

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

GUSTAVO ASSED FERREIRA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Assed Ferreira; José Sérgio da Silva Cristóvam; Maria Tereza Fonseca Dias - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, reunido no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI em BRASÍLIA, reúne um conjunto de artigos de destacada qualidade acadêmica e inquestionável relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Afora o apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, envolvendo alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, que apresentaram suas contribuições de forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural. Os artigos ora publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: O DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO;
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: OS CONSELHOS GESTORES COMO INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR;
3. DESENVOLVIMENTO E DESIGUALDADE: FUNÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE A EXISTÊNCIA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL;
4. CONSOLIDAÇÃO DE VALORES ÉTICOS NAS EMPRESAS ESTATAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO: PRÁTICAS PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS;
5. A DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL;
6. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) E OS AGENTES POLÍTICOS: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA;

7. A NOVA GESTÃO PÚBLICA: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO NA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS;
8. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A QUEBRA DOS PRINCÍPIOS SENSÍVEIS E ORGANIZATÓRIOS DO ESTADO BRASILEIRO;
9. A EXPERIÊNCIA DAS ESCOLAS CHARTER NORTE-AMERICANAS COMO SUBSÍDIO PARA A PROPOSTA DE GESTÃO PRIVADA NO ENSINO PÚBLICO BRASILEIRO;
10. A EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE NOS CERTAMES PÚBLICOS COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA;
11. A LEI 12.462/11 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC: UMA INOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO;
12. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS EM RELAÇÃO À FASE INTERNA;
13. A RESPONSABILIDADE POR PARECERES EM LICITAÇÕES E A LIBERDADE PROFISSIONAL;
14. AS DIMENSÕES LIBERAIS E REPUBLICAS NA DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS;
15. A PREVENÇÃO AO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS AÇÕES REPRESSORAS: O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DE CONTROLE;
16. A EFETIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO COMO ÓRGÃO AUXILIAR DO CONTROLE SOCIAL;
17. OS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) FACE AOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

Como visto, trata-se de um conjunto de temáticas marcadas pela interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, inclusive com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Parabéns ao CONPEDI, pela qualidade do evento e pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Esperamos que os leitores apreciem.

Fraternal abraço,

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof^a. Dr^a. Maria Tereza Fonseca Dias – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
/Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

A RESPONSABILIDADE POR PARECERES EM LICITAÇÕES E A LIBERDADE PROFISSIONAL

THE RESPONSIBILITY FOR OPINIONS ON TENDERS AND PROFESSIONAL FREEDOM

Rafael Rodrigues de Andrade ¹
Paulo Lage Barboza de Oliveira ²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo discutir a liberdade da atuação profissional do advogado público parecerista em processos licitatórios e sua responsabilização por atos ímprobos cometidos no certame. O artigo pretende caminhar pela evolução histórica do surgimento da advocacia em Roma e no Brasil, ressaltando a importância da conquista da liberdade profissional, utilizando pesquisa bibliográfica e método dialético de modo a analisar a atuação destes profissionais no restrito âmbito das licitações.

Palavras-chave: Responsabilidade, Advogado, Parecer, Licitação, Liberdade profissional, Revisão bibliográfica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the freedom of the professional performance of public defender reviewer in tender proceedings and your liable for nasty acts committed in competition. The article will walk through the historical evolution of the emergence of law in Rome and in Brazil, stressing the importance of the achievement of professional freedom, using bibliographic research and dialectical method in order to analyze the performance of these professionals in the restricted context of bids.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Responsibility, Lawyer, Opinion, Bidding, Professional freedom, Bibliographic review

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

² Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Procurador Geral do Município de Cabo Frio. Advogado.

INTRODUÇÃO

Muito se tem visto em julgamentos recentes a responsabilização do advogado na emissão de pareceres em licitações que acabam por serem fraudadas.

Para se traçar um panorama sobre a matéria, inserta no tema Direito Administrativo e Gestão Pública, apresenta-se uma breve evolução histórica da advocacia, destacando-se, em especial, a liberdade do advogado, contrapondo-se ao seu *múnus* quando da apresentação de sua opinião em processo administrativo licitatório.

Investiga-se até onde a atuação destes profissionais gerará a sua responsabilidade pessoal na eventual fraude ocorrida no certame realizado pelo Poder Público e se tais documentos poderiam ser enquadrados como ilegais ou improbos, utilizando-se o método dialético e a pesquisa bibliográfica na metodologia do trabalho, que tem por escopo investigar se o parecerista pode ser responsabilizado por erros e fraudes ocorridas na licitação, nas hipóteses em que a falha não diga respeito às minutas por ele analisadas.

Justifica-se o questionamento justamente pelo fato de que colegas advogados vêm sendo punidos por lançarem seus pareceres jurídicos na fase interna de licitações, quando a fraude, no mais das vezes, ocorre já na fase externa, quando há muito encerrada a atividade exercida pelo causídico.

De modo a enriquecer o debate, faz-se uma incursão em casos concretos ocorridos no Estado do Rio de Janeiro, onde advogados públicos, atuando em procedimentos licitatórios, estão tendo seus pareceres julgados no mérito pelo Poder Judiciário, de forma a apurar o grau de suas responsabilidades.

