

Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório - fundamentos, limites e responsabilização

Autor(a): Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Publicado em: s.d.

Publicação: author_upload

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/maria-sylvia-zanella-di-pietro/advocacia-publica-e-sua-atuacao-no-procedimento-licitatorio-fundamentos-limites->

Fonte original: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/58744/57542>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/maria-sylvia-zanella-di-pietro/advocacia-publica-e-sua-atuacao-no-procedimento-licitatorio-fundamentos-limites-#ep-d173a00b

Texto integral

RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015

Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização Maria Sylvia Zanella Di Pietro Professora titular (aposentada) de direito administrativo da Universidade de São Paulo. Advogada e consultora. Fabrício Motta Professor de direito administrativo da Universidade Federal de Goiás (UFG). Doutor em direito do Estado (USP). Procurador do Ministério Público de Contas (MPC — TCM/GO) RESUMO O artigo trata da atividade de assessoria jurídica exercida pela advocacia pública nos procedimentos licitatórios. Com fundamento na Lei no 8.666/1993, são analisados os fundamentos, objetivos e limites da atuação consultiva. Em um segundo momento, é verificada a possibilidade de responsabilização da assessoria jurídica em razão de sua atuação nas licitações e contratos com recurso à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas da União. PALAVRAS-CHAVE Advocacia pública — licitação — contratos REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 286 RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 1. Os objetivos da licitação e a necessária vinculação da atividade de assessoria jurídica Enquanto atividade administrativa devidamente procedimentalizada, a licitação objetiva atender a uma necessidade pública que deve ser satisfeita por meio da celebração de um contrato. Ao falar-se em procedimento administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações. A partir de uma necessidade ligada ao interesse público — uma compra, um serviço ou uma obra, por exemplo — é executado procedimento delineado pelas regras e influenciado pelos princípios do direito público, notadamente pelo princípio da isonomia, para identificar a melhor proposta para um futuro contrato. De acordo com o artigo 3o da Lei no 8.666/93, com a redação dada pela Lei no 12.349/10, Art. 3o — A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração

e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. No núcleo da ideia de licitação encontram-se, devidamente amalgamados, os princípios da isonomia e do interesse público: o procedimento é realizado para encontrar a proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (princípio do interesse público) mediante a comparação objetiva de ofertas apresentadas por todos os eventuais RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 287 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, FABRÍCIO MOTTA | Advocacia pública e sua atuação no procedimento... interessados que atendam às condições mínimas necessárias (princípio da isonomia). O amálgama é inegável porque a lei presume que a ampla competição (por meio do maior número possível de ofertas), guiada por critérios objetivos, aumenta a possibilidade de se encontrar a melhor proposta para o interesse público. A relação é de mútua dependência: de nada adianta a pluralidade de ofertas se não for selecionada a melhor proposta; também não é suficiente uma boa oferta escolhida de forma pessoal e arbitrária. É possível afirmar que os maiores atentados ao procedimento são perpetrados por meio de ofensas aos seus objetivos. A licitação é desviada de sua vocação quando não permite que sejam efetivados os efeitos jurídicos do princípio da isonomia ou quando, mesmo a pretexto de efetivá-los, não se obtém uma boa proposta para atender ao interesse público. Por essa razão, o papel de todos os que atuam nas atividades administrativas ligadas ao procedimento licitatório (agentes do setor requisitante, membros da comissão de licitação, assessores jurídicos, autoridade superior, ordenador de despesa, agentes dos órgãos de controle etc.) é o mesmo: fazer com que o procedimento possa atingir os seus objetivos, evitando todos os eventuais desvios fáticos e jurídicos que se apresentarem. Entretanto, é possível reconhecer competências específicas de cada um dos agentes que atuam nesse percurso entre o surgimento de uma necessidade pública e a sua satisfação mediante contrato precedido de licitação, inclusive dos agentes responsáveis pela atividade de assessoria jurídica. 2. A atividade de assessoria jurídica e sua disciplina na Lei no 8.666/93

