

# RESPONSABILIZAÇÃO DE ADVOGADO OU PROCURADOR POR PARECERES EM CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA

Marcos Juruena Villela Souto\*

## Introdução

Cada vez mais se aterroriza o exercício da profissão de advogado, colocando em dúvida a honra e a seriedade de profissionais do direito que se apresentam, ou são chamados, ou, ainda, obrigados a exercerem seu ofício exarando pareceres em matéria de contratos firmados pela Administração Pública – como é o caso dos Procuradores de Estados, que atuam por exigência constitucional (CF, art. 132).

Não raro, os contratos sofrem diversos tipos de questionamentos, políticos, técnicos ou financeiros e se pretende responsabilizar solidariamente os Procuradores ou Advogados que atuam nos processos, muitas vezes, por dever de ofício.

Essas situações não fazem maior distinção entre o que representa o “controle da legalidade” e o “controle da economicidade” ou “controle da legitimidade” e são frequentes nas situações de contratação direta – notadamente quando em jogo os conceitos de inviabilidade de competição ou urgência.

Este breve estudo pretende identificar as distintas responsabilidades entre as tarefas do administrador e as do órgão jurídico, especialmente quando envolvida a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

## Competência para declarar a urgência, Notória Reputação ou Inviabilidade de Competição

Os pareceres jurídicos que examinam situações de contratação direta, excepcionando a regra geral da licitação, invariavelmente envolvem o exame da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

O “conceito jurídico indeterminado” é assim explicado por SÉRGIO GUERRA<sup>1</sup>:

*“De outro lado, pela técnica de utilização de conceitos jurídicos indeterminados no processo legiferante, as regras para sua adoção não parecem bem delineadas, não obstante indiquem a sua aplicação em determinados casos concretos.*

*Nessas circunstâncias, a norma não determina o exato e preciso sentido desses conceitos, haja vista que estes não admitem uma rigorosa e*

\*Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho; Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup>GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171.

*abstrata quantificação ou limitação, somente devendo ser identificados, caso a caso, diante do fato real.”*

A interpretação do dever de bem administrar, feita diante do caso concreto, deve caber à autoridade. Integra, pois, o dever de administrar.

Como leciona CELSO LUIZ MORESCO<sup>2</sup>:

*“a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio.” Por isso, afirma-se, que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos;*

*b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer - expedir atos administrativos - estará invadindo - e usurpando - a competência da Administração.*

*Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência; (...).”*

Por isso, a interpretação desse conceito é **privativa do administrador**, não cabendo, pois, tal valoração aos órgãos de controle da legalidade – salvo no caso de identificação de manifesta irrazoabilidade (como se verá adiante).

Destarte, definida a interpretação do conceito, ao órgão jurídico cabe verificar se a lei abriga a solução encontrada pelo administrador para o seu atendimento. Confira-se, a respeito, a lição de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL<sup>3</sup>.

*“A decisão de não licitar decorre de uma valorização subjetiva da situação e do interesse social envolvido. (...) Não me parece existir dúvida de que prejudicada fica a parcela da sociedade envolvida, direta ou indiretamente, quando, por exemplo, uma obra pública não é posta à sua disposição no prazo adequado; comporta um certo grau de subjetividade e é determinado em cada caso.*

( ... )

*Friso que não é um juízo arbitrário e sim discricionário do qual a Administração emite sobre o interesse social envolvido.”*

<sup>2</sup>MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. Revista Trimestral de Direito Público nº 14, 1996, págs. 78 a 95.

<sup>3</sup>AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato Administrativo: Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, pág. 95 e 96.

Também comunga desse entendimento JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES<sup>4</sup>

*“... o administrador estará obrigado a, pelo menos, motivar a dispensa da licitação, pois, atuando sobre norma permissiva, com poder discricionário, deve justificar o não realizar a disputa, uma vez que a motivação é mais relevante precisamente nos chamados atos discricionários.” (g/n)*

Cite-se, ainda, RAUL ARMANDO MENDES<sup>5</sup>:

*“O primeiro juízo de avaliações da dispensa ou inexigência, ou parcelamento é do administrador que a ordenar; o segundo, da autoridade superior àquele, do órgão ou entidade interessada, que será comunicada do ato, necessariamente justificado, em três dias corridos, seguintes, ao do ser exarado. O Estatuto sinalizou igual prazo para a autoridade superior ratificar o ato de dispensa, inexigibilidade ou parcelamento, sem o que ele não terá eficácia. Se a autoridade não ratificar o ato, obviamente as situações referidas nestes artigos não podem concretizar-se. Se o administrador, sem aguardar a ratificação, as consubstanciou, responde pela conduta, quer administrativa quer criminalmente, em processo regular, com direito de defesa.”(g/n)*