A ciência jurídica, como se sabe, além de não ser exata¹, é movida pela dialética, o que já traria de imediato, como primeiro ponto, a necessidade de se tutelar a liberdade profissional decorrente das manifestações jurídicas quando da elaboração de pareceres.

Daí o tema ora proposto, em vista da divergência de entendimentos tanto da doutrina quanto da jurisprudência acerca da atuação destes profissionais no âmbito interno dos procedimentos licitatórios.

1. A HISTÓRIA DA ADVOCACIA E A LIBERDADE PROFISSIONAL

¹ Conforme a teoria kantiana, as ciências exatas estão na ciência do *ser*, enquanto que o Direito se posiciona na ciência do *dever ser*.

² Acervo Histórico da Câmara dos Deputados. Anais da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa de 1823, p. 47-48, Sessão de 14 de junho de 1823. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 02.08.2004.

1.1 O surgimento da advocacia em Roma: breves considerações

A história do surgimento da nossa advocacia está diretamente ligada ao direito romano, centenas de anos antes de Cristo, onde a arte dessa profissão inseria-se naquela sociedade antiga. A bibliografia sobre esse assunto é extensa e rica, mas por não ser o tema central do presente artigo, abordaremos apenas perfunctoriamente, a título de ilustração e conhecimento histórico do surgimento dessa profissão há milhares de anos.

O Grande acontecimento, como se sabe, marcando o início da separação entre Religião e Direito foi entre os romanos a promulgação da Lei das XII Tábuas em 450 mais ou menos A.C. Este monumento legislativo torna também possível o nascimento da advocacia e dos juristas, propriamente ditos, enquanto simples cidadãos, podendo opinar sobre o «Jus» sem pertencerem mais ao Colégio Sacerdotal dos Pontífices, corporação religiosa detentora até às XII T. do monopólio do Direito chamado «Fas» por confundir-se com a religião. A promulgação da lei, vitória política da plebe, em sua luta secular com o patriciado, originou o aparecimento dos primeiros juristas leigos autorizados não só a opinar sobre o sentido exato dos preceitos codificados como também a pleitear causas. Tito Lívio relata-nos o célebre processo de Virgínia, injustamente acusada, por um dos decênsvos, de ser escrava. Ela comparece a juízo acompanhada pelo tio, Numitor, e pelo noivo Icílio.

(...)

Patronus é designação mais antiga que *advocatus* e remonta ao período aristocrático da profissão quando só o patricio, membro de alguma «gens» tinha acesso ao Direito. Já, porém, no processo de Virgínia seus parentes e amigos são chamados em defesa («*vocati ad*», «*ad — vocati*») da acusada a qual tem *advocati* e não mais *patroni* (Tito Lívio, III, 5 e 44). (CORRÊA, 1984, p. 40-41).

Conforme Ulpiano assenta, na Roma antiga o magistrado deveria autorizar o indivíduo a postular em Juízo, passando-se a partir daí a exigir a existência de organização, criando-se criteriosamente a corporação dos advogados, durante o governo de diversos imperadores (Teodósio e Valentiniano, Marciano, Leão, Justino e Justiniano), dando-se os nomes *collegium*, *ordo*, *consortium*, *corpus*, *toga*, *advocatio* e *matricula*. Os advogados tinham de se inscrever em um quadro por ordem de antiguidade, mas com numeração limitada. Para ingresso, precisavam passar por provas e estágio. Por fim, a profissão configurava um monopólio em algumas jurisdições superiores (CORRÊA. 1984, p. 43).

Nasce, assim, a organização desses profissionais em uma classe. Conforme o estudo, a profissão em Roma tem o seu surgimento há milhares de anos, passando a advocacia por diversas e severas modificações mas sempre sob a égide de alguns princípios como a defesa, a liberdade profissional, o devido processo legal, dentre outros.

1.2 A História da advocacia no Brasil

Após séculos, pensa-se em introduzir a advocacia no Brasil, posteriormente à proclamação da independência em 1822, por Dom Pedro I, com a instalação da Assembleia Constituinte, a fim de elaborar a primeira Constituição do Brasil independente. Em 1823, essa Assembleia iniciou a discussão em se propagar os estudos jurídicos no Brasil. Importante transcrever as palavras de Ramos (2003, p. 696-697):

Alguns passos atrás na história nos dão conta da importância dos fatos políticos que culminaram na proclamação da Independência do Brasil para a classe dos advogados. Destaca-se, acima de tudo, a proibição da Metrópole portuguesa de que se constituísse qualquer universidade em terras brasileiras. Não lhes interessava, por óbvio, que uma colônia sua pudesse criar condições para se auto-administrar.

A instituição dos cursos jurídicos no Brasil nessa época tinha seus motivos claros. Era necessário instituí-los objetivando formar operadores do Direito para que pudessem auxiliar a população brasileira na aplicação das regras constitucionais advindas pela Constituição que seria promulgada.

