

RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA EM COMPRAS PÚBLICAS

RESPONSIBILITY OF THE REVIEWER IN PUBLIC PROCUREMENTS

Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi¹

Valter Foletto Santin²

RESUMO

O trabalho trata da responsabilização do Advogado Público sobre a sua atuação nas compras e contratações públicas. Para tanto, é dever investigar a sistemática da responsabilização adotada pela Lei 14.133/2021, bem como avaliar o papel deste profissional, conforme previsões contidas na referida legislação e legislação anterior para chegar ao foco principal do trabalho que versa sobre a responsabilização do Procurador Público quando da emissão de pareceres, à luz da doutrina, jurisprudência e legislação pertinente. A hipótese da pesquisa é verificar quais esferas de responsabilização e em que medida esta se dá pela atuação do Advogado Público negligente que deixa passar desvios e atos de corrupção. O tema tem pertinência para demonstrar a importância da advocacia preventiva para as boas contratações, bem como estabelecer parâmetros de segurança para tais servidores. A contribuição relaciona-se ao debate acerca da imunidade ou não do advogado público em razão da emissão de pareceres no âmbito das aquisições e contratações por parte do Estado. Salienta-se que a Nova Lei de Licitações inovou diversos aspectos do procedimento licitatório, tendo sido a atuação do assessor jurídico responsável pela emissão de pareceres remodelada consideravelmente. A conclusão é no sentido de que o Advogado Público não está imune por sua atuação negligente ou dolosa, sob o simples argumento de que seu parecer seja mera opinião, devendo ser aplicada a sistemática prevista na LINDB. A pesquisa utilizou o método de abordagem hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

¹ Advogado. Ocupa o cargo de Procurador do Legislativo da Câmara Municipal de Jacarezinho desde fevereiro de 2010, possui graduação em Direito pela UENP, Pós-graduação em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos; Pós-graduação em Gestão Pública pela UEPG; Pós-graduação em Direito Administrativo Aplicado para Pequenos e Médios Municípios pela UENP; Pós-graduação em MBA em Licitações Públicas à Luz da Lei 14.133/21 pela UNYPÓS, Pós-graduação em Lei Geral de Proteção de Dados pela Faculdade LEGALE; Pós-graduação em Direito Municipal pela Escola Superior da Advocacia - ESA; Pós-graduação em MBA em Licitações e Contratos: Governança, Teoria e Prática pela Faculdade Pólis Civitas; Pós-graduação em Direito e Processo Constitucional pela Faculdade LEGALE; Pós-graduação em Advocacia na Fazenda Pública pela Faculdade LEGALE e; Mestrado em Ciência Jurídica pela UENP. Desde junho de 2021 é professor vinculado à Unipública - Escola de Gestão Pública. Por fim, é membro do Grupo de Pesquisas Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais (UENP) liderado pelo Professor Valter Foletto Santin. E-mail: rickscmj@hotmail.com

² Professor de graduação e dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos (Coimbra, Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Procurador de Justiça em São Paulo. Atualmente é professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Email: santin@uenp.edu.br

Palavras-chave: assessoria jurídica; licitações; responsabilidade.

ABSTRACT

The work deals with the responsibility of the Public Attorney for their performance in public procurement. To this end, it is necessary to investigate the system of responsibility adopted by Law 14,133/2021, as well as to evaluate the role of this professional, according to the provisions contained in the aforementioned legislation and previous legislation to reach the main focus of the work, which deals with the responsibility of the Public Prosecutor when issuing legal opinions, in light of doctrine, jurisprudence, and pertinent legislation. The research hypothesis is to verify which spheres of responsibility and to what extent this occurs due to the performance of the negligent Public Attorney who allows deviations and acts of corruption to go unnoticed. The theme is relevant to demonstrate the importance of preventive legal counsel for good contracting, as well as to establish security parameters for such public servants. The contribution relates to the debate about the immunity of the public attorney by reason of the issuance of legal opinions within the scope of acquisitions and contracting by the State. It is emphasized that the New Bidding Law innovated several aspects of the bidding procedure, with the role of the legal advisor responsible for issuing opinions being considerably reshaped. The conclusion is that the Public Attorney is not immune for their negligent or fraudulent actions, under the argument that their sight is a opinion, and the system provided for in the LINDB must be applied. The research used the hypothetical-deductive method and bibliographic research.