Confira-se, ainda, o ensinamento de ANTONIO ROQUE CITADINI<sup>6</sup>:

*“A contratação direta”, por dispensa ou inexigibilidade, bem como o retardamento de execução contratual, deverão ser sempre adequadamente motivados, informando o administrador, com clareza, a situação concreta que o obriga a tal ato, apontando, inclusive, o dispositivo legal que permite tal procedimento.*

*Deverá o gestor apontar as razões da dispensa ou inexigibilidade, de tal forma que a contratação direta seja adequada para a situação de fato enfrentada pela Administração.*

*Igualmente terá o administrador que justificar a escolha do contrato, posto que não é admitida pela lei a mera escolha que privilegie determinada marca, por protecionismo ou favorecimento. Quanto aos preços contratados, deverá o gestor certificar-se indicar que estão conforme os praticados pelo mercado e com outros órgãos da Administração Pública.” (g/n)*

<sup>4</sup>FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília : Brasília Jurídica, 1995, pág. 361

<sup>5</sup>MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, pág. 83.

<sup>6</sup>CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1996, pág. 194.

Na mesma linha de pensamento dessas autoridades, que integram ou integraram as Cortes de Contas, lecionam, respectivamente, SIDNEY BITTENCOURT<sup>7</sup>, CARLOS PINTO COELHO MOTTA<sup>8</sup> e JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR<sup>9</sup> que a autoridade competente para tal interpretação é o **ordenador de despesas**:

*“Trata-se de atividade típica de controle, uma vez que, após a primeira avaliação de hipótese incidente de inviabilidade de competição, realizada pelo Ordenador de Despesa no enquadramento, cabe à autoridade superior àquele o juízo final, para só aí então ser providenciada a publicação em diário oficial ou seu substitutivo.” (g/n)*

*“Diante, pois, de conduta equivocada de ordenador que autoriza indevidamente dispensa ou inexigibilidade, fará a autoridade responsável a devida correção, determinando-se à apuração da responsabilidade “de quem os ordenou”, conforme o artigo 82 da Lei.”. (g/n)*

*“A competência para dispensar a licitação deveria ser sempre do ordenador da despesa, que terá de fazê-lo por ato expresso e fundamentado, responsabilizando-se pela regularidade e consequência. (...) (cf. Curso Moderno de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975, p. 133) (...) A expressão “autoridade superior” há de ser, portanto, entendida como aquela diretamente responsável pelo contrato, conforme a melhor doutrina. Na hipótese, como se trata de empresa pública, a seus dirigentes compete o conhecimento da matéria, aprovando ou não a dispensa ou a inexigibilidade da licitação...” (g/n)*

Daí porque, em princípio, o controle sobre o ato aplicador de conceito jurídico indeterminado se limita à verificação da presença dos elementos desse ato, não podendo a autoridade controladora substituir o juízo de valor do administrador pelo seu, sob pena de subverter o Sistema de Separação de Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>10</sup> reconhece, no entanto, que sobre tal valoração pode ser exercido o controle da legalidade. Todavia, há limites a esse controle, devendo se fazer presente uma “zona de certeza” sobre os motivos ou sobre as finalidades invocadas.

<sup>7</sup>BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, pág. 82.

<sup>8</sup>MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte : Del Rey, pág. 138

<sup>9</sup>PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro : Renovar, pág. 180.

<sup>10</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992, págs. 29 e 30.

Observado esse limite, milita em favor do administrador a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade na chamada “zona cinzenta”, sobre a qual não pode haver substituição da valoração emitida pelo administrador – no exercício da função de administrar – pela valoração do controlador, como expõe MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>11</sup>:

*“No sistema da Constituição anterior, a fiscalização externa envolvia apenas o exame da legalidade dos atos praticados. O art. 70 da Constituição de 1988 referiu-se à fiscalização da “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Essa redação não conduz à criação de competência para rever o mérito dos atos administrativos ou de invadir o âmbito de liberdade que incumbia à autoridade que praticou o ato.*