José Feliciano Fernandes Pinheiro, Deputado Constituinte à época, aplicando sua experiência adquirida em Portugal após sua passagem cursando Direito e integrando também a Assembleia daquele país, apresentou a proposta² de criação dos cursos jurídicos no Brasil, afirmando o seguinte:

As disposições e efficacia desta assembléa, sobre o importantissimo ramo da instrucção publica, não deixão á duvidar, de que essa base sólida de um governo constitucional há de ser lançada em o nosso codigo sagrado de uma maneira digna das luzes do tempo, e da sabedoria dos seos colaboradores.

Todavia esta convicção, e ao longe as melhores esperanças, nem por isso me devem acanhar de submeter já á consideração desta assembléa uma indicação de alta monta, e que parece urgir.

(...)

Proponho que no Imperio do Brazil se crie quanto antes uma universidade pelo menos, para assento da qual parece dever ser preferida a cidade de S. Paulo pelas vantagens naturaes, e rasões de conveniencia geral.

Um Decreto Imperial autorizou a instalação do primeiro curso jurídico em 1825 na cidade do Rio de Janeiro mas esse curso não foi instalado. Entretanto, após um ano, em 1826, houve a criação dos primeiros cursos jurídicos em Olinda e São Paulo. Temos, assim, o primeiro curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a

² Acervo Histórico da Câmara dos Deputados. Anais da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa de 1823, p. 47-48, Sessão de 14 de junho de 1823. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 02.08.2004.

funcionar em 1827, tendo sido, em 1828 inaugurado o curso de Direito de Olinda. Nasceram, deste modo, os primeiros cursos jurídicos no Brasil e com isso a advocacia brasileira.

A Ordem dos Advogados foi criada em 1930 no Governo de Getúlio Vargas, após inúmeras reivindicações da classe e, com isso, os advogados adquiriram uma organização funcional.

Desde o seu surgimento no país, a advocacia desempenhou um papel fundamental para o crescimento e fortalecimento das instituições, com a sua participação em grandes acontecimentos históricos do Brasil. Podemos citar na recente história brasileira sua participação na elaboração da atual Constituição, no primeiro processo de *impeachment* do Presidente da República, além de atuar diretamente no controle da constitucionalidade das leis, na medida em que tem legitimidade ativa para propor ADI's, ADC's e ADPF's³.

2. O LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

O instrumento da advocacia está garantido constitucionalmente no artigo 133 da CRFB que pregoa que o advogado é indispensável para a manutenção da justiça. O profissional da advocacia deve exercer seu *munus* com plenitude, liberdade e independência para que possa ser um instrumento da sociedade e de seus representados em busca da justiça, sendo protegido por lei tal atuação, de modo a que esta garantia não seja mitigada ou extinta.

Não se tratam de meros privilégios de categoria profissional (MAMEDE, 1990, p. 175), porquanto são direitos indiretamente conferidos a uma coletividade. As prerrogativas do advogado não advêm simplesmente de seu interesse pessoal. Ao contrário, são atribuídas à advocacia, em vista da essencialidade do munus exercido pelo advogado na sociedade. (SODRÉ, 1975, p. 571).

Nesse diapasão, é importante frisar que as prerrogativas e direitos dos advogados no exercício da advocacia são de extrema importância para a manutenção da justiça, já que aquele é o principal meio de comunicação entre a sociedade e o poder estatal representado pelo Poder Judiciário. Essa liberdade deve ser garantida e protegida para que o profissional possa desempenhar sua função com independência.

O primeiro direito ou prerrogativa que desenvolve todas as outras atreladas ao exercício da advocacia é o que garante ao profissional o exercício de sua profissão em todo o territorial nacional. Essa garantia está diretamente ligada ao preceito insculpido em nossa

³ CRFB, art. 103, VII e Lei 9.882/99, art. 2º, I.

Constituição – artigo 5º, inciso XII – que prevê o livre exercício profissional desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Sodré (1975, p. 574) destaca que “*o advogado é livre, só prestando contas a sua própria consciência*”. Essa liberdade, como já vimos, está garantida em nossa Lei Maior, e por isso deve ser respeitada. Não podemos imaginar um exercício padrão da advocacia, impondo a maneira de sua aplicação. O livre exercício da profissão deve ser assegurado para que não haja um engessamento de tão nobre profissão.

Essa independência baseia-se no fortalecimento da instituição que representa a classe no Brasil, a Ordem dos Advogados, que tem um papel importante em nossa história, conforme pudemos observar no capítulo anterior. A independência, autonomia e liberdade cultivadas pela instituição traz reflexos diretos aos profissionais nela inscritos, não se podendo falar de livre exercício da profissão sem que seja outorgada à OAB grande parcela do mérito dessa conquista.

2.1 O advogado público e sua evolução

Tal como ocorre com o advogado privado, conforme visto anteriormente, a convicção e a discricionariedade também são atributos necessários ao livre exercício da advocacia pública, de sorte que ao se manifestar, exarar opiniões e pareceres, o profissional, no âmbito público, não pode estar intelectualmente subordinado à Administração Pública, de forma que, dentro de suas prerrogativas funcionais, deve o advogado se manifestar com base nos elementos a ele dispostos (AQUINO, 2003).