Keywords: legal advice; tenders; responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, pós Constituição de 1988, por ser caracterizado como um Estado Democrático e Social de Direito, obrigou-se a realizar uma série de direitos prestacionais aos cidadãos. Para tanto, deve canalizar uma grande quantidade de recursos públicos a serem utilizados com responsabilidade, seguindo os parâmetros legais, buscando eficiência e isonomia em todo esse processo.

Salienta-se que uma despesa mal realizada, seja em razão de ato de corrupção, seja por improbidade, superfaturamento ou ainda decorrente de mero desleixo do agente público responsável, necessariamente deve haver a correspondente responsabilização.

A Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB, passou a balizar a responsabilização do agente público, exigindo que este aja com dolo ou erro grosseiro, o que impacta na

responsabilização, inclusive dos pareceristas técnicos. Tal regra foi mitigada em 2021, com o advento da Lei 14.230, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, excluindo a culpa grave da caracterização de atos ímprobos.

Com a promulgação da Lei 14.133, de 1.º de abril de 2021, a figura do procurador parecerista foi consideravelmente alterada, sendo-lhe atribuída uma nova postura mais ativa, visto que, conforme estabelece o seu Artigo 169, este passa a compor a segunda linha de defesa de controle das contratações públicas.

Tratando especificamente da responsabilização do parecerista, há que se diferenciar os pareceres facultativos, obrigatórios e os vinculantes. Ainda busca-se delimitar o que seria a culpa grave do parecerista, bem como aferir quando o parecer integra o ato administrativo propriamente dito.

A hipótese da pesquisa é verificar as esferas de responsabilização, seja penal, civil ou administrativa. Aferir ainda em que medida esta responsabilização se dá pela atuação do Advogado Público negligente que deixa passar desvios e atos de corrupção, quando em verdade ele tem o dever de compor a segunda linha de defesa, passando, portanto, a fazer parte do Controle Interno da Administração.

O tema tem pertinência para demonstrar a importância que a advocacia preventiva tem para o alcance de boas contratações, estas, por sua vez que atinjam o seu objetivo de satisfazer os anseios da sociedade. O tema é importante também para estabelecer parâmetros de segurança para que os Advogados Públicos possam atuar com independência e sem receio de serem penalizados simplesmente por adotar uma corrente minoritária, sendo responsabilizados por meras opiniões técnicas sem qualquer critério.

A contribuição relaciona-se ao debate acerca da imunidade ou não do Advogado Público em razão da emissão de pareceres no âmbito das aquisições e contratações por parte do Estado, delineando os limites entre uma atuação que deva sofrer responsabilização e uma atuação dentro dos limites da legalidade.

A conclusão é no sentido de que o Advogado Público não está imune por sua atuação negligente ou dolosa, sob o simples argumento de que seu parecer seja meramente opinativo, devendo ser aplicada a sistemática prevista na LINDB, que exige o dolo ou erro grosseiro para a responsabilização por opiniões técnicas.

A pesquisa foi feita por intermédio de análise na jurisprudência e bibliografia sobre a temática das licitações públicas relacionadas à nova lei de licitações, bem como à legislação anterior no que couber aplicável. Foi realizada uma abordagem qualitativa, fazendo uso, no que tange à forma escrita, do método hipotético-dedutivo. Buscou-se estabelecer um

panorama geral no que diz respeito à responsabilização do emissor de pareceres jurídicos junto às compras públicas.

2 DA RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO EM GERAL

Aquele que atua na execução de uma despesa pública necessariamente deve ser agir com cautela e responsabilidade, afinal, o recurso que está dispendendo tem natureza pública e, portanto, pertence a toda a sociedade.

Sabe-se que o Estado Brasileiro se obrigou cumprir uma gama de serviços públicos com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tais serviços públicos invariavelmente requerem uma realização de despesa pública, em especial os relacionados aos direitos fundamentais de segunda dimensão, ditos prestacionais.

Salienta-se que o Estado tem o dever de prover as necessidades sociais atendendo ao menos ao chamado mínimo existencial. Neste sentido, Valter Foletto Santin aborda essa responsabilidade estatal, segundo o qual o Estado deve procurar “atender aos pedidos ou demandas, na definição e implementação de política pública, tendo como norte o fornecimento de serviços adequados ao cidadão ou usuário”, com objetivo de “efetivação dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, que necessitam de serviços públicos” (Santin, 2019, p. 135).