*Compete ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas a fiscalização. Logo, não lhes é reconhecido o exercício em nome próprio das atividades de que os outros órgãos estão investidos. Os órgãos de fiscalização não se substituem aos órgãos fiscalizados, que continuam titulares, com exclusividade, da competência (discricionária, em alguns casos) para a prática dos atos.” (g/n)*

*“Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade.*

*Não foi casual, por isso, a ausência de referência constitucional à fiscalização quanto ao mérito, à conveniência ou, mesmo, à discricionariedade. A Constituição alude a legitimidade e economicidade, ângulos complementares da liberdade de atuação do gestor da coisa pública. Cabe aos órgãos de fiscalização verificar se inexistiu desvio de finalidade, abuso de poder ou se, diante das circunstâncias, a decisão adotada não era a mais adequada.*

*Muito menos cabível seria impugnar a decisão adotada por ter-se revelado, a posteriori, menos adequada do que outra. A economicidade da decisão pode (deve) ser investigada segundo as condições contemporâneas à sua edição. Não pode exigir do gestor da coisa pública o dom sobre-humano do conhecimento do futuro. Não há forma de eliminar o risco de frustração da eficiência da decisão em virtude da imprevisível conjugação de fatos supervenientes.*

<sup>11</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 751-752.

*Quando existam diversas previsões sobre o futuro, entre si incompatíveis e cada qual respaldadas por posições técnico-científicas igualmente respeitáveis, não se poderá reprovar a escolha por alternativa que se revelar inadequada posteriormente. Não se poderá afirmar que o desastre era previsível quando existiam previsões diversas e contraditórias, todas apoiadas em teorias e doutrinas científicas.” (g/n).*

Essa também é a linha adotada pelo Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal EROS GRAU<sup>12</sup>, em sede doutrinária:

*“Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical.*

*Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscano, como a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.*

*Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o Juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.*

*O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].”*

Registre-se que o comum tem sido questionar, basicamente, a valoração feita pelo administrador para amparar a contratação direta, o que, efetivamente, escapa aos limites da atuação do órgão jurídico no controle da legalidade.

Em perfeita sintonia com o que aqui se sustenta, aponta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>13</sup>:

*“As dimensões são, portanto, bem distintas: a legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exaustivamente todas as hipóteses do interesse público.*

<sup>12</sup>GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.36.

<sup>13</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14.

*Assim, por mais extensa, minudente e meticulosa que se expresse qualquer definição jurídica da legalidade, remanescerão sempre miríades de aspectos do interesse público não legislado que, não obstante, por serem legítimos, estarão pendentes de definições políticas derivadas integrativas que, de alguma forma admitida, deverão ser feitas por quem tenha competência e quando surgir a oportunidade e a conveniência de explicitá-las.” (g.n)*

Sobre tal competência, explora KATHERINNE DE MACÊDO MACIELMIHALIUC<sup>14</sup>:

*“Exatamente, consiste a competência discricionária na possibilidade de valoração subjetiva pelo administrador de determinados conceitos fluidos ou vagos e na margem de liberdade, a fim de proceder à melhor escolha diante do caso concreto para consecução da finalidade pública.” (g/n)*

(...)

*“dentro dos limites da lei, a escolha da solução a ser adotada só poderá competir ao agente da Administração, sendo veemente vedada a substituição pela valoração ou ponderação feita pelo Juiz.” (g/n)*

(...)

*“Ao intérprete não está atribuída à utilização dos juízos de oportunidade e conveniência, mas tão somente, do de legalidade, pois tanto a interpretação quanto a discricionariedade exigem, na nomenclatura de Azzariti, um “momento subjetivo” ou “intelectivo”, mas apenas a última, além deste primeiro momento intelectual, envolve um momento volitivo e uma capacidade criadora.*

*À interpretação não se reconhece o elemento criador, os deslindes dessa atividade limitam-se à intelecção e à cognição, pois, embora “haja elemento valorativo e axiológico, este já está implícito na norma interpretada.”<sup>15</sup>*

Definido, pois, que há um forte elemento subjetivo a critério da autoridade competente, verifica-se que nenhuma interferência sobre essa valoração pode ser produzida quer pelo Judiciário, quer pelo Tribunal de Contas e, menos ainda, no controle prévio, pelos Procuradores e Advogados.

A justificativa é previamente tomada, da qual não participa o órgão jurídico. O ato ou valoração do administrador não têm como motivo o parecer do Procurador ou

<sup>14</sup>MIHALIUC, Katherine de Macedo Maciel. *Discricionariedade Administrativa e conceitos jurídicos indeterminados*. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004, p. 35; 50; 55.