Do mesmo modo, assenta:

Na advocacia estatal o referido profissional tem por dever manifestar-se, exercendo tal função, com independência técnica e profissional opinando o que em tese, não sendo plausível que nem por estar jungido ao estado, o advogado perde a sua independência técnica, ficando amarrado a opinião oficial como nos estados totalitários. Imputar a um profissional responsabilidade por eventuais erros, equívocos ou desvirtuamento funcional por este externar livremente sua opinião, é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o artigo 18 da Lei 8.906/94 [Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil], a relação de emprego não retira do advogado a sua isenção técnica, nem reduz sua independência profissional. Ao pronunciar-se nos autos administrativos, o procurador está exercendo suas funções, cujo parecer não o vincula a Administração Pública que dele pode discordar, deixando de lhe dar efeitos concretos. (AQUINO, 2003).

Apesar da sua importância, o sentido da advocacia pública era amplo, com a interpretação de que essa não estaria inclusa na categoria da advocacia privada, prevista em nossa Constituição. Contudo, com o avanço da atuação de algumas instituições que tratam da advocacia pública, essa vêm ganhando espaço e visibilidade. A advocacia pública, ao contrário do Ministério Público e da Defensoria Pública, que já possuem sua independência e liberdade de atuação, vêm conquistando sua autonomia com passos lentos, mas importantes.

Nessa linha, podemos dizer que a advocacia pública era considerada uma forma (de exercer a profissão) estranha àquela prevista e ensinada, chegando ao ponto de ser tratada com discriminação por alguns colegas que diziam que a advocacia estatal não era pura e que um advogado do Estado nunca poderia gerir a entidade. Tais segregações foram combatidas duramente por classes que defendiam a equiparação no grau de tratamento entre as duas categorias.

Após essas grandes batalhas para o reconhecimento da advocacia pública, o Conselho Federal resolveu dispor de um capítulo exclusivo para tratar dos profissionais que exercem suas atividades em setores estatais. No desenvolvimento do texto final, os advogados públicos tiveram sua participação e contribuíram para que a redação final chegasse o mais perto da satisfação da classe.

O texto final do capítulo destinado à advocacia pública, inserido e publicado com o novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, tem a seguinte redação:

Art. 8º As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica.

§ 1º O advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível.

§ 2º O advogado público, inclusive o que exerce cargo de chefia ou direção jurídica, observará nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione.

Esse capítulo se situa logo após os princípios gerais que regem a advocacia, espancando qualquer dúvida no que diz respeito à integralização e submissão da advocacia pública à lei que rege a ética de tais profissionais. Observamos que nesse capítulo, o *caput* do artigo oitavo é expresso e claro no sentido de que os advogados públicos se obrigam a respeitar os preceitos e regulamentos entalhados na Resolução. Observa-se também a nítida garantia à liberdade profissional com a independência técnica, ou seja, o advogado público

possui a liberdade de expressar sua opinião sem que seja submetido à vontade de outrem, podendo fazê-lo de forma livre, consciente e independente.

Castro (2015, p. 80 e 99), após citar as normas vigentes diz que:

Vale destacar que as referências em questão limitam-se a consagrar ou afirmar a independência técnica”, tal como já o fez o Supremo Tribunal Federal na ADIn 4.261, em que foi relator o ministro Ayres de Britto, mas a independência técnica está relacionada “com a atuação de cada profissional no manejo das técnicas para as quais está habilitado acadêmica e profissionalmente.

Ainda sobre o assunto da liberdade de atuação profissional, Galante (2015, p. 179 e 189) destaca:

A independência é fundamento básico para o exercício do direito à liberdade do exercício da profissão prescrita no inciso XIII do art. 5º da CF, permitindo que efetivamente possa contribuir para a solução ou para a redução de litigiosidade. (...) a natureza intelectual da atividade somado a garantia de um ambiente de liberdade profissional e de independência técnica propiciam o exercício legitimado da advocacia pública.

Nesta mesma linha, como já reafirmado em Plenário do CFOAB em parecer da lavra do conselheiro Patriota⁴ (AL): “*os Advogados Públicos de todos os entes da federação, só podem exercer a sua atividade, [...] se tiverem a liberdade para atuar, sem a qual pode ser tudo, menos Advogado*”.

Constatamos que a independência funcional e técnica é fundamental para o exercício da atividade pública demonstrada através da preocupação do legislador em afirmar categoricamente que o advogado público deve gozar da independência funcional, devendo manifestar sua opinião de forma livre, sem qualquer interferência, julgamento ou avaliação. A independência defendida e conquistada pelos advogados públicos deve ser demonstrada em seus pareceres técnicos, não podendo de forma alguma ser avaliados sob o prisma da legalidade no que toca ao mérito de suas manifestações.

3. LICITAÇÃO E OBRIGATORIEDADE DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA

Através de relatos históricos, acredita-se que a Licitação tenha surgido na Europa Medieval, em razão da necessidade de aquisição de um determinado bem, ou execução de

⁴ Processo nº 49.0000.2014.008029-8, que apurou o caso de uma ação penal proposta em face de um advogado público por emissão de parecer em licitação e julgou as medidas a serem adotadas contra a criminalização do exercício da advocacia pública.

obra e/ou serviço, no qual a Administração Pública não dispunha de condições para sua obtenção. Nestes casos o Estado distribuía avisos informativos, marcando local, data e horário para que todos interessados (particulares) comparecessem a fim de atender às necessidades descritas (RIBEIRO, 2007).