Assim, aqueles servidores responsáveis pela materialização da despesa pública devem ter uma responsabilidade redobrada, visto que há escassez de recursos públicos, bem como um patamar mínimo de direitos sociais deve ser necessariamente satisfeito.

Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Junior lembra que o cidadão tem o direito à boa administração, conforme expressamente previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (Pereira Junior, 2022, p. 19).

Para o referido autor, ainda, o direito à boa administração se faz presente reflexamente na Constituição Federal, em especial nos Artigos 37 que trata dos princípios da Administração e 70 que versa sobre a fiscalização exercida pelo Congresso Nacional e pelos sistemas de controle interno de cada Poder. O Artigo 37 enaltece a busca pela eficiência, já o Artigo 70 universaliza a necessidade de prestar contas. No mesmo sentido, Dafne Reichel Cabral lembra que:

Por outro lado, analisando-se por uma perspectiva material dos direitos fundamentais, em especial no que concerne ao respeito à dignidade da pessoa

humana, pode-se afirmar que, alcançando uma boa administração pública, garante-se essa dignidade que é o núcleo dos direitos fundamentais sob essa perspectiva. Sem a Administração Pública gerindo bem os recursos disponíveis, atendendo devidamente aos direitos prestacionais, dos quais necessitam o administrado, resta inalcançável a dignidade da pessoa humana. (Cabral, 2022, p. 228).

Assim, fica evidenciado que o servidor tem o dever de se submeter à fiscalização dos controles interno e externo, devendo seus atos serem pautados sempre na busca da eficiência em atenção à dignidade da pessoa humana.

Luiz Felipe Machado Muraca e Rafael Tomaz de Oliveira, embasados na obra de Karl Loewenstein lembram que o exercício de Poder deve necessariamente ser controlado em um estado estruturado por meio de uma Constituição, que necessariamente impõe essa limitação. Nesse sentido, vejamos:

O poder não controlado é, sob essa perspectiva, uma espécie degenerada de poder. Se o poder é uma situação de fato presente em todas as relações humanas, quando se considera o âmbito de atuação do Estado, ele se torna central. [...] o constitucionalismo enquanto movimento histórico surge em um contexto de anseio pela limitação do poder estatal e, na realidade europeia, se liga aos anseios da classe burguesa. Portanto, se falarmos em uma espécie de “espírito do constitucionalismo”, estaríamos a nos referir necessariamente à limitação do poder político que outrora fora arbitrário. (MURACA; OLIVEIRA, 2022, p. 166)

Sobre o tema ainda, Marçal Justen Filho ressalta a responsabilização do servidor que dispõe do poder decisório de nomear os agentes licitatórios à luz da Lei 14.133/21, no que se refere à gestão de competências, lembrando que a designação de agentes sem observância da gestão de competência prevista no Art. 7º da NLL configura infração a dever legal expresso, gerando responsabilização, independentemente da consumação de dano ao patrimônio público (Justen Filho, 2021, p. 195).

Assim, há que se responsabilizar tanto o agente causador do dano quanto a autoridade que o nomeou, ciente de que aquele não dispunha de conhecimento técnico para o exercício das atribuições atinentes às contratações públicas.

Cumprе destacar que o mesmo ato ilícito praticado pelo servidor que implicou em prejuízo ao erário pode vir a surgir mais de uma esfera de responsabilização. Nesse sentido, vislumbra-se uma possível reparação civil, uma responsabilização penal, uma administrativa e até mesmo político-administrativa, as quais passaremos a expor na sequência.

A esfera da responsabilização cível versa sobre a responsabilização daquele que deu causa a uma perda patrimonial a outrem. Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

[...] traduz a reação do direito a uma perda ou redução patrimonial, imposta ao lesado como efeito de cumprimento de uma obrigação primária, que é aquela que se extrai diretamente da Constituição, da lei ou do contrato. O objetivo da responsabilidade civil é o de repor, tão integralmente quanto possível (“restitutio in integrum”), tal perda ou diminuição. (Pereira Junior; Dotti, 2022, p. 25).