<sup>15</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ªed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 123.

Advogado, que, quando muito, atestam que a interpretação dos fatos inerentes à aplicação de um **conceito jurídico indeterminado** é prevista em dispositivo legal, que, por sua vez, exige tal **interpretação** para **execução** da vontade da lei. Não há, no parecer, decisão ou execução, nem motivação (esta, calcada no **fato** e na **interpretação** sobre ele incidente, a cargo da **autoridade**).

### **Responsabilidade do Advogado**

Cabe, pois, examinar, nesse contexto, se haveria fundamento para a responsabilização do advogado, que se limitou a apreciar o cumprimento de requisitos formais, previamente apontados e já decididos pela autoridade competente.

Ora, como explica TÊMIS LIMBERGER<sup>16</sup> sobre os limites de tal atuação:

*“Segundo o entendimento de Seabra Fagundes dentro do terreno da gestão política, que é função típica do administrador, não é dado ao juiz interferir, já que isto faria com que o Judiciário se substituísse ao Executivo. Essa liberdade de decisão é onde radica a responsabilidade do poder político – por meio do administrador, responsabilidade essa que não está afeta ao juiz, que não pode pretender se substituir ao administrador, conforme enuncia Enterría.*

(...)

*Bachof lançou, por volta de 1955, a teoria da margem da livre apreciação, segundo a qual se reserva à administração uma margem para livre apreciação dos pressupostos de sua atuação. Desta forma, o legislador ao estatuir conceitos jurídicos indeterminados, que envolvem conceitos de valor e de experiência, considerou que não era oportuna uma regulamentação mais precisa e concreta. Desta forma, de nada valeria substituir-se o juízo falível da administração pelo não menos falível juízo do tribunal. Desta forma, Bachof considera que nos conceitos jurídicos indeterminados e na discricionariedade existe uma margem livre de apreciação da administração com responsabilidade exclusiva da administração, enquanto poder autônomo do Estado, que deve permanecer livre de interferência dos tribunais.” (g/n)*

Em situação semelhante se pronunciou o plenário do STF<sup>17</sup>, em processo conduzido pelo por LUIS ROBERTO BARROSO:

*“Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela*

<sup>16</sup>LIMBERGER, Têmis. *Atos da Administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115-121.

<sup>17</sup>MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 06/11/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 31-10-2003

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

Do corpo do v. Acórdão, se extrai o seguinte ensinamento do eminente Ministro CARLOS VELLOSO:

*"Os impetrantes não são administradores públicos, acrescentam, não ordenam despesas públicas e as suas atribuições, no fato impugnado pelo TCU limitaram-se a à elaboração de parecer técnico-jurídico, pelo que é incabível o controle externo do TCU sobre essa atividade técnica jurídica dos impetrantes."*

(...)

*"O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico jurídica, que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo, que constitui a execução ex officio da lei."*

A decisão traz os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES<sup>18</sup>, explicando que:

*"Pareceres administrativos são manifestações de órgão técnico sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva."*

Conclui, então:

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

<sup>18</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ªed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.189.

Esse nexo de causalidade é fundamental para ensejar alguma parcela de responsabilidade a quem quer que seja, como explica MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>19</sup>, citando o Acórdão nº 462/2003 do Tribunal de Contas da União, onde o Ilustre Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES foi relator:

*"Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância casual para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública."* (g/n)

MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>20</sup>, continuando sua explicação, acrescenta:

*"Seguindo essa linha de entendimento, o TCU deixou de responsabilizar o signatário de parecer jurídico favorável a uma contratação posteriormente reputada viciada porque seu conteúdo não se configurava como 'desarrazoado, omissivo ou tendencioso', tendo sido elaborado com fundamento em informações não exatas (Acórdão nº 1.616/2003 – Plenário, rel. Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI)."*

A motivação da **decisão**, tomada pelo **administrador**, é submetida ao mero opinamento do órgão jurídico. Este, de sua parte, não pode colocar em dúvida tais valorações típicas do administrador e recebidas com presunção de legalidade, legitimidade e veracidade.

Daí porque o Egrégio STF, aplicando o que é estabelecido em lei sobre os limites da responsabilização do advogado, assim entendeu, pela pena do Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO<sup>21</sup>:

*"Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão writ, é este: o advogado segundo a Constituição Federal, 'é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus*

<sup>19</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 379.

<sup>20</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 380.

