

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.454.640 - ES (2014/0009629-2)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : ELISA HELENA LESQUEVES GALANTE
ADVOGADOS : MAURÍCIO DOS SANTOS GALANTE
ELISA HELENA LESQUEVES GALANTE E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ASSISTENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL
ADVOGADO : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ CARLOS MONTEIRO FRAGA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por ELISA HELENA LESQUEVES GALANTE, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, assim ementado (fls. 140/141):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRESENTES. HIPÓTESES AUTORIZATIVAS DA REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO. ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/1992. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. - O não recebimento da ação de improbidade administrativa deve vir escorado por um juízo de certeza de que não houve quaisquer das irregularidades narradas na peça inicial.
2. - Se há indícios da prática de atos de improbidade, o recebimento da peça proemial é imperioso. De acordo com o colendo Superior Tribunal de Justiça, "na ação de improbidade administrativa, somente deve ser rejeitada a inicial quando ficar caracterizada, sem sombra de dúvida, que ela é temerária, ante a absoluta inexistência de indícios da prática de ato ímprobo" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1117325/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01-09-2011, DJe 15-09-2011).
3. - Os indícios da prática de atos de improbidade administrativa justificam o recebimento da petição inicial, para que, na ampla via cognitiva, seja investigados se efetivamente ocorreram. Aplicação do princípio in dubio pro societate.
4. - Recurso conhecido e provido.

Opostos embargos de declaração pela ora Recorrente, restaram acolhidos para sanar omissão acerca da admissibilidade do recurso de agravo, sem efeitos infringentes (fls. 245/254):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535, DO CPC. OMISSÃO. CONFIGURADA OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA POR VIA INADEQUADA. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do artigo 535, do Código de Processo Civil, os embargos de

Superior Tribunal de Justiça

declaração se destinam a sanar obscuridade, contradição ou a suprir omissão no julgado

2. Não podem ser acolhidos os embargos de declaração pelos quais apenas busca-se obter rediscussão de matéria julgada.

3. Não tendo sido apreciada a alegação de inadmissibilidade do recurso de agravo, configura-se omissão que deve ser suprida em embargos de declaração.

4. Somente é cabível prequestionamento por meio de embargos de declaração quando o acórdão apresentar algum dos vícios elencados no artigo 535, Código de Processo Civil.

5. Embargos de declaração conhecidos parcialmente providos.

Insatisfeita, a Recorrente opôs novos aclaratórios, os quais restaram acolhidos, conforme a ementa de fl. 280, *in verbis*:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535, DO CPC. CONTRADIÇÃO RECONHECIDA. OMISSÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do artigo 535, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são cabíveis quando na decisão houver obscuridade ou contradição e quando no julgamento for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

2. Presente o vício da contradição, merecem ser conhecidos e parcialmente providos os embargos de declaração para extirpá-lo.

3. Embargos de declaração parcialmente providos para conferir ao item n. 2 da ementa do acórdão dos embargos de declaração no agravo de instrumento a seguinte redação: Não podem ser acolhidos os embargos de declaração pelos quais busca-se obter rediscussão de matéria julgada.

No apelo especial, a parte recorrente alega violação aos arts. 17, §§ 6º, 7º, 8º e 10, todos da Lei n. 8.429/92, e ao art. 2º, §3º, da Lei n. 8.906/94, bem como aponta divergência jurisprudencial.

Sustenta ser cabível o recurso de apelação contra a decisão que rejeita a petição inicial, posto que terminativa de mérito, configurando erro inescusável a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 17, § 10, da lei n. 8.429/92, razão pela qual faz-se necessária a anulação do acórdão recorrido.

Assevera que "existem diferenças quilométricas entre os recursos de Apelação (art. 513, do CPC) e Agravo de Instrumento (art. 522 do CPC). Na apelação, o processo sobe por inteiro, seja de forma original, eletrônica ou por cópia. A sua interposição tem prazo de 15 dias. A diferença do Agravo de instrumento começa já no prazo que é de apenas 10 dias. A parte agravante precisa juntar certas peças que são consideradas obrigatórias, mas fica à vontade para

Superior Tribunal de Justiça

juntar, além, somente as peças que lhe interessar. Não faz sentido, com todo respeito, admitir-se a interposição de agravo de instrumento contrariando o que dispõe o § 10 do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa que, inteligentemente, só permitiu o uso de agravo de instrumento em caso de recebimento da ação"(fl. 295).