É oportuno destacar que o dano ao Erário em atos de improbidade é imprescritível, conforme decisão do Plenário do STF, no RE 852.475 (Min. Edson Fachin, Dje 25.03.2019), ocasião em que se firmou a tese segundo a qual: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Sobre a responsabilidade civil dos agentes públicos, ressalta-se que esta é subjetiva, devendo haver conduta (ação ou omissão), dano, nexos de causalidade e culpa ou dolo. Haverá somente a responsabilização objetiva quando a lei expressamente assim o declare, nos termos do Parágrafo Único do Artigo 927 do Código Civil. A título de exemplificação podemos citar o Artigo 117, § 4º, Inciso I da Lei 14.133, de 2021.

Já a responsabilização criminal advém da prática de uma conduta tipificada como crime ou contravenção penal pela lei, lembrando que o Artigo 5º, Inciso XXXIX da Constituição Federal preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Na Lei 14.133, de 2021 existe um rol de crimes cometidos nas contratações públicas. Ao contrário da revogada Lei 8.666, de 1993, que trazia o rol de crimes somente no seu corpo, a NLL inseriu o rol de crimes licitatórios no bojo do Código Penal, mais especificamente entre os Artigos 337-E a 337-P.

Na visão de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, tal sistemática é salutar tendo em vista que com a previsão dos crimes no Código Penal evitam-se encarceramentos de servidores que agirem culposamente, visto que na codificação penal somente se pune a título de dolo, salvo quando expressamente prevista a punição pela prática de ilícito na forma culposa. Enquanto que na vigência da Lei 8.666, de 1993, os crimes previstos não seguiam a lógica do Código Penal, o que resultava em punições a título de culpa na esfera penal (Jacoby Fernandes, 2021, p. 57).

Sobre a dupla responsabilização penal/cível, de acordo com a classificação trazida por Roberto de Abreu da Silva, o Brasil adotou o Sistema da separação relativa. Isso implica em dizer que tanto a esfera cível quanto a penal possuem suas próprias competências para julgar, entretanto, a sentença penal vincula a cível quanto às questões de direito e de fato. Interferência essa com maior ou menor intensidade, dependendo do fato que motivou a sentença criminal. (Silva, 2005, p. 12).

Os artigos 63 e 65 do Código de Processo Penal e 935 do Código Civil tratam das ações penais e civis oriundas do mesmo fato jurídico. Senão vejamos:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Desses artigos, conclui-se que há certa independência entre a responsabilidade civil da penal. Entretanto, tal independência é relativa, como se percebe ao concluir a leitura do Artigo 935. Configura-se, contudo, o sistema de separação relativa.

Finalizando as esferas de responsabilização, tem-se a responsabilização do agente público pelo cometimento de ilícitos, o sancionamento administrativo, bem como o político-administrativo.

A primeira guarda relação com a apuração da responsabilidade do agente dentro do âmbito por parte da administração propriamente dita por meio de Processo Administrativo Disciplinar – PAD.

Já a responsabilização político-administrativa se dá, por exemplo, quando o transgressor da norma for agente político eletivo, a exemplo do Prefeito e Vereadores, os quais praticam infração político-administrativa pelo cometimento de ato de improbidade, conforme dispõe o Decreto-Lei n.º 201, de 1967, combinado com a Lei n.º 8.429, de 1992, podendo ser penalizados com a perda do cargo eletivo que ocupam e julgados pela Câmara Municipal.

No caso de autoridades municipais, a perda de mandato se dá no rito do Decreto-Lei retromencionado, onde a Câmara Municipal tem a prerrogativa de julgar tanto o Prefeito,

quanto os Vereadores pelo cometimento de infrações político-administrativas, conforme dispõem os Artigos 4.º e 7.º deste diploma legal.

Dentre as formas de infração político-administrativas pelo Chefe do Poder Executivo Municipal relacionadas às contratações públicas, citam-se o Inciso VII e VIII do Artigo 4º do Decreto-Lei 201, de 1967, que tratam da prática, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática, e omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município. Já os Vereadores podem vir a ser cassados em razão de praticar atos de corrupção, conforme preceitua o Inciso I do Artigo 7º do Decreto-Lei 201, de 1967.

