

Responsabilidade do parecerista técnico que opina nos processos de contratação administrativa



Jessé Torres Pereira Junior
é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro



Marinês Restelatto Dotti
é Advogada da União

1. INTRODUÇÃO

Do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, extrai-se que nos autos do processo administrativo das contratações públicas serão entranhados, oportunamente, entre outros atos administrativos e documentos, os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade.

Não significa dizer que tais pareceres se excluem, ou seja, a haver parecer jurídico, dispensável se torna o parecer técnico e vice-versa.

Os processos de contratação, precedida essa ou não de licitação, devem obedecer ao ordenamento normativo aplicável, todavia os temas que suscitam não concernem, tão só, à análise jurídica. Matérias de ordem técnica, que se relacionem com a natureza e as características do objeto e à sua execução, são comuns nos referidos processos, a exigir a opinião de profissionais especializados.

O parecer jurídico é obrigatório nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação e para o exame e aprovação de minutas de edi-



tais, contratos, acordos, convênios e outros ajustes. Pode, ainda, ser solicitada à assessoria manifestação sobre temas jurídicos relacionados à licitação, tanto nas fases interna e externa do procedimento como, também, na fase de execução contratual.

O parecer técnico, não raro, é essencial à elaboração do jurídico, que dele valer-se-á para aquilatar se exigências ou restrições de ordem técnica apresentam-se restritivas ou direcionadoras da contratação ou, ainda, violadoras de princípios e normas de direito.

Dispõe o Código de Processo Civil que quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o perito assistirá o juiz (art. 145). O mesmo diploma processual estabelece que o perito pode ser substituído quando carecer de conhecimento técnico ou científico (art. 424). Inúmeras são as situações que se podem apresentar aos gestores públicos, aos responsáveis pela condução do procedimento licitatório (comissão de licitação ou pregoeiro) e aos fiscais da execução do contrato, atraentes de manifestação técnica específica, equivalente à perícia no processo

judicial. O parecer técnico veicula opinião fundamentada sobre determinado assunto e deve ser emitido por especialista. Manifestação produzida por quem não ostenta qualificação profissional pertinente ao tema sob análise não equivale a parecer técnico, nem o substitui.

Por isso mesmo, o autor de parecer técnico responderá por opiniões que emita, seja quando carentes de sustentação técnica plausível ou se comprovado dolo, má-fé, erro grosseiro e inescusável. Aquele que não possui habilitação específica não pode atrever-se a produzir manifestação técnica, nem esta lhe pode ser requisitada.

A autoridade que adota parecer técnico como motivo para decidir ou produzir manifestação pode a ele reportar-se, conforme autoriza o art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), a saber

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Sendo o motivo, como é, elemento integrante da estrutura morfológica irreduzível de todo ato administrativo, ao lado da competência, da forma, do objeto e da finalidade, segue-se a relevância do parecer técnico que for acolhido para alicerçar a decisão administrativa, posto que os seus fundamentos passam a constituir os motivos (conjunto das razões de fato e de direito) que justificam e legitimam a decisão administrativa.

Daí a importância de examinarem-se as responsabilidades funcionais dos técnicos que lancem pareceres nos processos administrativos das contratações públicas, objeto deste estudo.

2. ATRIBUIÇÃO PARA A PRODUÇÃO DE PARECER TÉCNICO

Pareceres técnicos tanto podem ser elaborados por servidores dos quadros da Administração, portadores de qualificação pertinente, ou por terceiros, isto é, estranhos aos quadros do serviço público. Por isto que a Lei nº 8.666/93 consente na contratação de profissional especializado e habilitado à produção de parecer técnico, caso inexista tal profissional na estrutura de cargos do órgão ou entidade pública licitante ou contratante.

De acordo com o § 1º do art. 13 da Lei, ressaltados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

O art. 25 da Lei Geral elenca, de forma exemplificativa, as hipóteses em que a Admi-

nistração Pública está autorizada a contratar diretamente, por inexigibilidade de licitação, a prestação de serviços técnicos especializados.

Assim:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

O citado art. 13, em seu inciso II, considera serviços técnicos profissionais especializados, dentre outros, os trabalhos relativos a estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias e avaliações em geral, assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.