2.1 Fundamentos São muitas as hipóteses em que a autoridade competente para praticar determinado ato administrativo depende da prévia manifestação de órgão jurídico. Na quase totalidade dos processos administrativos, a autoridade administrativa, para fundamentar a sua decisão, depende de pareceres jurídicos emitidos por advogados públicos, que exercem a atividade de consultoria com fundamento nos artigos 131 e 132 da Constituição. A Lei no 8.666/93 trata da manifestação dos órgãos jurídicos no procedimento da licitação: REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 288 RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 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 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. (Redação dada pela Lei no 8.883, de 1994). A lei prevê diferentes possibilidades e graus de análise jurídica. Inicialmente, a análise jurídica das minutas de editais, contratos, acordos, convênios é obrigatória, consistindo em etapa necessária de qualquer procedimento licitatório. A minuta, como se sabe, é um esboço inicial que não produz, de per si, efeitos jurídicos. A lei não impõe a análise obrigatória, por exemplo, do contrato administrativo

(firmado, apto a produzir os seus efeitos jurídicos para as partes), mas somente de sua minuta, que constitui anexo do edital (art. 40, §2o, III). Em se tratando de contratação direta, a minuta do futuro contrato também deve ser aprovada. Em sua livre análise, certamente pode a assessoria jurídica determinar correções que condicionarão o juízo de aprovação. Nessas situações, de acordo com o Manual de boas práticas consultivas — AGU,¹ Não é necessário que o Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronuncie-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas em anterior manifestação jurídica, desde que suas orientações explicitem, se for o caso, os termos das cláusulas que o Advogado Público entenda adequadas. 1 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Manual de boas práticas consultivas. 2. ed. Brasília: AGU, 2012. 67 p. Disponível em: <www.agu.gov.br>. p. 10. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 289 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, FABRÍCIO MOTTA | Advocacia pública e sua atuação no procedimento... A análise jurídica, para além de obrigatória, é vinculante: as minutas devem ser analisadas e aprovadas. A participação do órgão jurídico não é apenas função de consultoria, já que tem que examinar e aprovar as minutas de edital e de contrato. Tais manifestações, quando acolhidas pela autoridade competente para decidir, constituem a própria motivação ou fundamentação do ato. A aprovação, no caso, integra o próprio procedimento e equivale a um ato de controle de legalidade e não de mérito; trata-se de hipótese em que o parecer é obrigatório e vinculante.² A regra contida no artigo 38, parágrafo único, não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para “aprovar” as minutas de editais e contratos, dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica. Existe a possibilidade de que o gestor não submeta os atos referidos à aprovação ou discorde do ato exarado pela assessoria jurídica. Não se poderia imaginar que o gestor estivesse obrigado a concordar com análise jurídica que considera, por exemplo, absolutamente ilegal. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União trata da questão: O parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo TCU.³ Na verdade e na prática, deve ser reconhecida a existência de um espaço decisório para a atuação do gestor que possui competência para firmar obrigações comprometendo o Estado. Contudo, sua discordância relativa ao juízo negativo — reprovação — por parte da assessoria jurídica tem o condão de lhe atribuir responsabilidade exclusiva com relação aos eventuais problemas apontados pela assessoria. Por outro lado, a não submissão das minutas para análise e aprovação caracteriza descumprimento de dever legal, imposto por lei, e como tal é sujeito a sancionamento por parte dos órgãos de controle interno e externo. 2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 239. Destaques no original. 3 TCU Acórdão 206/2007-Plenário. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 290 RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 A lei consagra também a possibilidade de atuação consultiva facultativa. Diante de controvérsias jurídicas a respeito da interpretação e aplicação do ordenamento há sempre possibilidade de consultar a assessoria jurídica — afinal de contas, a atividade de assessoria existe para esse fim. Esses pronunciamentos facultativos, sem efeito vinculante para o gestor, devem ser oportunamente juntados ao procedimento, como determina o art. 38, inciso VI. Interpretando conjuntamente o art. 38, VI e o parágrafo único do mesmo artigo, o Tribunal de Contas da União tem entendido que a atuação da assessoria jurídica nos atos de dispensa e inexigibilidade é facultativa: A compulsoriedade legal, no entanto, não alcança os atos de

dispensa e de inexigibilidade de licitação. [...] a LLC não exige expressamente que se submeta a matéria à apreciação e à aprovação dos assessores jurídicos. Assim, apesar de bastante recomendável que a decisão pela dispensa ou pela inexigibilidade esteja respaldada em parecer jurídico, em não havendo exigência legal para a consulta, a manifestação do parecerista jurídico não se reveste de caráter vinculante, mas opinativo.⁴ A abrangência e os limites da análise jurídica, contudo, não se dessumem explicitamente do texto legal. Diante das múltiplas competências, dos diversos atos e agentes que interagem no procedimento, é importante verificar o que cabe à assessoria jurídica analisar.