Salienta-se que para efeito de inelegibilidade do agente político, não se faz necessário o seu trânsito em julgado, bastando que a decisão seja proferida por um colegiado, nesse sentido, Carlos Luanga Ribeiro Lima afirma que:

A decisão colegiada em segundo grau, portanto, é fundamental para a aplicação da inelegibilidade, pois, mesmo que a condenação ainda não tenha transitado em julgado, a existência de uma condenação por um colegiado (segunda instância) já é suficiente para gerar a inelegibilidade (Brasil, 2010). Essa disposição visa acelerar o afastamento de candidatos que não atendem aos critérios de probidade e moralidade exigidos para a ocupação de cargos públicos (Lima, 2024, p. 247).

Desta forma, nota-se que além da responsabilização penal, civil e administrativa, aquele responsável pela gestão de recursos públicos fica sujeito à Lei de Improbidade Administrativa, passível de ter os direitos políticos suspensos por determinado tempo em razão de possível declaração de inelegibilidade pelo cometimento de ato de improbidade.

2.1 SISTEMÁTICA ADOTADA PELA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Sobre o tema, o artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB estabelece que: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Nesse sentido, o agente público responderá pelos seus atos quando ao menos agir com erro grosseiro. Este por sua vez corresponde a uma culpa mais gravosa, conforme leciona Edilson Pereira Nobre Junior: “Desse modo, já não mais basta a simples presença de negligência ou imprudência para que o gestor possa vir a ser responsabilizado. O equívoco

grosseiro requer a constatação de culpa temerária, ou seja, grave.” (Nobre Junior, 2019, p. 195).

Buscando dirimir dúvidas quanto ao que venha a ser o erro grosseiro, o Decreto n.º 9.830, de 2019, que regulamentou dos artigos 20 ao 30 da LINDB, trouxe o seu conceito legal no bojo do seu Artigo 12:

Art. 12. [...]

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

Analisando referidos dispositivos, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti conceituam erro grosseiro como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. E continua: “o erro grosseiro não pode ser confundido com uma simples divergência de interpretação de determinado dispositivo legal.” (Pereira Junior; Dotti, 2022, p. 222).

Verifica-se que quando o dispositivo legal em tela se refere a “opiniões técnicas” ele trata da responsabilidade específica daquele servidor que emite um parecer, tema foco do presente trabalho, o qual será retomado mais à frente.

Antes de adentrar na temática central do trabalho, é oportuno aferir qual o papel do procurador jurídico no âmbito da nova lei de licitações, Lei 14.133, de 1.º de abril de 2021, o que passaremos a fazer a seguir.

3 O PAPEL DA PROCURADORIA NAS LICITAÇÕES CONFORME SISTEMÁTICA DA LEI 8.666/93 E 14.133/21

A nova lei de Licitações ampliou o rol de atribuições dos assessores jurídicos que atuam nos processos de compras públicas. Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti (Pereira Junior; Dotti, 2022, p. 201) sintetizam as responsabilidades da assessoria jurídica da seguinte forma:

a) apoiar o agente de contratação e demais agentes (Art. 8º, § 3º); b) realizar controle prévio de legalidade (Art. 53); c) realizar controle prévio de legalidade de contratações diretas (Arts. 53, § 4º e 72, III); d) auxiliar o fiscal de contrato (Art. 117, § 3º); e) auxiliar autoridade nos pedidos de reconsideração (Art. 168, Parágrafo Único); f) realizar análise jurídica antes da aplicação de penalidade de declaração de inidoneidade (Art. 156, § 6º); g) analisar cumprimento dos requisitos para reabilitação (Art. 163, V); h) atuar na linha de defesa das contratações públicas (Art. 169, II), e; i) auxiliar na elaboração de minutas de editais, etc (Art. 19, IV).

No tocante à necessidade de emissão de parecer que antecede às contratações diretas, Edgar Guimarães lembra que, não obstante a Lei n.º 8.666, de 1993 não ter essa expressa previsão, a Legislação atual incorpora o entendimento do Acórdão n.º 11.907/2011 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União (Guimarães, 2021, p. 47).

Outra importante atribuição do assessor jurídico a ser destacada e não prevista no rol citado há pouco, é a prevista no Artigo 10 da lei 14.133, de 2021 que impõe a obrigação da advocacia pública em promover a representação judicial ou extrajudicial dos agentes públicos que forem processados, desde que tenham seguido a orientação contida no parecer jurídico.

