

A responsabilização do parecerista na jurisprudência do TCE-PR: análise crítica

Legal expert punishment according to TCE-PR jurisprudence: critical analysis

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro¹

RESUMO: Discorre-se, no presente trabalho, sobre o tema da responsabilização do parecerista jurídico nos processos em trâmite perante o Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR. Além dos limites do poder jurisdicional da referida Corte de Contas e de julgados representativos de seu entendimento dominante, são analisados, à luz da legislação vigente e de doutrina mais abalizada, as principais inconsistências no trato da matéria. Confere-se especial atenção, no trabalho, aos julgados referentes aos processos de licitação, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação.

PALAVRAS-CHAVE: Parecer jurídico; responsabilização; parecerista; Tribunal de Contas.

1 Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário e Processual Tributário e Direito Aduaneiro do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRACT: In this paper, we discuss legal expert punishment in cases judged by Paraná State Court of Accounts. In the light of current legislation and the most respected studies, the main inconsistencies in the treatment of the matter are subject of study, as well as the limits of the jurisdictional power of the Court and the judgments that represent its dominant understanding. We study in a deeper way the decisions regarding the processes of public acquisitions.

KEYWORDS: Legal opinion; punishment; legal adviser; Court of Accounts.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se tornado cada vez mais frequente, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, a responsabilização de advogados públicos e privados em decorrência de pareceres por eles emitidos no exercício da função de consultoria jurídica de órgãos da Administração Direta e Indireta de União, Estados e Municípios.

A proliferação de condenações e o tratamento indevido dado à matéria, mais do que proporcionar um maior grau de retidão no gasto do dinheiro público, têm impedido a Administração de lançar mão, em toda sua amplitude, dos instrumentos que a lei lhe confere para agir de maneira mais eficiente e, por conseguinte, econômica, na medida em que acaba por fomentar, na esfera dos órgãos de consultoria, “a cultura do medo (...) e a prática reiterada do ‘não’”².

2 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel. *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 128.

No presente trabalho, estudaremos o tratamento dado à matéria pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE-PR, analisando em detalhes, e de maneira crítica, as diferentes situações em que advogados, assessores jurídicos e procuradores públicos são chamados a responder pelos seus atos.

Num primeiro momento, porém, com o objetivo de facilitar a compreensão da controvérsia, traçaremos *breves considerações sobre os regimes constitucional e legal dos Tribunais de Contas*, abordando questões relacionadas às suas atribuições, à sua autonomia em relação aos demais poderes e ao seu papel de *órgão neutral* no cenário republicano-democrático brasileiro, oportunidade em que destacaremos os *limites da função julgadora* das referidas Cortes.

Em seguida, feitas as introduções devidas, discorreremos sobre a jurisprudência do TCE-PR nos casos de responsabilização de advogado – público ou privado – por emissão de *parecer obrigatório*, compreendido, nas lições de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, como “opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio.”³⁴.

Em um terceiro momento, discorreremos sobre as decisões proferidas pelo TCE-PR em processos de tomadas de contas e representações em que se discutiu a responsabilidade do parecerista jurídico pela emissão de *parecer facultativo*, entendido como “opinião emitida por solicitação de

3 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 583.

4 No mesmo sentido, dentre outros, confira-se: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 71, de 29 nov. 2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 444; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 237.

órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio”⁵.

Por fim, levaremos a efeito uma análise crítica dos precedentes supramencionados, à luz da legislação vigente, da jurisprudência dominante e dos ensinamentos doutrinários mais abalizados, de forma a tentar identificar não só os principais acertos, mas, sobretudo, as inconsistências mais relevantes e, por conseguinte, mais lesivas ao interesse público.

2. TRIBUNAIS DE CONTAS: AUTONOMIA E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Os Tribunais de Contas são *órgãos de estatura constitucional* instituídos essencialmente para realizar o *controle das contas públicas*, isto é, para identificar se agentes políticos, gestores e demais responsáveis pelo dinheiro público estão agindo em conformidade com os princípios e regras fundamentais da Administração Pública, sobretudo no momento da realização da despesa.

Como bem pondera Regis Fernandes de OLIVEIRA, “Ainda que sua atribuição seja o estrito exame das contas públicas, sua dignidade é ínsita na estrutura republicana e democrática”. Sobre o tema, o professor da Universidade de São Paulo ensina também que “Prestação de contas decorre de outros princípios e dá a imprescindível garantia jurídica do exercício adequado e probo das funções públicas. Integra, em tal sentido, a natureza da república”⁶.

5 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios...*, op. cit., p. 583.

6 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 504.

Em que pese a existência de controvérsia doutrinária, é majoritário o entendimento de que *os Tribunais de Contas são órgãos independentes e autônomos em relação aos demais poderes do Estado*, inclusive em relação ao Poder Legislativo. Isso decorre do regime estabelecido na Constituição de 1988 – de *reprodução quase inteiramente obrigatória* para Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como para Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (CF/88, art. 75)⁷ –, que, além de estabelecer, no art. 70, parágrafo único, um *rol de atribuições próprias* dos Tribunais de Contas, confere a seus membros *prerrogativas* similares àquelas fixadas para os membros do Poder Judiciário (CF/88, art. 73, § 3º). Some-se a isso a regra que dispõe que “O Tribunal de Contas da União (...) tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96” (CF/88, art. 73, *caput*).

A Constituição em nenhum momento estabelece que o Tribunal de Contas é mero órgão auxiliar do Poder Legislativo. Dispõe, em verdade, nas lições de Odete MEDAUAR, que “o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao Poder responsável, em última instância, por essa fiscalização”⁸. Em complemento, a mencionada professora da USP explica que, “Se a sua

7 Sobre o assunto, Mariana Montebello WILLEMANN explica que “(...) a Constituição de 1988, em matéria de controle externo das finanças públicas, adotou postura de *rigida limitação ao experimentalismo* das unidades federativas, impondo amplamente o modelo federal nessa área, a ponto de promover uma total asfixia dos Estados-membros ao elaborarem suas Constituições”. (WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 177).