2.2 Abrangência e limites

A atividade de assessoria jurídica, em singela intelecção, destina-se a assessorar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Cabe ao assessor jurídico indicar os caminhos para a correta compreensão e cumprimento das normas — regras e princípios — por parte do administrador público. Uma primeira aproximação para a análise da abrangência e dos limites do parecer jurídico emitido nos procedimentos licitatórios pode ser feita de forma residual, com a identificação dos campos de atuação de outros agentes públicos que, como regra, estão excluídos da análise jurídica.

4 TCU Acórdão 2121/10-Plenário. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 291 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, FABRÍCIO MOTTA | Advocacia pública e sua atuação no procedimento... Ao tratarmos a licitação como o procedimento prévio à satisfação de uma necessidade pública por meio de contrato administrativo, o primeiro questionamento naturalmente relevante diz respeito à identificação da necessidade pública a ser satisfeita. Em uma visão esquemática, pode-se verificar que alguma unidade da Administração (pertencente a órgão ou entidade) identifica uma necessidade (por exemplo, de material de expediente) e a forma de satisfazê-la (aquisição de determinada quantidade de material de expediente devidamente especificado). Essa unidade então elabora ato administrativo, comumente denominado de “requisição”, solicitando formalmente ao setor responsável as providências necessárias. A identificação e caracterização da necessidade a ser satisfeita por meio do futuro contrato são atos de competência do requisitante, sem qualquer necessidade de análise jurídica. Em sentido largo, pode-se dizer que se trata de atividade discricionária: o agente público possui certa margem de atuação para, motivadamente, identificar a necessidade a ser satisfeita, descrever o objeto adequado à sua satisfação (incluindo o quantitativo necessário) e solicitá-lo, no momento que lhe parecer oportuno. A autoridade competente, ao seu turno, possui atribuição para, diante das muitas necessidades, identificar as prioridades do órgão entidade e autorizar a satisfação de cada qual. Em suma, em princípio está fora do alcance do parecer jurídico a análise do exercício da competência discricionária na identificação da necessidade pública, do objeto apto a satisfazê-la e também no estabelecimento de prioridades. Exemplificando, não há competência para analisar juridicamente a escolha da autoridade entre comprar material de expediente ou combustível, diante de orçamento limitado. Da mesma forma, é passível de análise técnica — mas não jurídica — a escolha de determinada quantidade de impressoras com cartuchos de tinta em detrimento de impressoras a laser. A necessidade de análise técnica e a desnecessidade de análise jurídica ficam ainda mais evidentes quando se trata de objetos cuja descrição demanda conhecimentos especializados, que transbordam do senso comum. Não seria passível de análise jurídica a descrição de uma turbina de avião ou de um complexo aparelho de ressonância magnética, por exemplo. O Manual de boas práticas consultivas da AGU resume a questão ao estabelecer: “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade”. É possível tentar estabelecer um elenco exemplificativo de questões que estão, em princípio, fora do raio de alcance da análise jurídica:

- oportunidade e conveniência da contratação

ADMINISTRATIVO 292 RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 • descrição do objeto, à exceção da indicação injustificada de marca • conteúdo dos projetos básico e executivo • indicativos de quantidade, estimativas de consumo • planilhas de preço, incluindo sua composição • critérios para aceitabilidade de preços • questões que demandem conhecimentos técnicos específicos (incluindo os serviços técnicos profissionais especializados) • execução do contrato e sua fiscalização • comprovação dos fatos invocados como suporte para alterações contratuais Como visto, a análise jurídica obrigatória determina a sujeição prévia à assessoria jurídica das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. O principal referencial para indicar a abrangência e o conteúdo do parecer jurídico é constituído justamente pelas disposições normativas a respeito das citadas minutas. A verificação do cumprimento dos requisitos legais previstos para a elaboração dos futuros editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes é o foco principal da análise jurídica. Por se tratar da verificação do cumprimento de regras, e não de princípios, nessa primeira oportunidade a análise exigida é de mera conformidade. Como exemplo, pode-se reconhecer que a análise jurídica deve verificar se estão presentes nos autos que contêm as minutas os seguintes elementos exigidos pela lei: - quanto à minuta do Edital, a obediência aos requisitos dispostos no artigo 40 da Lei no 8.666/93 - termo de referência/projeto básico aprovado pela autoridade competente (art. 7º, §2º) - orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (art. 7º, §2º, II) - previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações a serem executadas no exercício financeiro em curso e compatibilidade com o PPA, se for o caso (art. 7º, §2º, III e IV) - previsão de quantidades de materiais e serviços (art. 7º, §4º; 15, §7º) - cumprimento dos requisitos exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar no 101/00) - adequada caracterização do objeto, sem indicação de marca, ou justificativa técnica para a indicação (art. 5º, §7º, I) RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 293 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, FABRÍCIO MOTTA | Advocacia pública e sua atuação no procedimento... - quanto à alienação de bens: presença de ato de justificação do interesse público, avaliação, autorização legislativa (quando for o caso; art. 17) - modalidade e tipo de licitação adequados (art. 22 e segs. e 45 e seguintes) - parcelamento ou justificativa (art. 23, §4º) - habilitação compatível com o objeto contratual (art. 27 e seguintes) - inexistência de cláusulas restritivas (3º, §1º) - previsão dos critérios de desempate legalmente admitidos, inclusive no que toca ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte - respeito às vedações (art. 9º e segs.) - pareceres técnicos necessários à caracterização do objeto (art. 38, VI) - necessidade de audiência pública (art. 39). A verificação da conformidade impõe a necessidade de checar a presença dos elementos, mas não o seu conteúdo. Entretanto, existem algumas normas específicas que possuem efeitos jurídicos e que devem ser objeto de análise. Ainda que não se enxergue competência para a análise jurídica da descrição do objeto, por exemplo, a mesma deve verificar se o mesmo foi adequadamente caracterizado, sem indicação de marca (art. 15, §7º, I). Sendo percebida a indicação de marca, deve ser verificado se há justificativa técnica aceitável (art. 7º, §5º). Não há sentido em analisar juridicamente a quantidade de objetos a serem adquiridos e se o seu orçamento estimado em planilhas foi adequadamente composto de forma a retratar os preços praticados pelo mercado; contudo, há necessidade de verificar se a quantidade foi justificada e se as planilhas estão disponíveis. Na análise da minuta do futuro contrato a ser firmado, que se constitui em anexo obrigatório do edital, a análise jurídica deve abranger todas as cláusulas, inclusive relativas à duração dos contratos (art. 55 e segs.), as cláusulas exorbitantes (art. 58 e segs.; 65 e segs.), o regime de prestação de garantia (art. 56), os requisitos de formalização (arts. 61 e 62) e a

correta disciplina das sanções administrativas (art. 86 e segs.), dentre outras questões. A minuta do contrato não precedido de licitação em razão de dispensa (art. 24) ou inexigibilidade (art. 25) deve ser juridicamente analisada de forma a verificar, especialmente, se a situação invocada se enquadra em algum permissivo legal e se os demais requisitos formais foram atendidos (estabelecidos no parágrafo único do art. 26, além dos requisitos exigidos REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 294 RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 na chamada “fase interna” da licitação, exigíveis também nas situações de contratação direta). É importante, finalmente, que fiquem claramente demonstrados os campos abrangidos pela análise jurídica, os atribuídos à análise técnica que demanda conhecimentos específicos e, fundamentalmente, o espaço de com petência discricionária exercido pela autoridade administrativa.