Para Jacoby Fernandes, trata-se de salutar disposição legislativa, uma vez que para ele aquele que atua com honestidade tem o direito à sua própria defesa, não sendo justo que um agente público aja dentro dos limites esboçados pelo órgão de assessoramento, portanto amparado em parecer jurídico, venha a ter de arcar com os custos de sua própria defesa, ficando desamparado (Jacoby Fernandes, 2021, p. 58).

Não obstante louvável posicionamento, referido dispositivo é alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.915, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – Anape, onde se afirma que, grosso modo, a União ofendeu o pacto federativo quando criou uma nova atribuição a cada procurador público espalhado pelo país, independente de atuar na esfera federal, estadual, municipal ou distrital.

Ainda sobre a atuação da assessoria jurídica no âmbito das licitações, Marçal Justen Filho, em palestra proferida em evento online realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná – IAP, em data de 13 de abril de 2021, ressalta que:

Aqui eu tenho uma modificação radical da função do assessor jurídico. O advogado deixa de ser um assessor de coisa alguma, o sujeito deixa de ser o escravo da autoridade porque ele passa a ser um dos integrantes do sistema de controle interno. Cabe ao advogado exercer a segunda linha de defesa. [...] Esta responsabilidade é

um poder-dever. Não se trata de uma faculdade. [...] Aqui há uma elevação do nível de responsabilidade do advogado que deixa passar falhas, defeitos, práticas corruptas, não mais é permitido ao advogado virar as costas, fazer-se de cego. A cegueira intencional, ou seja, fazer de conta que não enxergou e não viu não é mais uma alternativa viável para o advogado. (Justen Filho, 2021b).

Nesse sentido, nota-se a preocupação do legislador em dar efetividade às contratações, ampliando o controle sobre elas, com a ampliação das atribuições da assessoria jurídica na realização da despesa pública, o que reflete diretamente na responsabilidade dos profissionais que emitirem o parecer jurídico sobre as contratações públicas.

Outro elemento que é pertinente ressaltar é sobre a definição dos temas que devem obrigatoriamente ser abordados quando da elaboração do parecer jurídico, conforme dispõe o Artigo 53, § 1º e incisos. Para tanto, veja-se a sua redação:

Art. 53. [...]

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos **pressupostos de fato e de direito** levados em consideração na análise jurídica; (nosso grifo)

Nota-se que o inciso II faz referência expressa a pressupostos de fato, o que denota uma maior liberdade para a assessoria jurídica adentrar na discricionariedade do administrador, não a substituindo, obviamente.

Sobre essa possibilidade, Marçal Justen Filho destaca que uma decisão sobre o pretexto da discricionariedade deve observar as circunstâncias, as causas, os efeitos e o conjunto de fatos, evitando-se a mera subjetividade do agente, que corresponde a uma escolha arbitrária atingindo, portanto, a legalidade do ato. Assim, o parecer jurídico deve manifestar-se sobre a existência de “pressupostos” de validade de uma escolha discricionária (Justen Filho, 2021, p. 645).

Ressalta-se que a discricionariedade do gestor já poderia ser alvo de controle judicial quando ela se converter em arbitrariedade antes do regramento trazido pela Lei

14.133, de 2021, sendo que a novel legislação somente explicitou ainda mais essa possibilidade de controle da discricionariedade.

Entretanto, o que se verifica com a novel redação é um avanço no sentido de dar segurança jurídica para que o emissor do parecer possa adentrar nessa zona cinzenta que paira entre a discricionariedade e a arbitrariedade.

Feitas tais considerações acerca da responsabilização dos agentes públicos em geral, bem como explanado sobre as atribuições dos procuradores, conforme nova normativa contida na Lei 14.133, de 2021, é dever tecer alguns breves comentários quanto à responsabilização da assessoria jurídica no âmbito das contratações públicas.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DO PROCURADOR NA EMISSÃO DE PARECERES

Não obstante ter sido elencado um rol de atribuições inerentes à atuação da assessoria jurídica dentro das compras públicas, o recorte metodológico do presente trabalho se limita a abordar responsabilização pela emissão de pareceres por parte destes profissionais.