No Brasil, a licitação teve início na década de 60 (do século XIX), com a edição do Decreto 2.926/1862, que já possuía a essência de regulamentar as aquisições e alienações do governo. Após essa primeira inserção em nossa legislação, o instituto sofreu diversas modificações. Com a promulgação da Constituição de 1988, a licitação alcançou patamar de princípio constitucional e regra para os entes públicos de todas as esferas, ganhando instrumento próprio, cinco anos depois, com a edição da Lei 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Para o tema em debate, chama-se atenção para o artigo 38, parágrafo único, da aludida norma, que estabelece que as minutas dos editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes deverão ser apreciados previamente pela assessoria jurídica da Administração:

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:

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.

Essa manifestação, por muita das vezes, é realizada através de pareceres redigidos pelos assessores jurídicos do Poder Público, não apresentando, como sempre se estudou, caráter vinculativo, sendo meramente opinativa, cabendo a discricionariedade ao agente público para adotar ou não a opinião jurídica ali expressada. Complemente-se, ademais, que tal parecer não tem por objeto o controle de probidade do ato, devendo o órgão responsável zelar e assegurar a lisura do procedimento.

Meirelles (1993, p. 195) bem definiu os pareceres administrativos como sendo “*manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração*”. Assim, poder-se-ia aqui afirmar que o parecer só teria validade se ratificado pelo órgão consulente, daí seu viés, segundo o autor, meramente opinativo. Mello (2004, p. 387), no mesmo sentido do saudoso mestre acima mencionado, salienta que as manifestações são atos de administração consultiva e são aqueles que “*visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa*”.

Cita-se, por oportuno, classificação feita sobre os pareceres emitidos pelos setores técnicos da Administração Pública (DI PIETRO, 2011, p. 231):

O **parecer é facultativo** quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O **parecer é obrigatório** quando a lei o exige como pressuposto para a prática final do ato. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão [...].

O **parecer é vinculante** quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com sua decisão [...].

A controvérsia gira em torno da caracterização do parecer como ato administrativo, enxergando a doutrina pátria, no entanto, como manifestação estritamente opinativa, pois o ato administrativo tem que ser emitido pela autoridade competente e não por um órgão técnico consultivo, não possuindo o parecer um dos requisitos do ato administrativo: a autoexecutoriedade. Ferraz e Dallari (2001, p. 140-141) corroboram o entendimento de que o parecer vinculante é a própria decisão e, portanto, caracteriza-o de forma absoluta como peça opinativa:

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide.

No procedimento licitatório, deste modo, estamos, segundo aponta Di Pietro (2011, p. 231), no campo de um parecer que, embora obrigatório, não é vinculativo, podendo a autoridade dele discordar, desde que motive sua decisão. Daí os questionamentos feitos no presente estudo: em que grau o assessor jurídico poderá ser responsabilizado por uma fraude cometida dentro do processo? Qual seria a responsabilidade desse assessor por uma variação de preço, uma combinação entre as empresas participantes e conluio com o órgão licitante e demais ilícitos que podem ser cometidos dentro de um processo licitatório?

4. A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Conforme exposto no capítulo anterior, foram descritas três formas de pareceres: o *facultativo*, o *obrigatório* e o *vinculante*. Nos dois primeiros não há como se exigir a responsabilização do causídico que emite sua opinião nos processos, a não ser os casos em que o profissional age de forma voluntária e consciente, com negligência ou imperícia, causando dano ao procedimento. Como exemplo, o advogado poderia ser negligente quando deixa de analisar os requisitos essenciais que devem conter um edital de licitação, previsto no artigo 40 da Lei 8.666/1993, ou pode agir com imperícia quando emite manifestação flagrantemente ilegal e contrária à legislação, doutrina e jurisprudência. O terreno da manifestação profissional flagrantemente ilegal é complexo de ser tratado e concluído, até porque estamos falando de uma ciência não exata, onde a distinção de ideias, pensamentos e teses – a dialética – são os pilares que fomentam a ciência jurídica.

Expôs-se acima que nos pareceres facultativo e obrigatório não há responsabilidade do parecerista caso haja alguma irregularidade no procedimento, até porque o administrador não está vinculado ao parecer emitido pelo setor jurídico, considerando-o apenas opinativo. Com isso, o agente público tem a faculdade de consultar outros setores para embasar sua decisão final ou então utilizar-se da discricionariedade inerente ao seu cargo. Porém, no parecer vinculativo, como o próprio nome já diz, este vincula a decisão do administrador, sendo justa a divisão da responsabilidade por qualquer improbidade constatada. Por isso, se o ato for tomado pelo agente público com base no parecer vinculante exarado pelo assessor jurídico, este será corresponsável pela falta, sendo esta a atual posição da Suprema Corte, como exemplificado no Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou

jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

No caso dos processos licitatórios que contêm previsão legal no artigo 38 parágrafo único da Lei 8.666/1993, discute-se se haveria caráter vinculativo da manifestação jurídica do assessor, argumentando-se que o agente público tem o dever de a ele submeter previamente os contratos, editais, avenças, acordos etc., bem como que tal análise deve conter sua anuência quanto à legalidade desses instrumentos.