Ao serviço técnico contratado de terceiro aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a Administração contratará, pagará, premiará ou receberá projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e, ainda, desde que aquela possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Pareceres técnicos também podem ser produzidos pelo contratado, como preceitua o art. 75 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Salvo disposições em contrário, constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.

A menção, no dispositivo, à elaboração do parecer técnico por conta do contratado não significa que a este possa ser solicitado, unicamente na fase de execução do objeto, em curso o contrato. Deve a Administração precaver-se para que o objeto de que necessite seja de qualidade eficaz à produção dos resultados esperados, mesmo quando adotado o tipo de licitação baseado no menor preço. Para essa aferição poderá valer-se de parecer técnico produzido pelo licitante também no curso do procedimento licitatório, ou do futuro contratado, na fase interna da contratação direta. Ilustra-se com a formulação de parecer técnico referente à amostra apresentada na fase de julgamento das propostas, pelo licitante classificado em primeiro lugar, ou referente ao produto, por aquele que apresenta oferta mais vantajosa à Administração, na hipótese de contratação direta.

3. CARÁTER NÃO VINCULATIVO DO PARECER TÉCNICO

Embora elaborados por especialistas habilitados, os pareceres técnicos não são vinculantes para o agente público, que deles poderá discordar, desde que motivadamente, ou seja, a motivação exige a apresentação dos pressupostos de fato e de direito que sustentam a opinião contrária ao parecer exarado.

Assim estabelece a Lei nº 9.784/99:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

A propósito, julgado do Tribunal de Contas da União ponderou:

O seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 19/2002 Plenário é bastante esclarecedor nesse sentido: ‘Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes do gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional. Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação’ (Acórdão nº 939/2010, Plenário, Processo nº TC 007.117/2010-8, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Vero é que o parecer técnico constitui importante fonte de informação para a tomada de decisão, sempre que essa carecer de elementos pontuais sobre determinado tema. Mas outros dados ou informações poderão influenciar a decisão administrativa. Veja-se, por analogia ao Código de Processo Civil, que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436).

4. IMPORTÂNCIA DO PARECER TÉCNICO PARA A ADMINISTRAÇÃO

Os pareceres técnicos podem mostrar-se necessários na fase interna do procedimento licitatório, no curso deste ou, ainda, na fase de execução do objeto (contrato). Seguem-se algumas situações que habitualmente demandam-lhes a emissão.

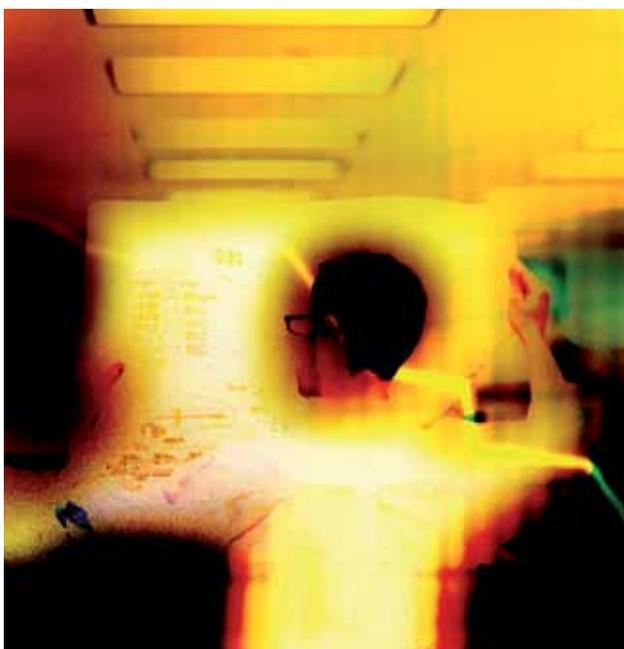
4.1 PARECERES TÉCNICOS NA FASE INTERNA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO OU DA CONTRATAÇÃO DIRETA

4.1.1 Abertura do processo licitatório ou autorização da contratação direta

O parecer técnico pode ser útil à autoridade competente na tomada de decisão relativa à autorização para a abertura do processo licitatório ou da contratação direta, sobretudo quando se destina a demonstrar que a licitação é devida ou que a contratação direta é viável do ponto de vista técnico, sem embargo de ser, ou não, viável sob a perspectiva jurídica.

