

**Procurador Jurídico. Emissão de parecer sobre inexigibilidade. Dever funcional.
Ausência de ato de improbidade.**

Inexigibilidade de licitação para contratação de show. Empresário exclusivo.

I – Um tema recente de relevância e atualidade é o atinente à responsabilidade do advogado que emite parecer jurídico em processo de licitação (ou de dispensa ou inexigibilidade)

Ocorre que o advogado público que emite parecer **tem isenção técnica e independência profissional.**

Sobre o tema, é o célebre venerando acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº **24.073-3-DF**, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, julgado em 06/11/2002, com a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.”

II – Nessa esteira decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em *Habeas Corpus* nº **46.906-DF**, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 17/12/2007, e publicado in *DJe* de 07/04/2008, com a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO.

1. Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.

2. O regular exercício da ação penal – que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado – exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Faltando o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal. Precedentes do STJ e do STF.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Pacientes, tendo em vista a ausência de elementos probatórios mínimos, os quais, se e quando verificados, poderão subsidiar nova denúncia, nos termos do art. 43, parágrafo único, do Código de Processo Penal.”

E, ainda no mesmo diapasão é o artigo de autoria da advogada subscritora intitulado **Parecer jurídico em licitação. Caráter meramente opinativo**, publicado na revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, jan./11, p. 26; na JAM Jurídica, jan./11, p. 3; no Boletim de Licitações e Contratos, ed. Governet, mar/11, nº 71, p. 236; na Revista Síntese de Licitações, Contratos e Convênios, nº 1, fev/mar/2011, p. 64; na Revista L&C, Consulex, nº 153, mar/11, p. 22; na Zênite de Licitações e Contratos, abr/11, p. 342; na Síntese Direito Administrativo, maio/11, p. 136, e no BLC, NDJ, maio/12, p. 419.

III – E, ainda, o egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região, nos autos do Habeas Corpus nº **0023788-53.2015.4.01.0000-MT**, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, sob a relatoria do Desembargador Federal NEY BELLO, concedeu medida liminar para sobrestar ação penal movida contra advogado que deu parecer em licitação com citação de jurisprudência superior.

Mais relevante é o fato de que recentemente o e. Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº **155.020**-Distrito Federal, rel. Min. CELSO DE MELLO, Redator do Acórdão Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 4/9/2018, com a seguinte ementa:

“Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Pretendido trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta imputada. Ausência de demonstração do dolo específico. Agravante que, na qualidade de chefe da Assessoria Técnica da Administração Regional, emitiu parecer favorável a contratação. Manifestação de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer.

O parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não é vinculante. Ineficiência da denúncia na demonstração da vontade

conscientemente dirigida, por parte da agravante, de superar a necessidade de realização da licitação. Abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g., MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08). Agravo regimental ao qual se dá provimento para conceder a ordem de habeas corpus e trancar a ação penal à qual responde a agravante (...)

7. Embora o Parquet tenha afirmado que a agravante teria agido dolosamente em seu parecer, diante da existência de contradições sobre a exclusividade da FJJB, o processo administrativo, em nenhuma de suas manifestações, sinalizou tais ocorrências, sendo certo, ademais, que a denunciada somente detinha competência para emitir parecer técnico sobre inexigibilidade da licitação sob prisma estritamente jurídico, não cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar a veracidade das questões de natureza técnica (como a autenticidade da documentação acostada), administrativa ou financeira, salvo teratologia, que não ficou evidenciada na espécie.

8. Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não vinculante.

9. Por essa perspectiva, como já sinalizado pela Corte, mutatis mutandis, é lícito concluir pela abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g. MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08).

10. Tal conclusão se robustece quando se torna evidente, para além do dolo simples necessário (vontade consciente de contratar independentemente da realização de procedimento licitatório), que o Parquet não apresentou, na denúncia, elemento probatório mínimo que demonstrasse qualquer tipo de intenção por parte da agravante de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação”

O v. voto condutor transcreve precedentes que merecem ser compulsados.

IV - E ainda na mesma esteira, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do AI nº **2054797-62.2018.8.26.0000**, rel. Des. LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, com a seguinte ementa:

“Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública de promoção de responsabilidade por improbidade administrativa. Oferta de parecer jurídico em aditamento contratual. Hipótese do mero exercício das atribuições legais de advocacia pública sem relevância causal. Inexistência de ilícito. Defesa preliminar ora acolhida. Recurso provido”

Tem-se, de tal sorte, que não há que se falar em ato de improbidade administrativa por parte do Procurador Jurídico que emitiu parecer apenas opinativo sobre inexigibilidade de licitação e sem qualquer tipo de dolo ou intenção de causar dano ao erário.