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume a responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 526).

Essa opinião é criticada pelo professor Motta (1988), que afirma que os pareceres emitidos nos processos licitatórios são de caráter obrigatório e para isso defende a seguinte posição:

A experiência administrativa tem revelado que, embora seja observada a obrigatoriedade do exame, e mesmo “aprovação”, de editais e contratos pela assessoria jurídica, nem sempre a autoridade administrativa superior vem a adotar os reparos e indicações eventualmente registrados no parecer como base para sua decisão ou aprovação final. No contexto habitual das organizações do setor público, a especificidade do papel do assessor ou consultor é sobremodo clara: seu pronunciamento deve ater-se estritamente ao campo técnico-especializado, relativo aos aspectos jurídicos, legais e doutrinários. Ele, entretanto, não deixa de perceber que, em inúmeras ocasiões e oportunidades, as decisões executivas assumem sua lógica operacional própria, que realmente não lhe cabe focalizar ou avaliar. Configurar-se-á talvez, nesses casos, um parecer obrigatório, mas de conteúdo não vinculante, a menos que a norma regulamentar do órgão/entidade especifique, exaustivamente, as situações em que a decisão não possa fugir aos termos do parecer.

Ao menos em princípio, não parece de todo equivocada a posição no sentido de que os pareceres que digam respeito às minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes, apresentem caráter vinculante, visto que a própria lei expressamente reza que os editais devem conter não apenas a análise, mas também a aprovação do órgão jurídico. Defende esta corrente, com isso, que se há aprovação do instrumento, soa minimamente razoável que haja a vinculação para que aquele ato seja concretizado, já que aceito como lícito. Referida posição foi adotada pelo douto Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Mandado de Segurança anteriormente mencionado:

A exigência legal de aprovação das minutas pela assessoria jurídica da Administração caracteriza, sem dúvida, vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável. Note-se que a lei não se contenta em estabelecer a obrigatoriedade da mera existência de um parecer jurídico de conteúdo opinativo ou informativo. Não. Ela condiciona a prática dos atos ao exame e à aprovação do órgão jurídico.

Na contramão, Mendonça (2009) salienta:

Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer ou, então, a nada decidir. Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade sempre poderá refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir.

E prossegue:

De resto, não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as conseqüências 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.

(...)

Falando no art. 38, parágrafo único, da Lei federal n.º 8/666/93, poder-se-ia pensar que é argumento em favor dos “pareceres obrigatórios responsabilizantes.” Não é. A disposição é excepcional, e o importante, aqui, não é que o parecer é obrigatório – embora, nesse caso, ele o seja –, mas é que ele aprova alguma coisa. É por isso que essa modalidade, específica e qualificada de manifestação jurídica, gera responsabilidade a seus prolores. Porque se torna, mercê da lei, um ato administrativo de aprovação, não mais, na essência, um parecer jurídico (obrigatório ou facultativo – tanto faz).

(...) não existem pareceres vinculantes no Direito brasileiro, mas, somente, pareceres obrigatórios e facultativos; não é a obrigatoriedade que atrai a responsabilidade, mas a culpa/dolo, o nexo causal e o dano; o parecer obrigatório não torna seu prolator um administrador, tanto que o verdadeiro administrador poderá decidir motivadamente de modo contrário a este; a hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, carrega responsabilidade aos pareceristas apenas porque cria um ato administrativo de aprovação, não porque os pareceres ali referidos sejam obrigatórios.

Analisando as posições dos renomados juristas acima, podemos verificar a preocupação em processar, julgar e conseqüentemente condenar um assessor jurídico por conta de uma improbidade cometida dentro de um processo licitatório, sem que seja de ordem técnica e jurídica. Conforme visto, o advogado público deve ser responsabilizado sob o manto

(i) do dolo, (ii) do erro evidente e inescusável e (iii) da não adoção de cautela. Vale assinalar que um destes três requisitos poderia ser condicionante da responsabilização de qualquer cidadão ou profissional liberal que cause um dano. No caso do advogado, todavia, em vista da dialética própria da ciência jurídica, sua manifestação devidamente fundamentada, ainda que contrária à opinião majoritária, não pode ser considerada como dolosa, sob pena de constituir censura profissional. Não parece aceitável, no entanto, que a despeito de apresentar um posicionamento doutrinário ou um aresto minoritaríssimo, deixe o advogado de adequá-los corretamente à situação concreta, justificando a corrente adotada. Não se pode confundir liberdade de pensamento e de opinião profissional com a interpretação completamente destoante da legislação e de institutos jurídicos, baseada em voz jurídica uníssona não justificada no caso concreto.

A pluralidade de ideias é salutar e essencial para a manutenção da evolução humana e jurídica, de sorte que o cerceamento desse direito traria uma danosa consequência ao estudo do Direito no Brasil, em especial, o Administrativo. A diversidade de opiniões jurídicas expostas em nosso país é de extrema importância para o aperfeiçoamento das instituições e da sociedade e o advogado público tem um papel fundamental nesse contexto.