4.1.2 Estudos que precedem a elaboração de projeto básico ou termo de referência

As características do objeto podem exigir a emissão de parecer técnico – o qual precederá a elaboração do projeto básico (ou do termo de referência, quando a modalidade licitatória for o pregão) –, de modo a assegurar a viabilidade técnica do objeto e de sua execução.



Assim estabelece o inciso IX do art. 6º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, *elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares*, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos;

A jurisprudência do TCU formou-se no sentido de que:

(a) ‘a análise da viabilidade técnico-econômica da contratação, inserida no projeto básico ou termo de referência, deve estar fundamentada adequadamente por meio de estudos técnicos preliminares atualizados (Acórdãos 1.568/2008, 397/2008, 1.273/2007, 481/2007, 222/2007, 2.338/2006 e 1.730/2004, todos do Plenário). [...]

estudos técnicos e ambientais específicos, com as respectivas licenças prévias, quando for o caso, devem obrigatoriamente compor o processo e instruir o projeto (Acórdãos 2.886/2008-Plenário, 2.367/2009-Plenário, 5.157/2009-2ª Câmara, 1.620/2009-Plenário, 1.726/2009-Plenário, 2.013/2009-Plenário). (Acórdão nº 1.671/2011 Plenário, Processo nº 002.574/2011-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz);

(b) ... quanto à necessidade dos serviços de sondagens, assim como de levantamentos topográficos, nos estudos técnicos preliminares;

res para as obras de engenharia, cita-se como exemplo o Acórdão 2.438/2005-TCU-Primeira Câmara. (Acórdão nº 1.678/2011 Plenário, Processo nº 011.781/2011-4, Rel. Min. Raimundo Carreiro)

Em licitação para a contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, assentou o Tribunal de Contas da União que, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, o gestor deve estar respaldado em estudo técnico para fixá-lo, devendo reduzir a termo o referido estudo e juntá-lo aos autos do processo licitatório. Assim:

[...] em futuras licitações promovidas para contratação de empresas especializadas na implementação de vale alimentação a seus empregados, explicitem e definam claramente, no processo atinente à licitação, os critérios técnicos referentes à fixação das quantidades mínimas de estabelecimentos ao recebimento dos referidos vales e que tais critérios sejam oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudo previamente realizados. (Acórdão n.º 2367/2011 Plenário, Processo nº 015.752/2011-9, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

4.1.3 Parcelamento do objeto

A regra a ser observada pela Administração Pública nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras é a do parcelamento do objeto, conforme disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, também aplicável à modalidade pregão, por força do disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/02. O objetivo do parcelamento é o de melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade, mas

é imprescindível que o parcelamento seja técnica e economicamente viável. Ao revés, se houver risco ao conjunto do objeto pretendido, não se deve parcelar o objeto a ser contratado. Se não houver coexistência entre a viabilidade técnica do parcelamento e os benefícios econômicos que dele decorram, o objeto deve ser licitado de forma global. Tal escolha há de estar respaldada em opinião técnica, o que se ilustra com precedentes do Tribunal de Contas da União, v.g:

(a) a.3) realize o parcelamento do objeto em quantas parcelas forem necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade, fundamentando a decisão de parcelar, ou não, em estudo técnico comparativo das opções avaliadas, contemplando cotações de trilhos no mercado internacional, em respeito ao art. 15, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993 (Acórdão nº 933/2011, Plenário, Processo nº 004.513/2011-8, Rel. Min. André Luis de Carvalho);

(b) “9.3. determinar à Secex/SP que: [...]