8 MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, p. 140.

função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes”⁹.

Não à toa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190, deixou assentado que:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República¹⁰.

As Cortes de Contas são verdadeiros *instrumentos de democracia indireta*, tendo em vista que retiram sua legitimidade não do voto popular, mas dos *atributos de neutralidade e imparcialidade*, assim como ocorre com os Tribunais do Judiciário.

Sobre o assunto, Mariana Montebello WILLEMANN leciona que:

(...) os Tribunais de Contas no Brasil ostentam posição que, avançando no dogma tradicional da separação funcional de poderes, legitima sua aproximação teórica com instituições as quais se reconhece o exercício de funções neutras, com ênfase para sua capacidade de reforçar e alargar a concepção democrática para além da entropia representativa. A divisão de poderes nas democracias contemporâneas não tem como fechar seus olhos para a existência e para a importância de organismos que, à semelhança dos Tribunais de Contas, conformam modelos de democracia

9 Ibidem, p. 140-141.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 4190 MC-REF*, rel. Min. Celso de Mello, Acórdão publicado no Diário da Justiça, em 10 jun. 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jul. 2017.

indireta ou de contrademocracia e que se colocam em tensão com a esfera dos poderes majoritários¹¹.

Para o exercício do controle externo das contas públicas, a Constituição de 1988 concedeu aos Tribunais de Contas atribuições associadas às seguintes funções: a) *função opinativa*, consistente na competência para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo mediante parecer prévio (CF/88, art. 71, I); b) *função jurisdicional*, consistente na competência para julgar as contas dos administradores e daqueles que derem causa a prejuízos ao erário (CF/88, art. 71, II); c) *função fiscalizadora*, consistente na aptidão para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadorias, reformas e pensões, bem como realizar inspetorias e auditorias, fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe e fiscalizar a aplicação de recursos públicos repassados por um ente federativo a outro (CF/88, art. 71, III, IV, V e VI); d) *função informativa*, consistente na atribuição de prestar ao Congresso Nacional ou a Comissões Parlamentares de Inquérito informações referentes ao exercício de suas funções fiscalizatórias (CF/88, art. 71, VII e art. 72, *caput* e § 1º); e) *função sancionadora*, decorrente da função jurisdicional e consistente na competência para aplicar sanções àqueles que cometerem ilegalidade durante a realização de despesas públicas (CF/88, art. 71, VIII); f) *função corretiva*, consistente na atribuição de assinar prazo para adoção de providências necessárias ou sustar a execução de atos, quando não atendida a ordem para adoção de providências (CF/88, art. 71, IX e X); g) *função de ouvidoria*, consistente na aptidão para receber denúncias ou representações, oriundas de autoridades públicas, cidadãos ou mesmo pessoas jurídicas, acerca de irregularidades ou ilegalidades no gasto do

11 WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability...*, op. cit., p. 199.

dinheiro público (CF/88, art. 74, §§ 1º e 2º); h) *função regulamentar*, consistente na já mencionada aptidão para auto-organização estrutural¹².

Quando se fala em *função jurisdicional*, objeto central do presente trabalho, da qual decorrem as funções sancionadora e corretiva, está-se a falar de um *modelo atípico de jurisdição*, não exercido pelo Poder Judiciário, mas regido também pelos princípios constitucionais fundamentais do processo, como contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A função jurisdicional atípica exercida pelos Tribunais de Contas também é dotada do atributo da *coercibilidade*¹³, na medida em que “As decisões (...) de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo” (CF/88, art. 71, § 3º), sendo admissível até mesmo que as referidas Cortes prolatem *medidas cautelares*, com vistas, em regra, à sustação do ato ilegal ou ao bloqueio do patrimônio do investigado¹⁴. Apesar disso, tais *decisões*, quando condenatórias, *não são dotadas de definitividade*, podendo os acórdãos das referidas Cortes serem revistos

12 Além das mencionadas funções essenciais dos Tribunais de Contas, J. R. Caldas FURTADO faz menção à chamada função consultiva, consistente na aptidão prevista na Lei n. 8443/92 (e leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios) para responder a consultas de natureza abstrata acerca de controvérsias relacionadas ao controle de contas públicas. (FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 581-583).

13 Nesse sentido, confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 190.985*, rel. min. Néri da Silveira, Acórdão publicado no Diário da Justiça, em 24 ago. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

14 Nos autos de Mandado de Segurança n. 24.510, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.510*, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 mar. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017).

na esfera judiciária, seja por vícios de natureza procedimental, seja por questões de ilegalidade ou inconstitucionalidade – isto é, por questões jurídico-meritórias – da decisão¹⁵.

Da leitura das competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas, pode-se concluir que, no exercício de sua função julgadora, *os membros das referidas Cortes devem levar em consideração não apenas aspectos contábeis, econômicos e financeiros, indispensáveis ao equilíbrio das contas públicas, mas também, e sobretudo, jurídicos*. Ao fixar-lhes competência para aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade ou irregularidade de contas, sanções previstas em lei (CF/88, art. 71, VIII), bem como para assinar prazo para que órgãos ou entidades adotem providências para o exato cumprimento da lei (CF/88, art. 71, IX), *a Constituição inequivocamente confere também aos Tribunais de Contas a função de dizer o direito no caso concreto*. Nesse sentido, J. R. Caldas FURTADO explica que os processos de contas “são julgados sob critérios objetivos, com aplicação da técnica jurídica, submetendo-se condutas de pessoas à incidência das normas jurídicas, aplicando-se a lei mediante a subsunção de casos concretos aos tipos legais”¹⁶.