Destaca que a fase prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92 constitui-se em preliminar de instrução processual, não assistindo razão ao argumento de que haveria necessidade da Recorrente provar a sua inocência em instrução processual normal.

Pondera ser inaplicável o brocardo "in dubio pro societate" no caso em concreto, uma vez que ausente a prática de ato ímprobo pela Recorrente, a qual limitou-se a exercer seu ofício de forma escoreita.

Afirma, a adequação da decisão singular que rejeitou a petição inicial, na medida em que inexistentes suficientes indícios da prática de ato ímprobo pela recorrente.

Pontua, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94, o qual estabelece o direito inviolável do advogado nos seus atos e manifestações no exercício profissional, que a emissão de parecer opinativo sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação para a contratação pelo Poder Público (at. 38, VI, da Lei n. 8.666/94) não acarreta a sua responsabilização cível ou criminal, impondo-se a rejeição da ação com base no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92.

Aduz que, constatada na fase preliminar não conter o parecer aparência de má-fé, desídia, erro grosseiro, desleixo, negligência ou grave imperícia, restando ausente a demonstração de dolo ou culpa grave na imputação feita à recorrente, deve-se dar provimento ao presente recurso especial para anular o acórdão recorrido e restabelecer a decisão de 1º grau.

Contrarrazões às fls. 403/405.

O recurso especial foi inadmitido na origem, conforme decisão de fls. 411/414.

Às fls. 472 determinei a conversão do agravo em recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 464/469 e 480/483.

Demonstrado o interesse jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, admiti o seu ingresso no presente feito como assistente da parte recorrente (fl. 504). Às fls. 507, este requer que a intimação para os atos judiciais seja feita em nome do Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.454.640 - ES (2014/0009629-2)

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOLABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus.

2. A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado.

3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94.

4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária. Precedentes do STF: MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, public 01-02-2008; MS 24073, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003. Precedentes desta Corte: REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010.

5. Recurso especial provido em parte para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): De início, consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus, não merecendo prosperar o recurso neste ponto.

Superior Tribunal de Justiça

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE EXCLUI UM DOS LITISCONSORTES PASSIVOS. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI Nº 8.429/1992. APLICABILIDADE AOS MAGISTRADOS. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o "julgado que exclui litisconsorte do polo passivo da lide sem extinguir o processo é decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo de instrumento, e não de apelação, cuja interposição, nesse caso, é considerada erro grosseiro" (AgRg no Ag 1.329.466/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/5/2011, DJe 19/5/2011).

(...)

4. Recurso especial provido, para que a ação civil pública por improbidade administrativa tenha curso, se não houver outro óbice.

(REsp 1168739/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 11/06/2014);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE INIDONEIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE EXCLUI LITISCONSORTE. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PRELIMINAR AFASTADA. MAGISTRADO. POLO PASSIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. AGENTE POLÍTICO. NÃO ENQUADRAMENTO DE JUIZ NA LEI DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo o processo com relação aos demais réus, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação" (AgRg no REsp 1.012.086/RJ, Rel. Min.

HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16/9/09).

2. Os crimes de responsabilidades podem ser imputados aos ministros do Supremo Tribunal Federal e, desde a vigência da Lei 10.028/00, aos presidentes e seus substitutos no exercício da Presidência dos Tribunais Superiores, Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e aos Juízes e Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (arts. 39 e 39-A da Lei 1.079/50).

3. Os demais membros da magistratura, que não se enquadram nas hipóteses dos arts. 39 e 39-A da Lei 1.079/50, não respondem por crime de responsabilidade, estando, todavia, sujeitos à lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

4. "... as razões de decidir assentadas na Reclamação nº 2.138 não têm o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto estabelecidas em processo subjetivo, cujos efeitos não transcendem os limites inter partes" (Rcl 2.197/DF).

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da Ação Civil Pública 001.08.007323-0, em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN.

(REsp 1127542/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE INIDONEIDADE DO

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE EXCLUI LITISCONSORTE. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PRELIMINAR AFASTADA. MAGISTRADO. POLO PASSIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. AGENTE POLÍTICO. NÃO ENQUADRAMENTO DE JUIZ NA LEI DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo o processo com relação aos demais réus, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação" (AgRg no REsp 1.012.086/RJ, Rel. Min.

HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16/9/09).

2. Os crimes de responsabilidades podem ser imputados aos ministros do Supremo Tribunal Federal e, desde a vigência da Lei 10.028/00, aos presidentes e seus substitutos no exercício da Presidência dos Tribunais Superiores, Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e aos Juízes e Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (arts. 39 e 39-A da Lei 1.079/50).

3. Os demais membros da magistratura, que não se enquadram nas hipóteses dos arts. 39 e 39-A da Lei 1.079/50, não respondem por crime de responsabilidade, estando, todavia, sujeitos à lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

4. "... as razões de decidir assentadas na Reclamação nº 2.138 não têm o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto estabelecidas em processo subjetivo, cujos efeitos não transcendem os limites inter partes" (Rcl 2.197/DF).

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da Ação Civil Pública 001.08.007323-0, em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN.

(REsp 1127542/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL – ATO QUE EXCLUI LITISCONSORTES DA RELAÇÃO PROCESSUAL – NATUREZA JURÍDICA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – RECURSO DE APELAÇÃO – NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – ERRO GROSSEIRO.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, o recurso de apelação não é cabível em face de decisão que, antes da prolação da sentença, reconhece a ilegitimidade de alguma das partes.

2. Conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal demanda, além da não-configuração da má-fé da parte, a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência, a ausência de erro grosseiro na interposição, e a observância do prazo do recurso adequado.

3. Diante da ausência de dúvida objetiva e do reconhecimento de erro grosseiro na espécie, mostra-se inviável a incidência do princípio da fungibilidade recursal na hipótese dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1012086/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

Versam os autos sobre ação de improbidade movida pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo em face da Recorrente e de outros 9 réus, por irregularidades constatadas nas licitações e contratações de empresas que realizaram as festividades municipais de Presidente

Superior Tribunal de Justiça

Kennedy no ano de 2010, conhecidas como 18ª Expoagro de Jaqueira e 25º Expokennedy.

Ao apreciar a petição inicial, com fulcro no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, o MM Juiz de 1º grau rejeitou liminarmente o pedido em relação à Recorrente, sob os seguintes fundamentos:

A requerida é procuradora do município e, como tal, proferiu parecer no procedimento que deflagrou na contratação das empresas especializadas em rodeios. Em sua manifestação, afirma que sua participação no procedimento limitou-se à formulação de parecer, não havendo qualquer ato concreto de improbidade imputado a sua conduta.

Alega que apenas cumpriu sua obrigação como procuradora do município, tendo emitido parecer por exigência da lei, devidamente fundamentado na legislação vigente e nos documentos juntados aos autos por outros servidores municipais.

Pois bem. Não verifico elementos bastantes que indiquem a intervenção da requerida Elisa Helena, Procuradora do Município, no procedimento administrativo em que foram praticados os atos reputados improbos.

Da petição inicial não consta qualquer referência objetiva de participação da requerida nos atos impugnados. As menções feitas se restringem ao fato de ela ter emitido parecer no sentido da inexigibilidade da licitação.

Emitir parecer é atribuição da requerida enquanto procuradora do município e sua atuação não é vinculativa. Em outras palavras, a autoridade não estava necessariamente obrigada a acolher as conclusões do parecer jurídico.

Nesta fase inicial da demanda, não possível rejeitar imediatamente o pedido quando existem indícios da prática de atos reputados improbos ou que se possam reputar de improbidade administrativa, haja vista que se deve priorizar, no próprio desenvolver do processo, o interesse público, a fim de que os fatos sejam devidamente apurados e seja aplicada a lei.

Contudo, para admitir uma pessoa como parte no pólo passivo da demanda, é preciso, no mínimo, indícios da participação do demandado na realização dos atos ou fatos alegados e ditos de improbidade administrativa, o que não vislumbro no caso da requerida Elisa Helena.

A emissão do parecer jurídico prévio ao ato impugnado não constitui elemento bastante para a manutenção dela como ré nesta ação, eis que, das provas presentes nos autos, essa foi sua única participação no procedimento administrativo, não estando configurado dolo em sua conduta, nem erro grosseiro no parecer emitido.

Há que se ressaltar, ainda, que o trabalho de consultoria de um advogado ou do procurador de órgão da Administração Pública no consubstancia ato administrativo, mas opinião técnico-jurídica para orientar execução ex officio da lei pela autoridade competente e, como dito no presente caso, tal opinião foi técnica e não vinculou a decisão da autoridade, a qual estava livre para acolher ou não o parecer emitido.