9.3.1.c. estudos técnicos que demonstrem, com base nas características de mercado, que a alternativa por contratação por preço global satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para o [...], respeitadas as limitações de ordem técnica, e que demonstrem os efetivos prejuízos para o conjunto ou complexo de obras e perda no ganho de escala na aquisição de equipamentos com a adoção do modelo de contratação por item, tendo em vista tratar-se de licitação cujo objeto pode ser parcelado, por envolver seis obras em locais diferentes e aquisição de equipamentos de ar condi-

cionado” (Acórdão nº 1695/2011, Plenário, Processo nº 015.264/2011-4, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa);

(c) Há que se considerar que a decisão do administrador em parcelar ou não uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos técnicos que justifiquem a decisão mais adequada a ser tomada e não somente justificações (Acórdão nº 2147/2011, Plenário, Processo nº 011.737/2011-5, Rel. Min. André Luis de Carvalho).

4.1.4 Indicação de marca

A indicação ou preferência por marca é vedada nos artigos 7º, § 5º, 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Em caráter excepcional, o art. 7º, § 5º, admite a indicação, desde que amparada por motivos de ordem técnica, determinados por fatores impessoais, devidamente justificados. Nesse caso, o parecer técnico, produzido por profissional especializado, apontará as características da marca designada, em correlação com as necessidades administrativas, além de demonstrar-se vantajosa para o interesse público.

4.1.5 Exclusão de marca

Também é possível a exclusão de determinada marca pelo órgão ou entidade licitante ou contratante, quando se comprovar ser de má qualidade. Para isso, são necessários: o levantamento e o registro das repetidas reclamações dos usuários e das devoluções efetuadas, bem como de parecer técnico que, de modo fundamentado e circunstanciadamente, descreverá, entre outras, as características intrínsecas e extrínsecas da marca, com a respectiva avaliação de seu desempenho, como recomenda a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, v.g.:

5. Conforme consta da análise efetuada pela Secex/SP (peça 21), transcrita no relatório precedente, cujos fundamentos incorporo às razões de decidir, as explicações oferecidas pelo Responsável não lograram afastar as quatro primeiras ocorrências acima descritas. Por seu valor de síntese, cabe aqui reproduzir as incongruências elencadas pela Auditora-Federal de Controle Externo encarregada da instrução do feito, no tocante aos indícios de irregularidade no certame: [...]

4.2.2. previsão de marcas específicas (Toshiba, Daikin e LG) sem as devidas justificativas técnicas, excluindo possíveis fornecedores que teriam condições de participar do certame licitatório (a exemplo das marcas Mitsubishi) e exclusão expressa da marca Hitachi, quando questionado por licitante, sem apresentar despacho fundamentado da autoridade competente para tal procedimento (Acórdão nº 1695/2011, Plenário, Processo nº 015.264/2011-4, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

4.1.6 Padronização

A padronização é princípio aplicável tanto para a aquisição de bens quanto para dar continuidade ao que já foi implantado no órgão ou entidade da Administração. Deve amparar-se em critérios objetivos, aptos a demonstrar as vantagens econômicas e funcionais, postos em parecer técnico, de sorte a assegurar que atendam, superiormente, às necessidades da Administração.

4.1.7 Aprovação de projeto básico ou termo de referência

A aprovação motivada de projeto básico ou de termo de referência (pregão) pela autori-

dade competente está condicionada a análise e juízo favorável acerca de características, condições e custos estimados do objeto, que poderá valer-se de parecer técnico para fundamentar o ato de aprovação, ao que se deduz dos seguintes dispositivos:

da Lei nº 8.666/93,

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência :

[...]

§2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I – *houver projeto básico aprovado pela autoridade competente* e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

do Decreto nº 5.450/05,

Art. 9º Na fase preparatória do prego, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

[...]

II – *aprovação do termo de referência pela autoridade competente*;

§1º *A autoridade competente motivará* os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração;

Sumariou o Tribunal de Contas da União, a respeito da importância do parecer técnico nessas situações:

1. O administrador tem a faculdade de exigir a aplicação da NBR 15.247/2004 nas licitações de sua responsabilidade, desde que o processo licitatório se faça acompanhar das razões que o levaram a proceder dessa maneira, mediante parecer técnico devidamente fundamentado, elaborado por pessoal especializado, por meio do qual reste evidenciada a necessidade de aplicação dessa norma à etapa de habilitação técnica do certame.