A aplicação de sanções por parte dos Tribunais de Contas, porém, não prescinde dos requisitos mínimos para responsabilização de agentes infratores, quais sejam, *ação ou omissão dolosa ou culposa, dano e nexa de causalidade* entre a conduta e o dano. É dizer, para que se possa falar em pena, é preciso que algum responsável por dinheiro público, seja ele ordenador de despesas ou não, *desde que dotado de poder decisório*, atue, no mínimo, de maneira culposa, sendo diretamente responsável pelo

15 Em sentido diverso, J. R. Caldas FURTADO defende que “Tais julgamentos são irretratáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no Judiciário, salvo vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada”. (FURTADO, J. R. Caldas. *Direito...*, op. cit., p. 646).

16 FURTADO, J. R. Caldas. *Direito...*, op. cit., p. 646.

prejuízo à Administração. Em outros termos, *os Tribunais de Contas não têm competência para punir quem não tem competência para decidir*, incluindo-se no conceito de agente decisório aqueles que atuam em conluio com o gestor e os que se beneficiam do ato.

Essas considerações, referentes aos *limites das competências jurisdicional e punitiva dos Tribunais de Contas*, são indispensáveis à compreensão das críticas que serão feitas à postura adotada pelo TCE-PR nos processos destinados a apurar a responsabilidade de consultores jurídicos por pareceres exarados no exercício de suas funções.

Dito isso, passemos à análise de alguns julgados representativos do entendimento do TCE-PR sobre o tema objeto deste trabalho.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECERES OBRIGATÓRIOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PR

Conforme exposto acima, numerosos são os processos de tomadas de contas em que advogados, assessores jurídicos e procuradores públicos são chamados a responder perante o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em virtude de pareceres por eles emitidos no exercício da função de consultoria jurídica. Na imensa maioria dos casos, busca-se a responsabilização do parecerista após a prolação de manifestações jurídicas em processos de licitação, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação, em que a emissão de parecer se faz obrigatória, por força das regras contidas no art. 38, VI, e parágrafo único¹⁷, da Lei n. 8.666, de 21-

17 Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...) VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre

06-1993, e nos artigos 35, § 4º, X¹⁸, 55, IX¹⁹, e 71, *caput*²⁰, da Lei Estadual n. 15.608, de 16-08-2007.

Em linhas gerais, embora com alguns desvios, o TCE-PR, a exemplo do que ocorre no Tribunal de Contas da União²¹, vem aplicando a *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 24.631, de relatoria do Ministro Joaquim BARBOSA. À época, o Ministro Relator, após diferenciar as diversas modalidades de parecer, concluiu que:

Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo a manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso²².

a licitação, dispensa ou inexigibilidade; (...) Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

18 Art. 35. (...) § 4º. O processo de dispensa e de inexigibilidade será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...) X - pareceres jurídicos e, conforme o caso, técnicos, emitidos sobre a dispensa ou inexigibilidade.

19 Art. 55. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos: IX – parecer jurídico.

20 Art. 71. A minuta do edital deve ser previamente examinada e aprovada pelo órgão jurídico da unidade ou agente por esse designado, devidamente habilitado e qualificado.

21 Dentre outros, confira-se: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 007.277/2003-3*. Pleno. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Acórdão 1801/2007. Sessão julgada em 5 set. 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2017.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n. 24.631*. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no Diário da Justiça, em 1 fev. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2017.

Em outros termos, as condenações são fundamentadas no argumento de que, *sendo dever do parecerista manifestar-se sobre dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como sobre as minutas de edital e contrato – ao final da fase interna do certame –, o referido agente será punido caso se omita – ao menos culposamente – na análise de ilegalidade sobre a qual deveria ter se manifestado*²³.

Analisaremos, em primeiro lugar, os julgados referentes aos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação e, em seguida, aqueles relacionados à apuração de irregularidades em processos licitatórios.

3.1. Processos de dispensa e inexigibilidade de licitação

Julgado n. 1: No Acórdão 2548/17, de relatoria do Conselheiro Ivens Linhares, proferido no âmbito do *Processo 296224/12* (Tomada de Contas Extraordinária), o Tribunal Pleno do TCE-PR, ao analisar a validade de processo de dispensa de licitação para contratação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), condenou o parecerista jurídico à multa prevista no art. 87, IV, “g”, da LC n. 113, de 15 de dezembro de 2005 (Dispõe sobre a “Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná”)²⁴, sob a alegação de que competiria ao referido agente manifestar-

23 No mesmo sentido, dentre outros, confira-se: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimento exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 662-664; BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora NDJ, 2011, p. 324-325; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 71, de 29 nov. 2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 448.

24 Art. 87. As multas administrativas serão devidas independentemente de apuração de dano ao erário e de sanções institucionais, em razão da presunção de lesividade à ordem legal, aplicadas em razão dos seguintes fatos: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) IV - No valor de 40 (quarenta) vezes a Unidade Padrão Fiscal do Estado do

se sobre a ausência de orçamentos justificadores do preço praticado, requisito legal indispensável à concretização da contratação direta. Aduziu-se que “os pareceristas não se eximem da responsabilidade por seus atos quando emitem pareceres eivados de vícios de dolo, erro ou fraude, visto que, nesses casos, os mesmos concorrem para a prática de irregularidades ou ilegalidades”, e que a omissão verificada caracterizaria “erro grosseiro” em parecer obrigatório, acarretando responsabilização pessoal²⁵.

Julgado n. 2: Quando do julgamento do *Processo n. 173813/16* (Tomada de Contas Extraordinária), instaurado para averiguar irregularidades em contratação direta de empresa para prestação de serviço de “rodeio”, mediante *inexigibilidade de licitação*, a Primeira Câmara do TCE/PR decidiu por aplicar ao parecerista jurídico a multa prescrita no art. 87, III, “d”, da LC n. 113/2005²⁶. Além de se omitir quanto à inexistência de orçamentos para justificar o preço da contratação, o assessor teria deixado de apresentar “justificativas contundentes para concluir acerca da inviabilidade de competição”. A contratação de “rodeio completo”,

Paraná – UPFPR: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) g) praticar ato administrativo, não tipificado em outro dispositivo deste artigo, do qual resulte contrariedade ou ofensa à norma legal, independentemente da caracterização de dano ao erário.