A grande questão a se enfrentar é no que tange a quando o parecer opinativo integra o ato da despesa, passando o emissor do parecer a responder solidariamente com aquele que de fato tem o poder de decidir pela realização da despesa pública.

De início, insta salientar que se trata de uma responsabilidade subjetiva por parte do emissor do parecer jurídico, devendo-se aferir se houve nexos entre as opiniões emitidas e o resultado gravoso resultante da decisão administrativa embasada neste opinativo totalmente em desacordo com a legislação. Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelado Dotti esclarecem que:

Quando da apuração de responsabilidade de parecerista jurídico, concursado ou não, é preciso aquilantar a existência de liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissos ou tendenciosos, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização de dano ao Erário. A responsabilidade, portanto, é subjetiva. (Pereira Junior; Dotti, 2022, p. 220).

Não custa lembrar que mesmo que de natureza opinativa e não vinculante, o parecer jurídico poderá vir a integrar o ato administrativo, sujeitando o emissor ao controle por parte do Tribunal de Contas, Ministério Público e até mesmo, Controladoria Interna do órgão.

Há que se destacar ainda que, de acordo com a segregação de funções, o parecerista não pode ser responsabilizado por questões que estão além de suas atribuições e ou conhecimento técnico, como por exemplo, pela má formação no preço ensejadora de sobrepreço e posterior superfaturamento. Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti lembram que:

O parecerista jurídico, por isso, não pode imiscuir-se em questões administrativas, técnicas e de oportunidade e conveniência, nem exercer o papel de guardião de todos os atos do processo e do procedimento licitatório praticados por agentes designados para o exercício de suas próprias atribuições as quais guardam presunção de legitimidade. (Pereira Junior; Dotti, 2022, p. 239).

Ainda sobre o tema, há que se diferenciar os tipos de pareceres. Sobre a temática, no MS n.º 27.073-3-DF o Ministro Joaquim Barbosa destaca a lição de René Chapus, a qual classifica os pareceres jurídicos em três espécies, a saber: a) facultativos: não vinculando o gestor; b) obrigatórios: cabendo ao gestor segui-lo ou ao menos solicitar nova manifestação para poder discordar, e; c) vinculantes: os quais necessariamente devem ser seguidos ou o gestor deve se abster de praticar o ato. Nesse sentido, vejamos o teor da referida decisão:

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. [...] (STF, Plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje de 31 de janeiro de 2008).

Sobre referida classificação, ao comentar o Artigo 28 da LINDB em sua obra, Edilson Pereira Nobre Júnior ressalta que: “[...] não é qualquer parecer que se encaixa no âmbito do dispositivo em comento, porquanto a emissão dos pareceres facultativos e

obrigatórios não é suficiente para ensejar a responsabilidade do seu subscritor” (Nobre Júnior, 2019, p. 201).

Retomando a questão do erro grosseiro do parecerista passível de responsabilização, cita-se o MS 36274 / DF de relatoria da Ministra Cármen Lúcia publicado no DJE em 19 de novembro de 2020.

Na ocasião, o STF manteve a pena de multa imposta pelo TCU ao parecerista baseada na sua omissão em comentar a ausência de publicação do certame ao emitir parecer após o processo licitatório. O parecer atestava que o certame atendeu a todos os dispositivos constantes na legislação, quando na realidade houve vícios no tocante à publicidade.

No caso, não obstante ficar assentado que os pareceres emitidos pelo impetrante, apesar de obrigatórios, nos termos do inc. VI do art. 38 da Lei n. 8.666/ 93 (análogo ao Artigo 73 da 14.133/21), não se revestem de automático efeito vinculante.

Além disso, concluiu-se 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”.

Restou consignado ainda que divergência na doutrinação ou discordância de interpretação, por evidente, não podem levar à responsabilização do parecerista. Além disso:

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. (...) De resto, caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenas as infrações cometidas por advogado. (STF, Plenário. MS 36274 / DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe de 19 de novembro de 2020).

No tocante à jurisprudência do STF atinente ao tema, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti resumem que: a) o parecerista não é absolutamente irresponsável pela emissão de pareceres; b) ele pode vir a ser chamado para prestar esclarecimentos aos Tribunais de Contas; c) podem ser responsabilizados por agirem com dolo ou má-fé ou pelo cometimento de erro evidente e inescusável (Pereira Junior; Dotti, 2022, p. 227).