3. Notas sobre a responsabilização e parecer jurídico O estudo sobre os fundamentos, abrangência e limites da análise jurídica é essencial para se verificar a possibilidade de responsabilização do parecerista. Inicialmente, cabe afastar qualquer tentativa de reconhecer a existência de alguma atividade ligada à satisfação de interesses públicos que possa ser livremente desempenhada, sem possibilidade de controle e eventual responsabilização. A possibilidade de responsabilização é decorrência lógica dos princípios aplicáveis à Administração, sobretudo por se tratar do exercício de competências previstas e regradas pelo ordenamento para o atingimento de finalidades públicas. Primeiramente, a correta identificação das competências administrativas dentro de cada órgão ou entidade é o primeiro passo para iniciar processo de responsabilização em razão de algum dano. O procedimento licitatório, como visto, é composto por atos praticados por diversos agentes, com atribuições e competências diversas. Os agentes responsáveis pela elaboração do projeto básico, edital de licitação e orçamentos não são os mesmos, necessariamente, responsáveis pela condução do certame (Pregoeiro ou Comissão de licitação).⁵ Da mesma forma, a autoridade superior, o fiscal e/ou gestor dos contratos, o ordenador de despesas e o controle interno possuem atribuições específicas que devem ser identificadas para eventual responsabilização. Em razão da existência de múltiplas competências, todas identificáveis, a responsabilização solidária deve ser exceção cuidadosamente aplicada, e não regra. Essa premissa inicial é reforçada em razão das características do parecer jurídico emitido com fundamento na Lei de Licitações. Como visto, ⁵ Não há, por exemplo, cabimento em responsabilizar a assessoria jurídica pela descrição técnica de objeto feita para favorecer determinado licitante, salvo naquelas situações excepcionais em que a irregularidade poderia ter sido detectada (como quando há exigência de marca sem qualquer justificação técnica). RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 295 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, FABRÍCIO MOTTA | Advocacia pública e sua atuação no procedimento... o parecer contém a motivação do ato a ser praticado pela autoridade que o solicitou. Por isso mesmo, se acolhido, passa a fazer parte integrante da decisão. Tradicionalmente, sempre se entendeu que o parecer contém apenas uma opinião de quem o proferiu, não produzindo efeito jurídico quando considerado isoladamente. Seria impensável cogitar, por exemplo, de impetrar um mandado de segurança ou qualquer outro tipo de ação pleiteando a invalidação de um parecer. Sempre se considerou que ele não constitui um ato administrativo propriamente dito, exatamente por não produzir efeitos jurídicos; por outras palavras, o parecer, por si, não afeta direitos de terceiros. Exatamente por isso, não constitui um ato administrativo impugnável pelas vias administrativa ou judicial. Também sempre se entendeu que, por conter mera opinião, a autoridade competente para decidir não é obrigada a acolhê-lo. Ela pode decidir de forma diferente da sugerida no parecer, desde que o faça motivadamente. Pode, inclusive, solicitar a manifestação de outro órgão jurídico. A situação começou a alterar-se a partir de iniciativas do

Tribunal de Contas da União que, ao responsabilizar autoridades administrativas pela prática de atos lesivos ao erário, passou a incluir no processo de apuração de responsabilidade os advogados públicos que proferiram o parecer jurídico em que se baseou a autoridade. O objetivo é o de fazê-los responder solidariamente com a autoridade que praticou o ato lesivo. A regra constante do art. 38, parágrafo único da Lei no 8.666/93, deu ensejo a que advogados públicos fossem chamados a responder perante os Tribunais de Contas por irregularidades ocorridas nos processos de licitações e nos contratos, em decorrência de vícios nos respectivos instrumentos “aprovados” pelo órgão jurídico. Também o Ministério Público, ao propor ações de improbidade administrativa, passou a estender a responsabilização aos advogados privados contratados como profissionais liberais para a elaboração de pareceres jurídicos, necessários à tomada de decisões. A questão foi parar no Judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal que, em pelo menos três acórdãos relevantes, expôs o seu entendimento, sem que se possa falar em jurisprudência pacificada, porque as suas decisões foram sendo parcialmente alteradas na apreciação dos casos concretos. No Mandado de Segurança no 24.073, de 2002, publicado em 6.11.02, o Relator, Ministro Carlos Veloso, destacou em seu voto que os pareceres não são atos administrativos, mas “opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica”. Para ele, “o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 296 RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável”. Outra decisão do STF foi proferida no Mandado de Segurança no 24.584-1/ DF, julgado pelo Tribunal Pleno em 9.8.07. Nessa hipótese, o Tribunal de Contas da União queria responsabilizar os procuradores federais do INSS por terem “aprovado” minuta de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração — CETEAD. O Supremo Tribunal Federal, alterando o entendimento anterior, decidiu que, em determinadas situações, é possível responsabilizar o advogado que proferiu o parecer, fazendo expressa referência ao parecer proferido com fundamento no artigo 38, parágrafo único, da Lei no 8.666/93; este teria a natureza de ato administrativo, podendo acarretar a responsabilidade de quem deu a aprovação. O Ministro Joaquim Barbosa fez, com base em doutrina estrangeira (de René Chapus), a distinção entre três tipos de parecer, o facultativo, o obrigatório e o vinculante: “(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade não se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar o ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”. O Mandado de Segurança foi denegado, por maioria de votos, ficando decidido, no entanto, que os procuradores federais poderiam ser chamados ao Tribunal de Contas para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas. No Mandado de Segurança no 24.631-6/DF, foi apreciada hipótese em que a manifestação do procurador consistiria na aprovação de acordo extrajudicial; portanto, tratar-se-ia de parecer vinculante. Entendeu o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, que, em situações como essa, de parecer vinculante, haveria compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista

poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso (Julgado em 09/08/07 pelo Tribunal Pleno, Publicado no DJe-018). No entanto, a segurança foi denegada, por entender o Relator que, no caso, o parecer era facultativo, hipótese em que a responsabilização do advogado somente pode ocorrer se atuou com dolo ou erro inescusável.

RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 297

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, FABRÍCIO MOTTA | Advocacia pública e sua atuação no procedimento... É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. A análise jurídica é atividade intelectual não sujeita somente a juízos de subsunção, mas também de valoração. O direito, enquanto ciência social, é impregnado por raciocínios que transbordam a lógica e a formalidade das ciências exatas, por exemplo. O ordenamento jurídico é sempre sujeito à interpretação antes de sua aplicação, e a subjetividade da atividade interpretativa — mesmo sujeita a métodos e critérios — pode admitir o reconhecimento de diversas soluções admissíveis para o mesmo caso. Precisar o sentido, o alcance e os objetivos da norma nem sempre é tarefa simples. Ao repudiar a máxima *in claris cessat interpretatio*, Alípio Silveira ensina que [...] a clareza quase sempre é só aparente, e estudado à parte o fato ao qual se deve aplicar a lei, desde logo se descobrirá qual seja o verdadeiro sentido desta, que é em geral diverso daquele que se afigurou evidente à primeira vista; e além disso, para se saber se o texto é claro já se necessita interpretar a lei, constituindo a apuração de tal clareza uma verdadeira interpretação. A lei, outras vezes, tem um tom de clareza meridiana. Mas nada obsta a que o intérprete, se encontra novos princípios de orientação, os aplique desde logo, adaptando-os à lei, se não ofenderem o seu conteúdo à sua finalidade.⁶ Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos Tribunais de Contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1o, II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas

6 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. São Paulo: Leia Livros, [s.d]. v. I, p. 128. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 298

RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015 atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltarão aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão. Não parece que o caráter vinculante ou facultativo do parecer, na classificação do Ministro Joaquim Barbosa, seja relevante para fins de responsabilização do advogado público. O que é relevante é a verificação do elemento subjetivo com que atuou. Se agiu de má-fé, se praticou erro

<https://juristube.com.br/colunistas/maria-sylvia-zanella-di-pietro/advocacia-publica-e-sua-atuacao-no-procedimento-JurisTribuna/pagina9>

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório - fundamentos, limites e responsabilização. author_upload, 2026. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/58744/57542>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/maria-sylvia-zanella-di-pietro/advocacia-publica-e-sua-atuacao-no-procedimento-licitatorio-fundamentos-limites->. Acesso em: 26 set. 2026.

APA 7ª edição

Pietro, M. S. Z. D. (2026). Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório - fundamentos, limites e responsabilização. *author_upload*. <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/58744/57542>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. 2026. "Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório - fundamentos, limites e responsabilização." *author_upload*. <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/58744/57542>

BibTeX

```
@article{maria-sylvia-zanella-di-pietro-advocacia-p-blica-e-sua-atua-o-no-proced-2026,
author = {Pietro, Maria Sylvia Zanella Di},
title = {Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório - fundamentos, limites e responsabilização},
journal = {author_upload},
year = {2026},
url = {https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/58744/57542}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/maria-sylvia-zanella-di-pietro/advocacia-publica-e-sua-atuacao-no-procedimento-licitatorio-fundamentos-limites->

PDF gerado em 2026-09-26 14:35 UTC