25 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 296224/12*. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Tribunal Pleno. Acórdão 2.548/17, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1609, em 7 jun. 2017. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2017.

26 Art. 87. As multas administrativas serão devidas independentemente de apuração de dano ao erário e de sanções institucionais, em razão da presunção de lesividade à ordem legal, aplicadas em razão dos seguintes fatos: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) III - No valor de 30 (trinta) vezes a Unidade Padrão Fiscal do Estado do Paraná – UPFPR: (Redação dada pela Lei Complementar 168 de 10/01/2014) (...) d) deixar de observar, no processo licitatório, formalidade determinada em lei, incluindo-se a não exigência de certidões negativas e de regularidade fiscal, podendo ser aplicada ao presidente da comissão de licitação, ao emitente do parecer técnico ou jurídico e ao gestor.

incluindo estrutura e shows, poderia ser objeto de licitação, conforme já realizado diversas vezes – em outras localidades –, restando configurada, assim, *culpa do parecerista*²⁷.

Julgado n. 3: Ao julgar *tomada de contas extraordinária* (Processo 581616/15) aberta para apurar a contratação, pelo município de Mariluz, de profissional do setor artístico e empresa de produção de espetáculos, por *inexigibilidade de licitação*, no valor de R\$ 107.500,00, o TCE/PR, em sua composição plenária, aduzindo ofensa ao que dispõe o artigo 25, III, §1º da Lei 8.666/1993, responsabilizou o prefeito municipal e o parecerista jurídico à multa de que trata o já citado art. 87, III, “d”, da LC n. 113/05. Na oportunidade, o Conselheiro Relator Ivens Linhares esclareceu que a regra do art. 38, VI, e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, “torna obrigatória a manifestação do parecerista jurídico sobre o procedimento de inexigibilidade, justamente para se aferir a sua compatibilidade com os ditames legais, o que não se faz sem análise dos documentos que instruem o referido processo”. Também aqui, o parecer deixou de se manifestar acerca da ausência de justificativa de preço. No mesmo julgado, foram apostas ressalvas referentes a deficiências das cartas de exclusividade apresentadas pela empresa contratada, bem como à ausência de provas e justificativas que demonstrassem a consagração pelo público ou pela crítica da mesma empresa artística²⁸.

27 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 173813/16*. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Primeira Câmara. Acórdão 6204/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1506, em 20 dez. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

28 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 581616/15*. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Pleno. Acórdão 1526/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1342, em 19 abr. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

3.2. Processos de licitação

Julgado n. 1: No Processo 251169/09 (*Representação*), o plenário do TCE/PR, sob a relatoria do Conselheiro Nestor Baptista, analisou a validade de *edital de pregão* para contratação de empresa de consultoria para prestar suporte técnico de gestão administrativa nas áreas de administração, compras, controle interno, educação, licitações e contratos, meio ambiente, patrimônio e recursos humanos, e condenou tanto os gestores envolvidos quanto o *parecerista jurídico que aprovou o edital*. Argumentou-se, em *primeiro lugar*, estar claramente configurada a *terceirização de atividade-fim*, medida vedada pelo ordenamento jurídico; em *segundo lugar*, que, ainda que fosse possível a contratação do referido objeto, não seria admissível a utilização de pregão para contratação de “serviços técnicos especializados”; em *terceiro lugar*, não haver base para “se aferir quais os serviços específicos a que a contratada estava obrigada”; *por fim*, não ser possível identificar de que forma a Administração chegara ao preço praticado no certame. Ao aplicar ao parecerista jurídico a multa prescrita no art. 84, IV, “g”, da LC n. 113/05, o Conselheiro Relator manifestou-se no sentido de que “o parecer jurídico é exigido pela Lei 8.666/93, artigo 38, parágrafo único, e tem relação direta com a contratação ilegal”, além disso, afirmou que o parecer jurídico “guarda relação de causalidade com a conduta do gestor, pois se trata de profissional habilitado para exercer a atividade jurídica. Assim, caso existam vícios no procedimento, esses devem necessariamente ser apontados pelo profissional”²⁹.

Julgado n. 2: Em sentido semelhante, o mesmo órgão plenário, sob a relatoria do Conselheiro José Durval do Amaral, ao julgar o Processo 101810/11 (*Representação*) decidiu por condenar o parecerista jurídico à pena do art. 84, IV, “g”, da LC n. 113/05, por ter se omitido quanto à

29 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 251169/09*. Relator Nestor Baptista. Pleno. Acórdão 841/11, publicado nos Atos Oficiais do Tribunal de Contas do Estado n. 302, em 3 jun. 2011. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ilegalidade em edital de licitação, consistente na exigência de certificado de propriedade de veículo como requisito de habilitação³⁰. Na ocasião, afirmou-se que:

O não apontamento da flagrante ilegalidade identificada por meio da presente Representação, acima apontada, em parecer obrigatório, exigido pela Lei para a verificação da conformidade com a legislação aplicável (art. 38, parágrafo único, Lei 8.666/938), configura erro grosseiro do advogado³¹.

Julgado n. 3: Quando do *Acórdão 1748/15*, o TCE/PR condenou o parecerista jurídico, assim como alguns gestores, à sanção prescrita no art. 87, III, “d”, da LC n. 113/05, por impropriedades na contratação de fornecimento, instalação e manutenção de equipamentos necessários à implantação de infraestruturas básicas de comunicação, nas Instituições Estaduais de Ensino Superior – IEES, objeto de *Pregão Presencial*. Justificou-se a responsabilização do assessor jurídico no fato de referido agente ter deixado de mencionar, em seu parecer, a *inexistência de projeto básico*. Para o Relator, cabia “à autoridade aprovar ou não a sua opinião, porquanto, no caso específico, detinha natureza vinculante, e, portanto, por não dar margem à deliberação diversa do superior hierárquico, deve ser considerado parte da decisão adotada”.