Por fim, insta salientar que o Conselho Federal da OAB em 2022 apresentou ao STF pedido de edição de súmula vinculante para proteger advogados pareceristas. Na

oportunidade a proposta de súmula vinculante foi recebida sob o n.º 142 e sugere o seguinte verbete: “Viola a Constituição Federal a imputação de responsabilidade ao advogado pela emissão de parecer ou opinião jurídica, sem demonstração de circunstâncias concretas que o vinculem subjetivamente ao propósito ilícito”.

Tal pedido foi reiterado em setembro de 2024, visto que até o presente momento a Suprema Corte brasileira ainda não julgou o pedido, estando sob análise dos Ministros que integram a Comissão de Jurisprudência do STF.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, pôde-se inferir que a atuação de qualquer servidor pode ensejar responsabilidade civil, penal, administrativa e até mesmo político-administrativa, no caso de agentes políticos. Verificou-se ainda que, via de regra, a responsabilidade civil é subjetiva, e que em caso de dano ao erário, o ressarcimento se torna imprescritível quando caracterizar uma conduta ímproba dolosa, conforme jurisprudência mais recente do STF.

Nota-se ainda que foi inserida no texto da nova lei de licitações uma série de entendimentos jurisprudenciais, a exemplo da necessidade de se emitir pareceres jurídicos em contratações diretas. Isso sem prejuízo de inovações como a possibilidade de o órgão de assessoramento responsável pela emissão dos pareceres jurídicos realizarem a defesa dos agentes que seguirem suas orientações contidas nos opinativos, consoante dispõe o Artigo 10 da Lei n.º 14.133, de 2021.

Além disso, é forçoso concluir que a novel legislação reformulou a atuação do advogado público, passando este a compor um ramo do controle interno do órgão, deixando de lado sua postura confortável e inerte, reforçando ainda mais a tese da não irresponsabilidade do parecerista.

Por fim, o assessor deve se pautar ao menos em doutrina e jurisprudência, mesmo que sejam minoritárias, para se resguardar de responsabilidades ulteriores decorrentes de uma despesa pública irregular, como forma de ilidir qualquer ilação sobre a ocorrência de erro grosseiro, tornando passível a responsabilização.

Sintetizando, tem-se que: o parecerista atualmente exerce controle prévio de legalidade, compondo o sistema de controle interno do órgão, papel este reforçado pelos artigos 53 e 169, II da Lei n.º 14.133, de 2021; o parecerista não pode ser responsabilizado pela sua opinião, salvo em caso de dolo ou erro grosseiro e em pareceres obrigatórios ou vinculantes, o que implica em dizer que está sujeito sim à responsabilização, e; parecer

fundamentado em doutrina minoritária não pode vir a acarretar responsabilidade ao seu emissor.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Dafne Reichel. **Os Tribunais de Contas e o Direito à Boa Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2022.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei 14.133/2021**. 11. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. Aspectos jurídicos à luz da Lei 14.133/2021**. 1º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: RT, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Palestra proferida em evento do Instituto dos Advogados do Paraná em 13 de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6XV9xbLhzrl&t=93s>. Acesso em: 8 set. 2025.

LIMA, Carlos Luanga Ribeiro, A Nova Lei de Improbidade Administrativa e o Desconto do Tempo Referente à Inelegibilidade Quando da Aplicação da Pena de Suspensão dos Direitos Políticos. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 12, p. 244-258, out/2024**. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/3438>. Acesso em 27 set. 2025.

MURACA, Luiz Felipe Machado; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Controle do Poder Político e Improbidade Administrativa: Uma Análise Sobre a Necessidade de Comprovação do Dolo nas Ações de Improbidade Administrativa a Partir da Obra de Karl Loewenstein. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 10, p. 155-170, out/2022**. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2792>. Acesso e: 11 out. 2025.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos de Licitação e Contratação: Lei 14.133/2021**. Porto Alegre: Ordem Jurídica, 2022.

SANTIN, Valter Foletto. Serviço público e direitos humanos. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 134-153, mai./ago. 2019. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332/1300>. Acesso em: 28 set. 2025.

SILVA, Roberto de Abreu da. **A falta Contra a Legalidade Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

Submetido em 12.10.2025
Aceito em 16.10.2025