

O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE ASSESSOR JURÍDICO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS: COMPETÊNCIAS E RESPONSABILIDADES

Luiz Cláudio de Azevedo Chaves *

1 – Introdução e contextualização

Dentre todas as atividades da Administração Pública, penso que poucas são tão determinantes para o alcance dos resultados a serem obtidos em prol da coletividade senão aquela entregue ao Assessor Jurídico. Não se pense que haja de nossa parte menosprezo em relação às demais atividades, ou, menos ainda, superestima daquela. Mas é forçoso reconhecer que para cada passo que o Gestor Público percorre (ou deixa de percorrer), uma de suas principais balizas, é o parecer jurídico. Fácil perceber tal grau de importância na medida em que a atividade pública é premiada e orientada por um emaranhado de atos normativos (leis, decretos, portarias etc) e princípios jurídicos que, não raro, exigem exercícios altamente técnicos para sua correta interpretação. Não há especialidade técnica empregada pelo poder Público para consecução de seus fins que não esteja atrelada a normas legais a exigir do aplicador do Direito, técnicas refinadas de exegese. Uma Secretária Municipal de Saúde, para adotar medidas de controle de uma epidemia, necessitará tomar providências, tais como contratação de publicidade orientadora, contratação de ações de capacitação para os profissionais da saúde, contratação de pessoal (efetivo ou temporário); não raro celebra convênios com outras esferas de Governo ou entidades particulares. Cada uma dessas ações demanda, para sua regularidade, o cumprimento de um conjunto de regras jurídicas as quais prescindem de análise interpretativa que somente o jurista estará habilitado a realizar, dando suporte jurídico às ações da Administração Pública.

O exemplo acima serviu apenas como ilustração para demonstrar como o setor jurídico de uma entidade pública é relevante em todos os atos deflagrados pelos Gestores. Apesar disso, tal função nem sempre é reconhecida ou tratada com o grau de importância devido. A responsabilidade assumida pelo Assessor Jurídico é enorme. Mas ao contrário, também não são raros os casos em que se exige demasiadamente do Jurista, atribuindo a este responsabilidades que não condizem com a natureza de suas funções e tarefas que não lhe dizem respeito, invadindo a esfera de competência de outros agentes públicos. Nesse cenário, não é incomum surgirem rixas entre o órgão jurídico e os setores técnicos, importando ruídos no canal de comunicação entre tais setores da Administração, cuja invariável consequência é o retardo na providência a ser tomada a favor do interesse público.

Muito embora faça parte da nossa missão aqui estudar a questão da responsabilidade do parecerista, nossa maior preocupação é com os limites de atuação do mesmo nos processos de contratação governamental. Não por considerar que o primeiro tema guarda pouco relevo, mas por haver inúmeros trabalhos e decisões a esse respeito de excelente qualidade científica, deixando muito pouca controvérsia ainda para se discutir. Ao contrário disso, invado outra seara com maior preocupação justamente por perceber que aos profissionais do Direito investidos do *múnus* de analisar e aprovar minutas de editais, contratos, convênios, manifestar opinião técnica sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, faltam subsídios para compreender a extensão da sua atuação na dimensão correta da natureza do processo de contratação, bem como sua relação profissional com os demais setores técnicos. Numa licitação de obra pública, até onde vai, e.g., a autoridade técnica do Engenheiro autor do Projeto Básico e onde inicia a do Parecerista, que aprovará a minuta do Edital? A meu aviso, talvez esse seja um dos maiores problemas internos e que contribui decisivamente não só para o andamento em tempo adequado do processo, como para o próprio sucesso da contratação.

Como na Administração Pública é tarefa árdua determinar “quem faz o quê”, neste breve trabalho procuraremos esclarecer e definir as responsabilidades e limites da atuação do Advogado Público nos processos de contratação governamental, de modo a tornar mais evidente o campo de sua atuação.

2 – Natureza do processo de contratação: multi ou interdisciplinaridade?