30 Lei n. 8.666/93. Art. 30 (...) § 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

31 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 101810/11*. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Pleno. *Acórdão 1788/15*, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 115, em 8 mai. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECERES FACULTATIVOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PR

São pareceres facultativos (ou meramente opinativos), como visto, aqueles proferidos por advogados, assessores jurídicos e procuradores *em resposta a consultas espontâneas formuladas por autoridades administrativas* competentes para exarar algum ato decisório. Aqui, ao contrário do exposto no tópico anterior, não existe qualquer lei determinando a prolação da manifestação técnico-jurídica.

Não existe qualquer norma no ordenamento delimitando os temas passíveis de pareceres facultativos; é suficiente, para sua lavratura, que exista controvérsia jurídica – de natureza administrativa, ambiental, tributária, financeira, processual ou qualquer outra – que precise ser sanada.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, também em consonância com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Mandado de Segurança n. 24.631, entende que, na maior parte dos casos, nas situações de pareceres opinativos, por refletirem o entendimento jurídico do prolator, não há que se falar em responsabilização do parecerista, como fazem prova os julgados abaixo analisados.

Julgado n. 1: No julgamento do *Processo 829851/14* (Recurso de Revista), o TCE-PR, em sua composição plenária, afastou a responsabilidade de parecerista jurídico que havia se manifestado favoravelmente à aposentadoria de servidor público posteriormente não homologada pela Corte de Contas. Constatou-se divergência jurisprudencial e doutrinária, à época do opinativo, acerca da concessão do benefício, no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos para conversão do tempo de contribuição comum em especial. Ademais, verificou-se a adoção imediata, pela Administração, de medidas para revogação da aposentadoria, após sua não homologação. No voto vencedor, o Relator Artagão de Mattos LEÃO observou que “Parecer não se configura em ato administrativo, mas visa informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem

estabelecidas nos atos de administração ativa, (...) pelo que se mostra indevida a sua responsabilização”³².

Julgado n. 2: Em sentido diverso, a Primeira Câmara do TCE/PR, ao julgar Tomada de Contas Extraordinária (*Processo 401440/13*), condenou assessora jurídica municipal, após emissão de parecer facultativo, à sanção prescrita no art. 87, IV, “g”, da LC n. 113/2005, argumentando que “a assessora deixou de analisar a matéria à luz da normativa constitucional pertinente (art. 40, inciso III, § 5º, da CF/1988), clara e cristalina quanto à exigência de 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício das funções de Magistério para o caso em tela”. Na ocasião, nenhum comentário acerca da presença (ou ausência) dos requisitos de dolo ou fraude foi realizado³³.

Julgado n. 3: Na *Tomada de Contas Extraordinária n. 410267/10*, por sua vez, instaurada com o objetivo de apurar responsabilidade pela omissão na cobertura de bens depositados no Porto Seco de Cascavel, atingido por incêndio, discutiu-se bastante acerca da relevância de parecer facultativo exarado pela Procuradoria-Geral do Estado para a formação da culpa dos gestores envolvidos (Governador do Estado, Secretário de Estado da Agricultura e do Abastecimento e Diretor Presidente da CODAPAR). Referidos gestores foram processados – e posteriormente condenados – por terem reparado, amigavelmente, com recursos do Tesouro do Estado, os prejuízos das empresas depositantes. À época, à luz do relatório de comissão de sindicância, o órgão de consultoria jurídica do Estado (PGE)

32 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 829851/14*. Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Pleno. Acórdão 3894/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1195, em 1 set. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

33 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 401440/13*. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Primeira Câmara. Acórdão 197/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado 1296, em 12 fev. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

manifestou-se no sentido de que não havia elementos suficientes para o ajuizamento de ação de ressarcimento contra eventual causador do incêndio, por não se ter conseguido apurar conclusivamente a causa efetiva do sinistro. O Tribunal entendeu que o parecer foi omissivo quanto a vários pontos relevantes, uma vez que a documentação acostada aos processos “poderia exigir um tratamento mais detalhado da matéria, com a expedição de uma manifestação que contemplasse todas essas circunstâncias”, bem como que, mesmo diante de tal omissão, “o parecer não faz nenhuma recomendação expressa quanto à obrigatoriedade do pagamento”. Embora o parecerista não tenha sido sequer incluído no polo passivo da Tomada de Contas, o Conselheiro Relator Ivens Linhares chegou a asseverar que “a responsabilidade do Gestor não é afastada, pura e simplesmente, em virtude de estar a decisão amparada em pareceres técnicos”³⁴.

5. ANÁLISE CRÍTICA DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PR

Sendo o parecer, como visto, ato de natureza meramente opinativa, emitido por agente com expertise em determinada matéria, pode-se afirmar que, ao contrário do que ocorre com os atos administrativos propriamente ditos, *referidos pareceres não produzem efeitos jurídicos imediatos*, mas apenas mediatos. Em verdade, tais atos prestam-se apenas a “informar,

34 BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Processo 410267/10*. Relator Conselheiro Ivens Linhares. Pleno. Acórdão 381/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado 1062, em 13 fev. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa³⁵.

Do exposto no parágrafo anterior, pode-se concluir que *o emitente do parecer*, inclusive no caso de parecer jurídico, *não pode ser responsabilizado perante terceiros* (o que inclui as condenações realizadas no âmbito das Cortes de Contas) *em virtude da simples emissão de parecer*. Para que exista responsabilização faz-se indispensável que, além da conduta dolosa ou culposa e do dano, exista *nexo de causalidade entre a conduta e o dano*, algo impossível de ser verificado em decorrência de mera emissão de opinião. É dizer, *quem opina não causa danos*.