Insta acrescentar o fato de que a despeito de o parecerista ter a função precípua de analisar e aprovar os editais licitatórios e demais instrumentos previstos no artigo 38 da Lei de Licitações, não pode ser responsabilizado por falha no projeto básico de uma obra, irregularidades dos preços auferidos, ausência de documentos que devem ser exigidos no momento da licitação e a homologação do procedimento licitatório. Forçoso que o advogado se atenha apenas aos requisitos legais e instrumentos exigidos por lei, cingindo-se sua responsabilização aos casos de eventual dolo ou erro grosseiro que venha a causar dano.

Abordar-se-á a seguir dois casos concretos ocorridos em cidades distintas do interior do Estado do Rio de Janeiro, mantendo-se, por ética, sigilo quanto aos envolvidos.

O primeiro caso cuida de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em face de diversos réus, incluindo o Prefeito, o Secretário de Educação, Assessores do Município, Oficiais Administrativos, empresários, o Procurador Geral do Município, o Subprocurador Geral e ainda um Diretor de Departamento Administrativo, cargo este que compunha os quadros da Procuradoria Geral daquele Município e era exercido por um advogado. Em vista do tema proposto, a análise cingir-se-á à responsabilidade dos advogados públicos, que no caso, foram três. Na referida demanda foi determinado o afastamento cautelar de todos os servidores envolvidos, dentre eles os advogados pareceristas no processo em questão.

A fraude investigada consistia no possível favorecimento de um grupo de empresários para que se sagrasse vencedor do certame licitatório de fornecimento de merenda escolar em Araruama.

No processo administrativo investigado e alvo da ACP, os advogados apenas se manifestaram uma única vez, no momento em que o processo foi encaminhado à Procuradoria, contendo as minutas do edital e do contrato, para que fossem analisadas e aprovadas. Diligentemente, os advogados públicos daquele município elaboraram parecer sobre a modalidade licitatória escolhida e na sequência aprovaram as minutas do edital e do contrato. Sem intenção de adentrar ao mérito da questão, o que se quer enfrentar é se são ou não responsáveis pela suposta fraude esses advogados públicos que apenas analisaram e aprovaram a minuta do edital, redigindo um parecer sobre a modalidade licitatória escolhida, ressaltando-se que o cerne da questão discutida e averiguada no processo é o favorecimento de empresário para que estes ganhassem a licitação e não eventual irregularidade no edital ou no contrato.

Lembre-se que a responsabilidade do advogado público não pode ser confundida com possíveis improbidades encontradas na Administração Pública, até porque, como dito, a Procuradoria e seus patronos não exercem função de controle estatal, tendo suas atribuições delimitadas por lei. Ora, que gerência que a advocacia pública tem sobre processos administrativos de licitação senão essa análise e aprovação de minutas? A resposta parece ser uma só: nenhuma. Os advogados públicos não iniciam os processos licitatórios, não redigem o termo de referência e/ou projeto básico, não precificam os bens e serviços a serem contratados, não elaboram as minutas dos editais e contratos, não publicam tais editais, não realizam a sessão pública de habilitação das propostas, não habilitam as empresas, não julgam as propostas e muito menos homologam as licitações. Daí a conclusão de que estes profissionais não poderiam responder pela fraude, salvo se esta fosse detectada quando da aprovação das minutas.

O segundo caso a ser exposto também envolve um processo licitatório onde os advogados, sem contrariar a legislação vigente, emitiram sua opinião em breves e curtas linhas, não adentrando ao mérito do processo, até porque a legislação que disciplina a licitação não os obriga, e nem poderia, a se manifestar sobre o que e quanto está sendo contratado. Neste caso envolveu-se, além do Procurador Geral, um Procurador Jurídico que, igual ao caso anterior, assinou em conjunto a manifestação. Na hipótese também há suspeita de fraude em licitação com a empresa contratada. Cumpre registrar que o procurador jurídico demandado dedicou grande parte de sua vida profissional aos bancos da academia e do

magistério, possuindo um vasto e rico currículo acadêmico, tendo sido confirmada a sentença em segundo grau, para declarar ambos os advogados como culpados pela fraude investigada. No seu voto, o relator do recurso considerou como agravante a condição de o procurador jurídico envolvido possuir tão argenteo currículo acadêmico, pois deveria agir com mais cautela no controle da legalidade do processo. A nosso sentir, parece equivocada a conclusão da Corte pelos seguintes motivos: (i) os advogados nesse caso analisaram as minutas dos editais e contratos e se manifestaram positivamente à contratação requerida; (ii) a manifestação mesmo de forma sucinta, possuía caráter meramente opinativo; (iii) não há qualquer nexo entre a manifestação condensada e um possível dolo dos advogados; (iv) caso houvesse alguma irregularidade nos preços, forma de contratação e outras possíveis, estas deveriam ser analisadas pelo órgão de controle do município; (v) como o caso anterior, neste, a manifestação jurídica aconteceu apenas uma só vez; (vi) na legislação não há qualquer exigência legal de que os assessores jurídicos devam opinar sobre a regularidade ou legalidade do que será contratado.