2. É lícita, desde que justificada por meio de parecer técnico elaborado por pessoal especializado, exigência de certificação do produto licitado em relação à norma escolhida, devendo ser aceitos, nessas hipóteses, certificados emitidos por qualquer entidade acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) para tal (Acórdão nº 555/2008, Plenário, Processo nº 022.022/2005-5, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).



4.2 PARECERES TÉCNICOS NA FASE EXTERNA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Na fase externa do procedimento licitatório, que se inicia com a expedição do convite ou com a publicação do edital, o parecer técnico será útil para subsidiar:

- a. as respostas às impugnações ou pedidos de esclarecimentos¹ sobre dispositivos do ato convocatório;
- b. a comissão de licitação ou pregoeiro, nas decisões referentes à habilitação/inabilitação de licitante e/ou julgamento de proposta;

Jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

9.3.1.15. obrigatoriedade de a Comissão Permanente de Licitação não delegar competências exclusivas de sua alçada, tais como habilitação e julgamento das propostas, para outras unidades da empresa, conforme preconiza o art. 6º, inciso XVI, c/c o art. 45, todos da Lei 8.666/93, ressalvada a possibilidade de solicitar parecer técnico ou jurídico relativo à matéria submetida à sua apreciação (Acórdão nº 1182/2004, Plenário, Processo nº 010.215/2003-2, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

- c. a análise de amostra apresentada pelo licitante classificado em primeiro lugar, quando exigida no edital, de que se deve desincumbir técnico ou equipe técnica com conhecimento específico, designado ou contratado para tal finalidade;
- d. a decisão referente a recurso administrativo interposto, quando envolvente de matéria técnica.

4.3 PARECERES TÉCNICOS NA FASE DE EXECUÇÃO DO OBJETO

Depois de celebrado o contrato, ou seja, na fase de execução do objeto, a emissão de parecer técnico é importante para

- a. assistir à fiscalização do contrato na tomada de decisões garantidoras da fiel execução do objeto; o art. 67 da Lei nº 8.666/93 preceitua que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição; trata-se da contratação de pessoa física ou jurídica detentora de conhecimentos técnicos específicos e habilitação relacionados ao objeto da contratação, como, por exemplo, a contratação de um engenheiro ou empresa de engenharia, desde que a sua atuação se limite a auxiliar a fiscalização do contrato e, não, a substituí-la;
- b. auxiliar o gestor do contrato na tomada de decisões relativas a alterações de cláusulas contratuais avençadas, seja as de serviço ou as econômico-financeiras.

5. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA TÉCNICO

Não apenas os responsáveis por dinheiros e valores públicos são alcançados pela fiscalização do Tribunal de Contas da União, mas também aqueles que praticarem ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, conforme estatui o art. 58, II, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Pareceristas técnicos podem ser pessoalmente responsabilizados se emitirem opinião carente de sustentação técnica plausível, ou se, em suas manifestações, agirem com dolo ou má fé, ou cometerem erro evidente e inescusável (cujo parâmetro seria o conhecimento que se pode exigir de profissional com qualificação específica sobre o assunto posto à apreciação).

Igualmente podem ser responsabilizados solidariamente com o agente que se valeu de opinião nas condições acima elencadas, de que resultou prejuízo ao erário ou grave violação às normas aplicáveis.

Visite-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União a respeito da responsabilidade do parecerista técnico, em solidariedade com o gestor público:

8. Quanto ao [...] argumento, que diz respeito ao fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos elaborados por engenheiros da área de engenharia portuária e por pareceres jurídicos elaborados pela procuradoria do órgão, cabendo a ele apenas agir como agente operador, cabe consignar que o argumento invocado não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a este cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

9. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Esta Corte evoluiu o seu posicionamento no sentido de que tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou

de jurisprudência. Presentes tais condições, não há como responsabilizar os técnicos e os advogados, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer. 10. Ao contrário, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei o considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes, os advogados ou os técnicos deverão responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular, mas em hipótese alguma será afastada a responsabilidade pessoal do gestor, razão pela qual não assiste razão ao recorrente em relação a tal argumento (Acórdão nº 206/2007, Plenário, Processo nº 005.774/2003-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz).

Veja-se, ainda, que pareceristas técnicos sujeitam-se à responsabilização administrativa prevista nos arts. 82 e 84 da Lei Geral de Licitações, por suas opiniões nos processos licitatórios e de contratação direta.