Não à toa, a Constituição de 1988 estabelece que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133). Essa regra decorre dos direitos fundamentais à *livre manifestação do pensamento*, à *liberdade de consciência*, à *livre expressão da atividade intelectual* e ao *livre exercício da profissão* (CF/88, art. 5º, IV, VI, IX, XIII), e é reforçada pela prescrição contida no art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906, de 04-07-1994 (Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Em direito, *não existe uma verdade incontestável*, ou mesmo um órgão “dono” da verdadeira interpretação da lei. Como bem pondera Denilson Marcondes VENÂNCIO, “Não cabe ao controlador ditar o conteúdo do parecer jurídico. Servidão é conduta incompatível com a advocacia, que, mais do que qualquer outra profissão, existe para assegurar a liberdade, não podendo seu exercício se escravizar³⁶”.

35 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 427.

36 VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Como visto na primeira parte deste trabalho, os Tribunais de Contas, no exercício das funções jurisdicional e punitiva, não detêm sequer competência para julgar quem não tem competência para decidir.

Sobre o assunto, de maneira não menos contundente, assim leciona José dos Santos CARVALHO FILHO:

Refletindo uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.

De tudo isso resulta que o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer³⁷.

O raciocínio aplicado aos advogados públicos deve ser o mesmo aplicado aos *membros do Ministério Público* quando exercem a função de *fiscais da lei*, seja na esfera das Cortes de Contas (Ministério Público junto aos Tribunais de Contas), seja na esfera judicial. Promotores e Procuradores do Ministério Público, detentores de independência funcional (CF/88, art. 127, § 1º), não serão responsabilizados por suas opiniões, ainda que elas sirvam de fundamento para decisões posteriormente reformadas ou mesmo reconhecidas, em ações indenizatórias, como fruto de *erro judiciário*³⁸.

Afirmar que o parecerista não responde perante terceiros não equivale a afirmar que ele está livre para, no exercício de suas funções, *escrever qualquer coisa sobre qualquer coisa*, sem correr riscos de sanção. É dever de todo e

37 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137.

38 VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

qualquer agente público *agir de maneira zelosa*, fundamentando de maneira clara e escorreita suas opiniões, bem como levando ao conhecimento do consulente eventuais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao tema sob análise, razão pela qual a própria Constituição, ao estabelecer a inviolabilidade do advogado, prescreve que essa inviolabilidade será *limitada pela lei* (CF/88, art.133, parte final).

O parecerista que, ao elaborar sua manifestação, for omissivo ou descuidado quanto a aspectos relevantes a respeito dos quais deveria se manifestar, bem como quando se posicionar contra literal disposição de lei (Lei n. 8.906/94, art. 34, VI), ou em desacordo com doutrina e jurisprudência majoritárias, sem fazer qualquer tipo de alerta ao gestor interessado, embora não responda por danos causados a terceiros (por ausência de nexo de causalidade), deverá responder a *processo administrativo disciplinar* – com vistas à apuração de infração funcional – perante o órgão a que estiver vinculado ou a Ordem dos Advogados do Brasil.

Dito isso, já se pode afirmar, da análise dos três julgamentos do TCE-PR proferidos em processos instaurados em desfavor de pareceristas jurídicos em casos de pareceres facultativos (julgados 1, 2 e 3 do tópico 4 deste trabalho), *não ter andado bem a referida Corte de Contas* quando da prolação do acórdão proferido no Processo 401440/13 (julgado n. 2), em que se decidiu por condenar a assessora jurídica municipal à sanção prescrita no art. 87, IV, “g”, da LC n. 113/2005. Ocorre que, ainda que fosse seu dever de ofício, quando perguntada, manifestar-se sobre os requisitos constitucionais para gozo de aposentadoria especial, *foi o ato do agente competente para decidir sobre o benefício* – e não o parecer jurídico – *que permitiu o gozo da aposentadoria*. Esse agente, não custa salientar, tem o dever de conhecer a legislação aplicável à matéria, não estando sequer obrigado a encaminhar à assessoria jurídica consulta sobre o tema. Aqui, a medida mais correta seria o encaminhamento de representação ao órgão de vinculação do parecerista, assim como à Ordem dos Advogados do Brasil, para apuração de infração funcional e eventual aplicação de sanção disciplinar.

O simples fato de a emissão de parecer decorrer de previsão legal (parecer obrigatório), como ocorre, por exemplo, nos processos para contratação direta mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação (Lei n. 8.666/93, art. 38, VI), nos processos para apuração de infração cometida por empresa contratada pelo Estado do Paraná (Lei n. 15.608/2007, art. 162, VII) e nos processos prévios à celebração de termo de colaboração ou termo de fomento com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (Lei n. 13.019/2014, art. 35, VI), não invalida as conclusões apresentadas nos parágrafos anteriores.

O parecer, mesmo quando exigido por disposição legal, mantém sua natureza de ato de natureza opinativa, não podendo seu prolator, pelo menos enquanto atuar apenas na condição de parecerista, ser caracterizado como causador de um dano. O parecerista não se transforma em administrador apenas por ter a obrigação legal de emitir opinião.

No mesmo sentido, vejamos o que diz José Vicente Santos de MENDONÇA:

De resto, não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as consequências práticas do conceito (prestação de contas ao tribunal de contas etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião. Seguindo a linha acaciana do ministro Marco Aurélio, o administrador administra, e um parecer vai ser sempre um parecer: se é obrigatório ou não, isso não desnatura sua essência opinativa. Trata-se de construção doutrinária e apenas em certo sentido jurisprudencial — já que não foi adotada na íntegra pelo STF, e dois ministros dela discordaram expressamente — que não se encaixa ao nosso Direito. O parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no STF e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo, arcando, é claro, com os riscos³⁹.

