivos para suscitar dúvidas acerca da veracidade das informações ali contidas.

10. Anoto, ainda, que, à época da concretização da operação, o Sr. (...) ainda gozava de boa reputação junto aos demais diretores e, como Diretor Geral de Crédito do BASA, era o membro da diretoria mais indicado para realizar a análise das operações do banco na área creditícia. Não havia razões para negar confiança ou credibilidade a seu parecer.

(...)

14. Assim, em que pese a decisão final sobre a concessão do empréstimo caber à Diretoria do BASA segundo os regulamentos do banco, não é razoável que sejam condenados os demais diretores haja vista que os elementos presentes nos autos indicam que foram induzidos a erro pelo parecer do Diretor Geral de Crédito da instituição.

15. Observo ainda que não há nenhum indício nos autos que apontem ter havido locupletamento dos demais membros da diretoria com a referida operação ou um conluio dos mesmos com o Diretor Geral de Crédito da instituição para levar a cabo o deferimento do empréstimo.

Com espeque nessas considerações, em grau de recurso, foi afastada a responsabilidade dos diretores que agiram com base em parecer eivado de vícios, os quais não eram de fácil percepção.

2.1.6. Exclusão da responsabilidade do parecerista que expressamente consignou ressalvas

Acórdão nº 1.487/2006 - Plenário

Trechos do Voto condutor do Acórdão:

4. Fundamentalmente, alega-se que a Comissão de Licitação tomou a decisão de desclassificar as propostas da empresa A&M Laboratorial e Hospitalar Ltda. - Prolabor com base em parecer do Engenheiro ... Segundo eles, 'o julgamento das propostas da Concorrência n. 02/2000 exigia a apreciação de requisitos técnicos dos equipamentos licitados, o que excedia a competência da Comissão de Licitação que funcionou no projeto do REFORSUS. Por tal razão, o Sr. ... foi contratado precisamente para avaliar as propostas dos licitantes e, assim, subsidiar o trabalho da Comissão' (fl. 02, Anexo 2).

5. Preliminarmente, resalto que divirjo parcialmente acerca das responsabilidades que caberiam ao parecerista técnico. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar a decisão a ser tomada pela Comissão de Licitação, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção pelos membros da Comissão de Licitação, na certa acarretaria sua responsabilidade civil pelos possíveis prejuízos.

6. Contudo, no caso em exame, o parecerista afirmou que a proposta apresentada não possuía a 'adequação e a inteireza necessárias, pois não foram apresentados descrição técnica e

Relator:
“Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar a decisão a ser tomada pela Comissão de Licitação, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção pelos membros da Comissão de Licitação, na certa acarretaria sua responsabilidade civil pelos possíveis prejuízos.”

modelo dos equipamentos ofertados'. Alegou, também, que recebeu um número menor de páginas para examinar do que o informado posteriormente pela Comissão de Licitação. Por sua vez, a Comissão de Licitação afirmou que repassou todos os documentos ao aludido profissional. A par disso, os recorrentes afirmaram que o parecer foi lacônico, mas não há nos autos provas de que tivessem solicitado maiores informações ao parecerista, de forma a melhor embasar sua decisão. Ou seja, negligenciaram ao deixar de certificar se, de fato, não existia a descrição técnica ou não solicitar maiores detalhes acerca da desclassificação, mesmo após a interposição de recurso.

A responsabilidade do parecerista foi afastada, tendo sido mantidas as sanções aplicadas aos membros da Comissão de Licitação.

Síntese



OTCU tem entendido que os pareceristas podem ser responsabilizados em razão da existência de importante vício na peça que produziu, que deu suporte à prática de ato irregular.

Assim, se o parecer jurídico contiver erro grosseiro ou inescusável, pugnar desarrazoadamente pelo cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, tendo relevância causal para a prática do ato, o seu autor estará alcançado pela jurisdição do TCU, para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

O exame de julgados da Corte revela, de outro tanto, diversas situações em que a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos é afastada, mesmo quando sustentam linha equivocada e sem plena aderência ao entendimento do TCU, mas presente argumentação provida de devida fundamentação, defendendo tese aceitável na doutrina ou jurisprudência, máxime em casos de considerável complexidade.

Vimos que o Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto, admitindo a responsabilização do parecerista na hipótese prevista no artigo 38 da Lei nº 8.666/93, em que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação do conteúdo de tais peças.

Concluimos esta aula convidando os participantes a utilizarem o fórum para esclarecimentos de dúvidas.

Referências bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria Adjunta de Fiscalização. Orientações para elaboração da matriz de responsabilização.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil. São Paulo, Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 1 – Parte geral.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCEZ NETO, Martinho. Prática de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, Vol. 371, jan-fev/2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 28 ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 1: parte geral

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3 ed. São Paulo: Dialética.

_____. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES, Othon de Azevedo. Responsabilidade Jurídica, Horizontes, Teoria e Linguagem, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2006, p. 254.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro.. 24 ed. São Paulo: Malheiros.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Eficácia nas licitações & contratos. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Apostila de responsabilidade e processo.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Servidores públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6 ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assim. Princípios básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.