Reproduzem-se os dispositivos citados:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. [...]

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fun-

dações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

6. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Arrolam-se, a seguir, julgados do TCU acerca da responsabilidade de pareceristas técnicos em específicas situações.

6.1 PARECER TÉCNICO QUE OPINOU POR CONTRATAÇÃO DIRETA, NÃO PREENCHIDOS OS RESPECTIVOS REQUISITOS LEGAIS

Não obstante acolher as razões de justificativa acima, importa esclarecer que, diferentemente da unidade técnica e das responsáveis, a jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de responsabilizar solidariamente com o administrador os agentes que emitirem pareceres jurídicos ou técnicos que, de forma contrária à Lei 8.666/1993, permitam a contratação direta sem que estejam preenchidos os requisitos previstos na aludida norma (v.g., Acórdão 2.053/2007 - Plenário). (Acórdão nº 2.753/2008, Segunda Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Processo nº 023.223/2006-6).

6.2 Parecer técnico que contribuiu para a consumação da ilicitude, relacionada à elaboração de projeto básico, orçamento da obra e alterações contratuais

Anoto, a propósito, que a [...] conta com quadros de engenheiros e técnicos e de consultores jurídicos bem estruturados. Essa empresa está dotada de servidores especializados, com experiência em dimensionamento e construção de

aeroportos e acompanhamento da execução dos respectivos contratos. Era de se esperar, por esse motivo, que contribuísem para evitar ou, quando pouco, reduzir drasticamente as necessidades de adaptações ao contrato celebrado com a Construtora [...] e, também, que se opusessem à implementação de modificações contratuais ilícitas.

Cabia a todos os profissionais que atuaram nas várias etapas do empreendimento promover estudos consistentes que subsidiassem as decisões das instâncias deliberativas da entidade [...]

Mais importante ainda: deveriam os engenheiros da [...] avaliar, com antecedência, as soluções construtivas que se adequavam mais satisfatoriamente à referida obra. Era de se esperar que contribuísem para evitar importantes alterações de soluções construtivas como, por exemplo, a introdução de concreto pré-moldado em substituição a concreto moldado in loco, em partes consideráveis da estrutura de unidades da obra sob exame.

Em síntese: o quadro técnico de engenharia da [...] não contribuiu para garantir o cumprimento a comandos contidos nos artigos 7º e 8º da Lei de Licitações, que apontam a necessidade de adequada definição do objeto pactuado [...]

A despeito desses vícios, não se pode cogitar, na presente etapa processual, de impor sanção de nenhuma espécie aos referidos agentes técnicos. Isso porque não foram chamados a se pronunciar sobre os atos apontados no presente processo. [...]

Acórdão [...]

9.3. determinar à Segecex que oriente as Unidades Técnicas deste Tribunal, na hipótese de serem constatados indícios de irregularidades graves na condução de obras pela [...], a avaliar a responsabilidade de todos os agentes - em especial daqueles integrantes da área técnica e da consultoria jurídica - que tenham contribuído de alguma forma para a consumação de suposta ilicitude, especialmente aquelas relacionadas à elaboração de projeto básico e de orçamento da obra, à revisão do orçamento e a alterações contratuais, a fim de que não se restrinja essa investigação unicamente aos dirigentes signatários de contratos e de seus aditivos; (Acórdão nº 2006/2006, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 009.627/2000-8).

7. CONCLUSÃO

A contribuição do parecer técnico pode ser decisiva para a contratação acertada ou equivocada, na medida em que induz a autoridade a autorizar a contratação direta ou o procedimento licitatório em termos de que resultarão o atendimento ao interesse público ou a sua denegação.

A autoridade não está obrigada a decidir na conformidade do parecer técnico, podendo dele afastar-se. Mas convenha-se em que, na maioria dos casos, confia a autoridade em que tal parecer indica a solução tecnicamente adequada.