39 MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006>>.

Disso decorre que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná agiu equivocadamente nos três julgados analisados no item 3.1 (Processos de dispensa e inexigibilidade de licitação) deste artigo. Ao contrário do afirmado, não é dever do parecerista jurídico: (a) fiscalizar se os agentes da Administração anexaram aos autos os orçamentos justificadores do preço praticado na contratação (julgado 1), ou mesmo (b) apresentar “justificativas contundentes para concluir acerca da inviabilidade de competição” para contratação direta de “rodeio completo” (julgado 2), assim como (c) analisar em detalhes as cartas de exclusividade apresentadas pelas empresas contratadas (julgado 3).

Ao determinar a prolação de parecer jurídico sobre dispensa e inexigibilidade de licitação como requisito indispensável para contratação direta (Lei n. 8.666/93, art. 38, VI), *o legislador não tinha a intenção de transformar o parecerista em um garantidor (ou fiscal) integral da lisura do procedimento*, responsável inclusive por conferir, com vagar, toda a documentação anexada aos autos pela Administração e pelas empresas interessadas, mas de *permitir que referido especialista se manifestasse sobre as controvérsias jurídicas verificadas no feito*⁴⁰.

Não faria sentido, e a nós isso parece claro, incluir no procedimento a participação de um *expert* e esperar dele que, dentre outras coisas, realizasse uma checagem de documentos exigidos em lei – tarefa realizável por qualquer pessoa com conhecimentos mínimos do tema das licitações.

aspx?pdicntd=64618>. Acesso em: 16 jul. 2017.

40 Nesse sentido, Denilson Marcondes VENÂNCIO explica que “Não se pode pretender transformar o advogado em garantidor universal do processo de contratação ou da prática de qualquer ato administrativo que o valha”. (VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017)

Chega a ser estarrecedor ver o TCE-PR condenar um advogado público por não ter *justificado de maneira contundente uma contratação direta*.

O parecerista jurídico só pode ser responsabilizado perante terceiros em duas situações distintas, e em nenhuma delas sua responsabilização decorre da mera emissão de opinião a respeito de determinada controvérsia jurídica. Em primeiro lugar, responderá sempre que agir dolosamente com vistas a causar danos a terceiros, em conluio com o agente competente para decidir; em segundo lugar, responderá quando agir ao menos culposamente no exercício da função descrita no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 – reproduzida pelo art. 71, *caput*, da Lei Estadual n. 15.608/2007.

A imputabilidade do parecerista por *atuação dolosa ou fraudulenta* está prevista no art. 84 da Lei n. 13.105, de 16-03-2015 (Código de Processo Civil de 2015), de acordo com o qual “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

Nesse caso, considera-se insuficiente que o emissor do parecer tenha lavrado seu opinativo com o objetivo de lesar terceiro, já que, repita-se, opiniões, mesmo quando não reflitam o real entendimento de seu prolator, não causam danos – por não terem cunho decisório. Para que o dolo do parecerista dê ensejo à responsabilização deve haver algum tipo de *conluio* com o gestor responsável pela realização da despesa, de forma que o parecer integre um ato tipicamente administrativo, apto, assim, a produzir efeitos jurídicos imediatos.

A responsabilidade solidária em caso de parecer doloso, porém, depende de *comprovação da atuação ilícita* pelas instâncias competentes, não se admitindo sua presunção. Como bem leciona Juliano HEINEN, “uma das premissas mais basilares do nosso ordenamento jurídico – talvez

uma das mais incipientes da ciência do direito – é a de que a solidariedade e a responsabilidade não se presumem, derivam da lei ou do negócio jurídico”⁴¹.

O *segundo caso de responsabilização do parecerista* decorre do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, na redação dada pela Lei n. 8.883/1994. Esse dispositivo, ao prescrever que “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”, vai além da mera determinação de emissão de parecer jurídico, contida, exemplificativamente, no art. 35, VI, da Lei n. 13.019/2014. Aqui, o parecerista não se limita a opinar – isto é, a atuar como parecerista –, mas *atua, por força de lei, como verdadeiro gestor público*, tendo a incumbência não só de examinar, mas também de *aprovar as minutas de edital e de contrato* – seja nos casos de contratação direta, seja nos casos de contratação precedida de processo licitatório.

Na condição de gestor, admite-se imputar aos assessores jurídicos, advogados ou procuradores públicos eventuais prejuízos suportados pelo erário, desde que, obviamente, fiquem comprovados: (a) dolo ou culpa, (b) dano e (c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano⁴². Para aferição do grau de culpabilidade – e consequentemente, da intensidade da sanção –, por sua vez, diversas circunstâncias devem ser consideradas, dentre as quais destacamos o grau de cautela adotado pelo parecerista, a gravidade do equívoco ou da omissão, o nível de controvérsia da matéria em âmbito jurisprudencial e os valores envolvidos na contratação.

41 HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 167-192, jul.-set. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181672>. Acesso em: 14 jun. 2017.

42 Dado o escopo deste trabalho, não traremos ao debate as controvérsias relacionadas à constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da regra contida no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.

Sobre a chamada “responsabilidade financeira”, Emerson Cesar da Silva GOMES leciona que:

A responsabilidade financeira tem como requisito subjetivo a culpa no sentido amplo (salvo no tocante à infração constante no art. 58, II, da Lei 8443/92, para a qual entendemos que se exige a culpa grave – item 9.2.1.), o que engloba o dolo e a culpa em sentido estrito, com todas as suas modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

(...)

A avaliação de culpabilidade na gestão pública pressupõe a análise dos critérios para o exame, no caso concreto, do grau de reprovabilidade da conduta do administrador público.

Esta avaliação deve levar em conta as circunstâncias, os parâmetros e as informações disponíveis ao gestor vigente à época da conduta ou da decisão administrativa inquinada. É que o controle da gestão pública, via de regra, é exercido a posteriori, e, portanto, já conhece as reais consequências da conduta e não apenas a sua previsão. Ademais, a decisão administrativa é tomada sob a pressão dos acontecimentos, com prazos exíguos, o que não acontece com o exercício da atividade de controle⁴³.