Foram colacionados esses dois casos concretos a título de exemplo de como os advogados públicos vêm sendo criminalizados pela pequena atuação exercida em procedimentos licitatórios. Nos casos acima expostos, qual seria a responsabilidade destes profissionais? Imagine-se a seguinte situação hipotética: se um prefeito de uma cidade do interior do Brasil, muito pobre, resolve comprar um helicóptero para atender seus compromissos institucionais, e assim inicia procedimento licitatório para aquisição desse bem. O processo tem seu trâmite normal e, conforme preceitua a lei, é remetido à assessoria jurídica para análise e aprovação do edital e do contrato, bem como facultativamente o advogado público emite parecer sobre a legalidade da modalidade escolhida, neste caso, a concorrência. O que o advogado deveria fazer? Manifestar sua opinião afirmando que a aquisição de um helicóptero é desnecessária e por não atender o interesse público, mesmo justificado pelo prefeito no termo de referência? Deveria desaprovar as minutas do edital e do contrato, abdicando assim do seu dever imposto pela lei? E caso aprovasse, qual seria sua responsabilidade em uma possível ação proposta para averiguação de improbidade? Estas e outras incertezas que circundam tal questão revelam uma linha tênue por onde caminham os advogados públicos que manifestam suas opiniões, especialmente em processos licitatórios, devendo-se atentar para que não sejam criminalizados tão somente por expressarem suas opiniões jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo revelou uma verdade pouco divulgada e debatida nos meios acadêmicos. O tema aparenta aguçar a curiosidade e debates apenas entre advogados que exercem ou exerceram suas funções públicas. Contudo, não se pode vender os olhos para esse tipo de censura. Apresentou-se o surgimento da advocacia em Roma e no Brasil e o papel do advogado e do Direito em nosso país, com grandes e importantes conquistas para a sociedade. As advocacias pública e privada não se destoam, lembrando-se que os profissionais pertencem à mesma classe. Observa-se que os advogados públicos, do mesmo modo como ocorre no âmbito privado, devem manter sua independência e liberdade profissional e de pensamento, em vista da dialética tão presente no Direito, que não é uma ciência exata.

Obviamente que não se está aqui defendendo a impunidade e eventual corporativismo dos advogados, nem tampouco se fazendo apologia à fraude em licitações. O parecerista, para exercer uma função pública, deve, acima de tudo, possuir conduta ilibada, pois lidará com o interesse público, o que agrava sobremodo qualquer dano advindo de negligência ou imperícia sua. Tais prejuízos podem ser irreparáveis e de difícil dimensionamento, de modo que o advogado público precisa estar consciente de que sua função necessita sempre ser pautada na ética e na probidade, resguardando-se sua liberdade profissional e de pensamento.

No caso das licitações, como salientado, a lei obriga a manifestação jurídica uma só vez, quando da análise e aprovação de minutas de editais, contratos, acordos etc., nos termos do artigo 38 parágrafo único da Lei 8.666/1993, daí o questionamento central a respeito da responsabilidade desse profissional por erros ocorridos na licitação, em especial, em outras fases do processo. Com a análise feita da jurisprudência com a dialética advinda do cotejo doutrinário, pôde-se depreender que no caso de haver algum erro no que for apreciado e equivocadamente aprovado pela assessoria jurídica, sua responsabilização dar-se-á no grau de sua atuação e do dano causado, não se podendo punir os advogados públicos por erros cometidos em outras fases do processo licitatório, por não serem eles os responsáveis pela legalidade e pela probidade da licitação como um todo, ou seja, por não serem guardiões de tais procedimentos. O profissional, a nosso ver, também não pode ser responsabilizado pelas aquisições e alienações desnecessárias realizadas pelo Poder Público, já que não possui discricionariedade para decidir sobre o que e quanto deve ser comprado ou vendido pela Administração.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Carlos Pessoa de. **O advogado público: sua independência e sua imunidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, n. 12, fev 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3440>. Acesso em: 03 Maio 2017.

BRASIL. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 2015. Disponível em < <http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631-6. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 09 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24631%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+24631%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayx36z5>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

CASTRO, Aldemário Araújo. **Os contornos da independência técnica do Advogado Público**. In: ACCIOLY, Leonardo (Org.). Prerrogativas do Advogado. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. **Breve apanhado sobre a história da advocacia em Roma**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, p. 39-62, jan. 1984. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67003/69613>>. Acesso em: 04 Maio 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p39-62>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 5a ed., São Paulo: Atlas, 1995.

FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. **Uma leitura crítica da “criminalização” do advogado público com fundamento no *in dubio pro societate***. In: ACCIOLY, Leonardo (Org.). Prerrogativas do Advogado. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a Ordem dos Advogados**. Porto Alegre. Síntese: 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18a ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17a, ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards**. 2009. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Dout_rina_Improbidade/A%20Responsabilidade%20Pessoal%20do%20Parecerista%20Publico%20em%20quatro%20standards.pdf>. Acesso em: 14 Mar. 2017.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Direito Administrativo Brasileiro**, 13^a. ed., São Paulo, 1988.

RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Seleccionada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 4^a ed., 2003, p. 696-697.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. **A Evolução da Licitação**. 2007. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21103-21104-1-PB.pdf>

SODRÉ, Ruy A. **A Ética Profissional e o Estatuto dos Advogados**. São Paulo: Ltr, 1975.