De um lado, a legislação, na interpretação da jurisprudência das cortes de controle externo, tende a valorizar a necessidade do parecer técnico, a ponto de considerá-lo indispensável nas situações que discrimina. De outro, e exatamente por isto, chama à responsabilidade o autor do parecer, isoladamente ou em solidariedade com a autoridade que o acolheu, se dele resultou ofensa às normas de regência, com ou sem dano ao erário.

Como na responsabilidade funcional dos demais protagonistas do processo administrativo das licitações e contratações de compras, obras, serviços e alienações, a do parecerista técnico dependerá da comprovação da presença do elemento subjetivo em sua atuação, ou seja, que se conduziu culposamente na elaboração do parecer, porque negligenciou no exame da matéria, ou porque desconheceu alternativas que sua formação técnica não lhe permitiria ignorar e que superiormente resolveriam a questão submetida à sua aferição, ou por que, por deliberada má-fé, propôs orientação que sabia, ou deveria saber, contrária a parâmetros idôneos e com o fim de atender a interesse divergente da finalidade pública a que vocacionada a contratação.

Em outras palavras, a insatisfação dessa finalidade pública, nas contratações administrativas, não é imputável tão somente aos ordenadores de despesas ou aos gestores, devendo por ela responder a todos os que para ela hajam concorrido culposamente, o que inclui os autores de pareceres técnicos.

Como retro se destacou, o motivo íntegro a estrutura morfológica mínima irreduzível de todo ato jurídico da Administração. Quando tal ato se consubstancia no contrato administrativo, os motivos – conjunto das razões de fato e de direito que justificam e legitimam a decisão administrativa – hão de sustentar as finalidades (resultados) que o contrato deverá ser capaz de produzir. As razões de ordem técnica serão relevantes para a definição de especificações e métodos a serem empregados, bem assim dos objetivos a serem atingidos, com a obra, o serviço ou a compra que se contratará ou cuja execução fiel se fiscaliza. Associam-se, por conseguinte, tais razões - enunciadas nos pareceres técnicos -, aos motivos da contratação.

Na perfeita síntese de Rafael Carvalho Rezende Oliveira

É nesse contexto, de constitucionalização do Direito e releitura da legalidade administrativa, que cresce em importância a necessidade de motivação dos atos administrativos... é fato inconteste que a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração, uma vez que a transparência pública das razões de fato e de direito, que ensejaram a prática de determinado ato, além de legitimarem essa atuação, serve como parâmetro importante de controle judicial (e, é claro, social). Tomás Ramón Fernández sustenta que a chave da distinção entre a ‘discrecionalidade legítima’ e a ‘arbitrariedade proibida’ reside justamente na motivação que, mais do que requisito meramente formal, representa a justificação do ato e permite constatar se esse foi fruto de um mero capricho (arbitrariedade) do administrador (2009, p. 81).

Os pareceres técnicos desempenham essa função identificadora da discricionariedade legítima e redutora da arbitrariedade proibida, daí os seus autores estarem sujeitos à responsabilização quando, ao invés de legitimarem, conferem teor de arbitrariedade à contratação.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 fev. 1999, retificado em 11 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 jul. 2002, retificado em 30 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 206/2007*, Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 28/2/2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070302/TC-005-774-2003-0.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 555/2008*, Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman. Sessão de 2/4/2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080407/022-022-2005-5-ASC.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 933/2011*, Plenário. Relator Ministro André Luís de Carvalho. Sessão de 13/4/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110420/AC_0933_12_11_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 939/2010*, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 5/5/2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20100521/AC_0939_14_10_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 1182/2004*, Plenário. Relator Ministro Walton Alencar. Sessão de 18/8/2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20040820/TC%20010.215.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 1.671/2011*, Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 22/6/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110721/AC_1671_24_11_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 1.678/2011*, Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 22/6/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110721/AC_1678_24_11_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 1695/2011*, Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 22/6/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110721/AC_1695_24_11_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 2006/2006*, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 1/11/2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061103/TC-009-627-2000-8..doc>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n° 2147/2011*, Plenário. Relator Ministro André Luís de Carvalho. Sessão de 17/8/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110825/AC_2147_34_11_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

_____. _____. *Acórdão n.º 2367/2011*, Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 31/8/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110902/AC_2367_36_11_P.doc>. Acesso em: 10 abr. 2012.

NOTA

1 Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...]

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;