<sup>21</sup>STF, Tribunal Pleno. Mandado de Segurança 24073-3, Ministro Relator Carlos Velloso. D.J. de 31/10/2003

atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.’  
Na linha dessa disposição constitucional dispõe o Estatuto do Advogado, Lei 8.906, art. 2º, § 3º:

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

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

O art. 7º proclama os direitos dos advogados, inciso I a XX, prerrogativas e direitos assegurados ao advogado-empregado.

Certo é, e bem esclarece a inicial, ‘que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: “Art. 32, O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “ de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nessa hipótese.”

Ora, o direito não é 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 determinar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave inescusável.” (g/n)

Essa linha já era, de longa data, sustentada na doutrina, como se vê nos ensinamentos de CARLOS PINTO COELHO MOTTA<sup>22</sup>, citando MARCIO CAMMAROSANO:

“E o advogado, servidor público ou não, que tenha emitido parecer sustentável em face dos elementos que devia e podia obter, atuando com prudência, também não pode ser pessoalmente responsabilizado

<sup>22</sup>MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscriptor*. In *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2002, v.2, n°21, p. 1427.

pelo fato de sua opinião jurídica não coincidir com a do órgão, administrativo, político ou judicial.

O advogado que emite parecer exerce advocacia, é seu direito exercer com liberdade – especialmente com liberdade intelectual – sua profissão (Lei n° 8.906/94, art. 7º, I), não reduzindo essa independência a eventual relação de emprego que mantenha, seja qual for (art. 18). E no exercício de sua profissão presume-se sua boa-fé.” (g/n)

E prossegue, afirmando que:<sup>23</sup>

“Não cabe pois ao intérprete julgar motivação do parecer – tarefa esta extremamente subjetiva -, mas apenas verificar a ocorrência de intenção deliberada da prática delituosa de prejudicar, ou a ocorrência de imprudência, imperícia, ou negligência, atos estes que são a expressão indicativa do dolo ou culpa a que se referem os dispositivos mencionados; e que devem ser apurados, certamente, mediante contraditório e ampla defesa (art.5º, LV, Constituição Federal).”

Logo, não sendo apontado erro grosseiro, má-fé ou qualquer nexo de causalidade entre o parecer e a decisão, não há qualquer fundamento que justifique a responsabilização solidária dos Procuradores e dos Advogados, pela simples emissão de um opinamento.

#### A Formalidade para a Contratação Direta

Como dito, não é dado aos órgãos e instrumentos de controle de legalidade interferir na valoração e nos critérios de administração.

Para a segurança do contratado quanto à validade do instrumento a ser firmado, a interpretação do conceito jurídico indeterminado deve ser firmada pela **autoridade** competente, **justificada e motivada**, informando-se tudo no procedimento administrativo. Mesmo quando autorizada a contratação, sem a prévia licitação, não se autoriza a dispensa do formalismo necessário para garantir a sua lisura.

Indispensável que, em se optando pela contratação direta, sejam atendidos os requisitos formais, ou seja, a caracterização da situação (juízo privativo e de valoração subjetiva do administrador), a razão da escolha do contratado e a justificativa do preço. Após devidamente justificada, a dispensa deve ser ratificada pela autoridade superior e publicada, com posterior remessa do contrato ao Tribunal de Contas.

Os fatores constantes da justificativa ultrapassam os limites de competência – e de formação – de uma análise jurídica, já que ali deve se demonstrar a **eficiência**, o que é meta-jurídico, isto é, vai além dos aspectos apreciáveis no controle prévio da legalidade.

<sup>23</sup>MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscriptor*. In *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2002, v.2, n°21, p. 1425.

É claro que nada impede o controle posterior, de **eficiência**, sobre os resultados produzidos. No entanto, além de envolver aspectos que vão além dos **jurídicos**, abrange um conjunto de elementos que o órgão jurídico não dispõe antes da celebração do contrato e sem participar das negociações que levam à sua formação.

### **Conclusão**

Não há fundamento, na separação de funções e nos vários tipos de controle exercidos sobre os atos e contratos administrativos, que justifique a responsabilidade solidária dos profissionais de Direito pela emissão de pareceres no exercício legítimo da profissão. Salvo na hipótese de erro grosseiro ou má-fé, não se justifica a alteração da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal para se buscar a responsabilização dos Advogados e Procuradores, criando constrangimentos que em nada auxiliarão o aprimoramento da gestão administrativa, mas, ao revés, só afastarão as pessoas de bem do exercício de tais misteres.