No mundo em que hoje vivemos, em que pese as maravilhosas implicações que a modernidade traz, percebemos com bastante nitidez uma exagerada compartimentalização do conhecimento, ou seja, excessiva especialização de áreas do conhecimento que se tornam cada vez mais específicas, dividindo e subdividindo o conhecimento humano, bem como os processos cognitivos em uma catarse que parece não ter fim. Essa característica do mundo moderno acarreta um sério problema que se resume no afastamento da noção de indivisibilidade humana. Em uma visão peculiarmente pragmática, Getúlio Silva Lemos¹ anota que, como consequência do que há pouco expusemos, vem “surgindo os estudiosos que sabem quase tudo de quase nada.” Com isso, os processos cognitivos complexos, isto é, aqueles que envolvem, necessariamente, várias áreas do saber humano, acabam limitados

¹ Interdisciplinaridade e pensamento complexo: dois caminhos em busca da totalidade perdida. Disponível em <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/035e3.pdf>.

justamente por não ultrapassar os limites científicos daquele específico tema, quando, em verdade, é intrinsecamente dependente dessa liberdade. Já nos idos da década de 70, Hilton Japiassu², um dos maiores estudiosos do fenômeno da interdisciplinaridade no Brasil, era enfático quando afirmava que “cativado pelo detalhe, o especialista perde o sentido do conjunto, não sabendo mais situar-se em relação a ele.” Acrescenta ainda que :

“Há problemas que para serem resolvidos pressupõem o diálogo entre saberes, conhecimentos e disciplinas. No entanto, ainda trabalhamos por disciplinas. Cada disciplina através de seu enfoque específico desenvolve instrumentos para conhecer a realidade e os problemas a partir de um determinado ponto de vista, ou seja, é capaz de revelar uma dimensão do humano. Mas essa visão unidisciplinar necessariamente fragmenta o objeto e o reduz (de acordo com os próprios limites da disciplina).

Trazendo essa problemática para o campo do processo de contratação, podemos verificar que esse excesso de compartimentalização também se mostra prejudicial ao seu desiderato precípuo, que é a satisfação do interesse público. O desenvolvimento sistêmico da instrução do processo de contratação desde a fase interna até a execução completa e recebimento definitivo do objeto, a despeito de variar de órgão para órgão, envolve necessariamente a intervenção de várias especialidades profissionais, e de vários setores administrativos do órgão. Entretanto, cada agente atua, dentro da sua especialidade, de forma desconectada das demais atividades, concentrando-se especificamente na sua. Pode-se dizer que o processo de trabalho sofre uma abordagem meramente multidisciplinar, ou seja, a soma da atividade de profissionais de diversas áreas, não implicando em integração destes profissionais para o objetivo de entendimento mais amplo do processo. Desprovido, portanto, de visão de conjunto. Cada profissional se restringe a atuar de modo a somar com a atividade inerente à sua especialidade para o andamento do processo. O seu fim é a sua própria e restrita atividade e não o resultado do processo. Não se interessa, via de regra, pelo alcance do objetivo colimado. Com isso, anotamos uma série de problemas que facilmente poderiam ser evitados. Um exemplo prático (e muito frequente) ilustrará bem a presente situação.

O setor de TI elabora um Termo de Referência para contratação de um determinado serviço. Este documento de referência irá balizar a elaboração do edital e da minuta do contrato. Uma vez que essas minutas estejam finalizadas, segue-se, por força do comando insculpido no art. 38, par. único da L. 8.666/93, para aprovação da Assessoria Jurídica. Lá chegando, o parecerista vislumbra cláusulas que entende restritivas ao caráter competitivo do torneio e o devolve ao Setor de TI, responsável pela elaboração do Termo de Referência, para readequação. Veja-se que, nessa modelagem de trabalho, por não haver compartilhamento de conhecimento entre o setor de TI e o órgão jurídico, cada um realiza a sua tarefa, de forma desconectada, apenas somando-a ao conjunto de atos já desenvolvidos. Como a atuação do Jurídico depende da correta instrução dos setores que lhe antecederam, ele só poderá executar positivamente a sua atividade (dando prosseguimento ao processo com parecer favorável, aprovando a minuta) se a atividade anterior chegar a ele já saneada. Mas, porque razão ambos os setores — TI e Jurídico — não “conversaram” antes para que o processo já fosse encaminhado devidamente alinhado? Porque esse desperdício de tempo?