Por seu turno, o Tribunal de origem reformou a sentença, determinando o recebimento da petição inicial em relação à Recorrente, ao consignar que:

É cediço que o Direito não é uma ciência exata. Contudo, o profissional do Direito, in casu, a agravada, **Procuradora do Município de Presidente Kennedy, em que pese**

alegar a proibidade de sua atuação enquanto responsável pelos pareceres jurídicos nos processos administrativos licitatórios, não agiu, aparentemente, com a cautela necessária em procedimentos deste jaez.

Por não ser ocioso, cobra relevo destacar que a inexigibilidade da licitação, prevista no artigo 25 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, somente será possível quando inviável a competição, ou seja, ocorre quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Em suma, falta o pressuposto da competição. Vejamos o dispositivo legal:

(...)

Por oportuno, faço as seguintes indagações: A contratação do serviço solicitado pelo senhor secretário de turismo era impossível de ser realizada em procedimento licitatório regular? A competição era inviável? Somente existe uma empresa que realiza o serviço pretendido, ou seja, ele é exclusivo? A empresa contratada é a única que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato?

Quer me parecer, em cognição não exauriente, que não. Dai porque entendo ser equivocada a rejeição liminar da ação quanto aos ora agravados, mostrando-me prudente que seja realizada a instrução processual na ação de improbidade para tão somente, se for o caso, na sentença o magistrado de primeiro grau julgar improcedente o pedido do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Sabemos que a lei considera inexigível a licitação para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor ou vendedor exclusivo, porque seria inútil licitar o que não é passível de competição de preço ou qualidade. Assim, questiono novamente: É possível a contratação por dispensa de licitação, ante sua inexigibilidade, para contratação do serviço objeto do contrato em voga? Poderia então a agravada "opinar" pela legalidade do procedimento?

A princípio, me parece imprestável, pelo menos nos termos a que se refere a exclusividade prevista na Lei de Licitações (Art. 25, I), a declaração constante à fl. 72-verso e à fl. 209.

De outro flanco, me parece um tanto quanto curioso que a agravada se manifeste pela possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação com as empresas Robson Rodeios Ltda. ME. e Patricia Pereira Ornelas-ME.

Há ou não exclusividade? É possível ou não a competição?

Ou seja, inicialmente, e apenas na análise que é possível ser feita neste momento, não vislumbro, a princípio, a possibilidade de contratação, por inexigibilidade de licitação, do serviço contratado, por não se subsumir em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 25, da Lei n. 8.666/1993, pois a competição, em princípio, é viável; a exclusividade incide na aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, os serviços contratados não são aqueles descritos no artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, nem possuem natureza singular, não sendo ainda a contratação de profissional do setor artístico.

Ademais, conforme lição de Marçal Justen Filho, quanto ao parecer jurídico, "Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume 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. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenha defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

Ainda segundo o doutrinador supracitado "A afirmativa se mantém inclusive em face

de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões".³

É de se destacar que a obstrução do prosseguimento da ação de improbidade em sua fase inicial apenas se dará quando o julgador estiver "convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita", conforme determina o § 8º do artigo 17, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.

Ora. O próprio magistrado de primeiro grau, em que pese não ter recebido a petição inicial com relação aos agravados José Carlos Monteiro Fraga e Elisa Helena Lesqueves Galante, afirmou que o procedimento para a contratação da empresa prestadora do serviço "cheira forte atos de improbidade", não sendo possível, portanto, no atual estágio do processo originário, afastar a responsabilidade daquele que solicitou a contratação dos serviços (José Carlos Monteiro Fraga) e daquela que era a responsável pela verificação da legalidade da contratação (Elisa Helena Lesqueves Galante).

Assim, não vislumbro a ocorrência das hipóteses necessárias à rejeição liminar da ação, na forma do § 8º do art. 17, da Lei n. 8.429/1992 com relação aos agravados, pois se agiram com dolo ou culpa, é questão referente ao mérito da ação, a ser aferida após a instrução processual.

(...)