V – E se o parecer acima mencionado foi lavrado em processo de inexigibilidade de licitação para contratação de show artístico de empresário exclusivo?

Ocorre que não cabe ao advogado público investigar a veracidade dos documentos apresentados pela contratada, cabendo-lhe apenas

emitir parecer sobre os aspectos eminentemente legais da contratação, de modo que se o empresário apresentou carta de exclusividade, é o que basta para o advogado público opinar sobre a legalidade ou não da contratação.

Esse é o entendimento que consta do supracitado v. acórdão do e. Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 155.020-Distrito Federal, de onde se lê:

“ (...) não cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar a veracidade das questões de natureza técnica (como a autenticidade da documentação acostada), administrativa ou financeira, salvo teratologia, que não ficou evidenciada na espécie”

VI – E a contratação por inexigibilidade de licitação para show artístico deve simplesmente observar o disposto no art. 25, inc. III, da Lei federal nº 8.666/93:

“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pena opinião pública”

Ocorre que a jurisprudência superior é no sentido de que ***a inviabilidade de competição não prescinde da pré-existência de um contrato ou carta de exclusividade, porque a comprovação de exclusividade do empresário pode ocorrer de outras formas.***

É o que se lê, de forma extreme de dúvidas, do v. acórdão proferido por esse egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.353.772-PE, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010.

Com efeito, o art. 25, inc. III, da Lei federal nº 8.666/93 **não especifica qual é o documento válido e capaz de demonstrar a exclusividade do empresário, e não elabora qualquer mínima distinção quanto a isto, e, conforme é cediço em direito, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.**

VII – Consta do v. acórdão expedido por esse e. STJ:

“EMENTA: (...) 1. O comando normativo do art. 25, III, da Lei nº 8.666/93, cuja inviabilidade de competição não se esgota nas hipóteses dos incisos elencados, impõe contratação de artista por meio de empresário exclusivo. Contudo, conforme bem assinalou o aresto impugnado, essa inviabilidade não depende necessariamente da pré-existência de um contrato de exclusividade, podendo ocorrer de outras formas. (...)

VOTO (...)

A decisão agravada, contudo, não merece reparo, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *litteris* (fls. 385/386): (...)

1. A impossibilidade de competição, em sede de contratação de artistas por intermédio de produtora não depende necessariamente, em qualquer hipótese, de pré-existência de contrato de exclusividade entre a produtora e os artistas.

2. Bem demonstra o caso vertente, em que a produtora foi contratada para promover a apresentação de uma série de artistas, compondo um evento temático alusivo às festas juninas. (...)

É de se mencionar que a impossibilidade de competição, em sede de contratação de artistas por intermédio de produtora não depende, necessariamente, em qualquer hipótese, da pré-existência de um contrato de exclusividade entre a produtora e o artista.

Desta forma, com base na documentação acostada aos autos não ficou demonstrada a prática de qualquer irregularidade, seja no ato da contratação ou posteriormente, quando da execução do contrato, não restando demonstrado que o serviço não fora efetivamente prestado ou a má-fé dos gestores municipais à época, de modo que suas condutas não se subsumem a qualquer dos tipos da Lei 8.429/92. (...)

Assim, o comando normativo do dispositivo supracitado, cuja inviabilidade de competição não se esgota nas hipóteses dos incisos elencados, impõem contratação de artista por meio de empresário exclusivo. Contudo, conforme bem assinalou o aresto impugnado, essa inviabilidade não depende necessariamente da pré-existência de um contrato de exclusividade, podendo ocorrer de outras formas”

Tem-se, portanto, que a efetiva comprovação da exclusividade não precisa ser necessariamente por um documento específico – contrato ou atestado por tempo indeterminado –, porque a lei não faz tal exigência. **Basta, portanto, a situação fática de exclusividade** que pode ser comprovada por termo de exclusividade ou qualquer outro documento hábil para tal demonstração.

Além disso, o preço precisa ser compatível com o praticado pelo mercado, sem excessos, exageros ou sobrepreços.

É nosso entendimento.