Mesmo quando atua como gestor, o parecerista não pode ser responsabilizado (solidariamente) por todo e qualquer equívoco cometido ou por toda e qualquer omissão verificada em processo de licitação ou de dispensa ou inexigibilidade de licitação, *estando sua manifestação adstrita à análise das minutas de editais e contratos*, o que, inevitavelmente, envolve também a análise dos anexos dos editais de licitação, como “projeto básico e/ou executivo” e “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços” (Lei n. 8.666/93, art. 40, § 2º, I e II).

Do exame do julgado n. 1 (*Processo 251169/09*), mencionado no item 3.2 (Processos de licitação) deste artigo, verifica-se que as sanções

43 GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012, p. 90, 93.

ao parecerista decorreram da omissão em apontar equívocos no edital de pregão, dentre os quais a terceirização de atividade fim e a falta de clareza no objeto licitado. Deixadas de lado considerações sobre a constitucionalidade do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, e a razoabilidade da medida, entendemos que o TCE-PR agiu dentro dos limites que lhe foram conferidos por lei.

Da mesma maneira, parece-nos que, ao tempo do julgado n. 2 (*Processo 101810/11*), do mesmo item 3.2, a Corte de Contas Estadual dedicou-se a verificar exclusivamente a atuação do procurador público frente à minuta de edital de licitação. Embora entendamos não ser razoável a aplicação de multa ao parecerista por simplesmente não ter apontado ilegalidade em uma única cláusula editalícia (que previa, dentre os requisitos de habilitação, a propriedade de veículo automotor), não podemos concluir ter agido a Corte de Contas fora dos limites legais.

No caso do julgado n. 3, do referido item 3.2, por sua vez, embora seja dever legal do parecerista analisar também os anexos da minuta de edital, dentre os quais, em alguns casos, inclui-se o projeto básico, não vislumbramos omissão sequer culposa no fato de não se ter feito referência à ausência do mencionado projeto básico, já que, como descrito no próprio acórdão, não era incontestado a existência de obra pública.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos concluir que, por ser o parecer jurídico ato de natureza meramente opinativa, não assiste razão ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná quando, sob o fundamento de apreciar a lisura no gasto do dinheiro público, acaba por condenar advogados, assessores jurídicos e procuradores públicos pela simples elaboração de pareceres.

Por força de norma constitucional, o advogado (inclusive o advogado público) é inviolável por seus atos e manifestações no exercício

da profissão, não detendo as Cortes de Contas sequer competência para julgar as referidas manifestações.

Como são requisitos indispensáveis à responsabilização – de quem quer que seja – perante terceiros a existência de conduta dolosa ou culposa, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, a punição de parecerista revela-se, no mínimo, ilógica, já que não existe nexo de causalidade entre a emissão de uma opinião e um dano. Apenas se pode punir quem tem poder para decidir.

O simples fato de a lei tornar obrigatória a emissão de um parecer não desconstrói os argumentos apresentados acima. A lei, como visto, não tem o condão de transformar uma opinião num ato típico de gestão.

O parecerista que, ao elaborar sua manifestação, for omissivo ou descuidado quanto a aspectos relevantes a respeito dos quais deveria se manifestar, bem como quando se posicionar contra literal disposição de lei, deverá responder a processo administrativo disciplinar perante o órgão a que estiver vinculado ou a Ordem dos Advogados do Brasil. Os Tribunais de Contas, repita-se, não são o local adequado para julgamento de pareceres.

A condenação do parecerista pelas Cortes de Contas só será válida nos casos em que não atue exclusivamente na condição de prolator de opinião. Em primeiro lugar, poderá o referido *expert* ser chamado a responder quando atuar mediante dolo ou fraude, em conluio com o gestor competente para decidir, oportunidade em que terá participado da formação do ato lesivo; em segundo lugar, será admissível a aplicação de sanção ao parecerista nos casos em que, ao aprovar minuta de edital ou contrato administrativo, referido agente causar danos ao erário em virtude de atuação pelo menos culposa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora NDJ, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O controle preventivo procedimental e as soluções especiais para situações extraordinárias. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel. *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4190 MC-REF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Acórdão publicado no Diário da Justiça, 10 jun. 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 190.985, rel. min. Néri da Silveira, Acórdão publicado no Diário da Justiça, 24 ago. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, Acórdão publicado no Diário da Justiça, 19 mar. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 24.631. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no Diário da Justiça, 1 fev. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 007.277/2003-3. Pleno. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Acórdão 1801/2007. Sessão julgada em 5 set. 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 296224/12. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Tribunal Pleno. Acórdão 2.548/17, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1609, em 7 jun. 2017. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 173813/16. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Primeira Câmara. Acórdão 6204/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1506, em 20 dez. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 581616/15. Relator Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Pleno. Acórdão 1526/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1342, em 19 abr. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 251169/09. Relator Nestor Baptista. Pleno. Acórdão 841/11, publicado nos Atos Oficiais do Tribunal de Contas do Estado n. 302, em 03 jun. 2011. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 101810/11. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Pleno. Acórdão 1788/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 115, em 8 maio 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 829851/14. Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Pleno. Acórdão 3894/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1195, em 1 set. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 401440/13. Relator Conselheiro José Durval do Amaral. Primeira Câmara. Acórdão 197/16, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1296, em 12 fev. 2016. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 410267/10. Relator Conselheiro Ivens Linhares. Pleno. Acórdão 381/15, publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado n. 1062, em 13 fev. 2015. Disponível em: <www.tce.pr.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012.

HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 167-192, jul.-set. 2014. Disponível em: <www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=181672>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 71, de 29 nov. 2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=64618>>. Acesso em: 16 jul. 2017. 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=96150>>. Acesso em: 17 jul. 2017.