Logo, em razão de indícios de irregularidades no que tange a contratação por inexigibilidade de licitação firmado com as empresas que realizaram as festividades municipais de Presidente Kennedy no ano de 2010, conhecidas como 18ª Expoagro de Jaqueira e 25ª Expokenedy, é que o douto juízo a quo, a meu ver, não poderia ter rejeitado a ação de improbidade em face dos agravados, justamente para que, após a instrução processual, com o cotejo das provas produzidas em juízo, seja realizado um exame aprofundado acerca da responsabilidade de cada um no que tange aos atos de improbidade administrativa a eles imputados.

Pelo que se extrai da leitura acima, a sentença foi reformada sob o argumento de que existem indícios de irregularidades na contratação realizada com dispensa de licitação, razão pela qual se faz necessária a produção de provas para apurar a responsabilidade de cada agente.

Em que pesem os bem lançados fundamentos do acórdão recorrido, impõe-se observar que, ao que consta dos autos, o único ato praticado pela Procuradora Municipal foi a emissão de parecer, de natureza meramente opinativa, no qual se manifestou pela inexigibilidade de licitação, sem, contudo, restar evidenciado indícios de que este tenha sido confeccionado com dolo ou erro grosseiro, consoante afirmado pelo magistrado e não refutado pelo Tribunal de origem.

Assim, impende ressaltar que a existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra a Recorrente, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado.

Superior Tribunal de Justiça

Isso porque, apenas diante da presença de indícios de que o parecer tenha sido elaborado com dolo ou culpa grave pode-se justificar o afastamento do direito à inviolabilidade pelos atos e manifestações de pensamento no exercício da profissão.

Vale consignar que, ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94.

Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido afrontou o dispositivo mencionado, o qual dispõe:

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

(...)

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

Assim, agiu o magistrado com acerto quando, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, convencido da inexistência do ato de improbidade, determinou a extinção da ação em relação à Recorrente.

Por conseguinte, embora o Tribunal de origem tenha demonstrado que o parecer técnico provavelmente estaria equivocado, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do recebimento da petição inicial nas ações civis públicas para comprovação de atos de improbidade contra pareceristas:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.

4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.

5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ.

6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo.

Recurso especial improvido.

(REsp 1183504/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nessa mesma linha:

EMENTA: 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.

(MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em

Superior Tribunal de Justiça

09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei n. 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I.

I. - **Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.** Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cod. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido.

(MS 24073, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP-00379)

Por fim, trago à baila os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves sobre o tema (Improbidade Administrativa, 8ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2014 - fl. 587/591):

Em virtude disso, é necessário que sejam perquiridos os fundamentos do parecer, devendo ser identificado um nexo de encadeamento lógico entre estes e a conclusão. Estando devidamente fundamentado o parecer, ainda que seja minoritária a corrente encampada, a questão se manterá adstrita à independência funcional do parecerista e à discricionariedade do administrador em adotá-lo, não sendo divisada, em linha de princípio, qualquer ilegalidade em tais condutas.

(...)

No que concerne ao parecer jurídico, é importante observar que o advogado, por força do art. 133 da Constituição da República, "é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" Segundo o art. 32, caput, da Lei n. 8906/1994, "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa". Tratando-se de advogado que mantenha vínculo com a administração, ostentando a condição de agente público, também ele estará sujeito às regras e aos princípios de regência da atividade estatal. À luz dessa constatação, não haverá que se falar em inviolabilidade se o parecer, por sua absoluta e indefectível precariedade, eirgir-se como prova insofismável do dolo ou culpa do agente no exercício de suas funções, terminando por concorrer para a prática de um ato ímprobo por parte do administrador. A inviolabilidade é uma garantia necessária ao legítimo exercício da função, não sendo um fim em si mesma. Identificado o dolo ou a culpa - esta nas hipóteses do art. 10 da Lei n. .429/1992 - rompido estará o elo que deve existir entre o exercício funcional e a consecução do interesse público, o que afasta a incidência da referida garantia.

Com efeito, conclui-se que a inviolabilidade do parecerista deve ser a regra, razão pela qual, para que seja admitida a ação civil pública de improbidade administrativa contra ele,

Superior Tribunal de Justiça

impõe-se a presença de indícios suficientes de que o parecer tenha sido emitido com dolo ou culpa grave, o que não se verifica no presente caso.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente.

Defiro o pedido de fls. 507 para que a intimação do Conselho Federal da OAB para os atos judiciais seja feita em nome do Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro.

É o voto.