Na abordagem *interdisciplinar* esses problemas não ocorreriam, pois esta pressupõe trabalho e estudo de profissionais das diversas áreas do conhecimento ou especialidades sobre uma determinada tema ou área de atuação, implicando necessariamente na integração dos mesmos para uma compreensão mais ampla do assunto.

Diante disso, muito embora tratado quase à unanimidade pelos órgãos públicos como um processo multidisciplinar, o mais adequado é deferir ao mesmo um tratamento interdisciplinar, a fim de provocar a interação e integração dos vários profissionais e setores (disciplinas) para atuarem de forma complementar ao outro, desenvolvendo a sua atividade já de acordo com os problemas inerentes à atividade dos demais, empregando ao processo visão e tratamento sistêmico. Ao determinar a exclusão de uma cláusula da minuta do contrato, a Assessoria Jurídica deve, antes, investigar (conversando com o setor técnico) a razão pela qual aquela cláusula fora criada. É possível que a mesma tenha sido fruto de experiências negativas no contrato anterior e o órgão técnico tenha pensado na indigitada cláusula como uma possível solução para os casos futuros. O parecerista, importando-se com a origem, ao invés de determinar a simples retirada do texto, pensaria, junto com o setor técnico, numa solução gerencialmente útil e juridicamente válida. O processo não só caminharia mais célere, como melhor ajustado. Vejamos outro exemplo prático, agora de acordo com a presente proposta.

Se um órgão necessita adquirir um equipamento, que é comercializado em caráter de exclusividade, o fará nos termos e de acordo com os requisitos impostos no art. 25, I, da L. 8.666/93. Claro que essa contratação será submetida ao setor jurídico, que, muito embora não obrigatório, como se verá mais adiante, é costumeiramente a ele encaminhado para parecer acerca da hipótese de afastamento do Dever Geral de Licitar. Na abordagem multidisciplinar (o que é rotina na imensa maioria dos órgãos) o setor de compras (ou técnico) encaminharia com as justificativas que reputa suficientes; mas ao chegar no órgão jurídico, o Advogado o devolve por entender insuficiente a instrução. Já temos ida e vinda sem avanço objetivo para a aquisição pretendida. Na abordagem interdisciplinar, tal não ocorreria, porquanto o setor técnico estaria integrado ao setor jurídico. Seria discutida a instrução antes de qualquer encaminhamento e, portanto, o processo caminharia ajustado sem a necessidade de retornos para diligências.

Todos os setores e profissionais que atuam no ciclo da contratação, devem se enxergar parte de um todo, e integrar esse todo a fim de que não haja retrabalho e que o processo siga curso em ritmo adequado à satisfação da necessidade de interesse público que pretende alcançar.

3 – A função de Assessor Jurídico

O papel do Assessor Jurídico é, senão outro, intermediar a vontade da sociedade, manejada nas ações de seus representantes (vontade democrática) e o direito, compreendendo a política pública que se deseja implementar e buscando estabelecer os mecanismos que viabilizem a realização dessa vontade estatal.

² Interdisciplinaridade e patologia do saber. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

O assessor jurídico é sempre instado a manifestar-se em processos administrativos, ou em reuniões gerenciais (na qualidade de consultor), para opinar acerca da juridicidade das ações que a Administração pretende tomar. A partir das suas ponderações (escritas ou verbais) o Gestor toma a sua decisão de fazer ou deixar de fazer algo, segundo a orientação oferecida.

Conforme dito na abertura desse trabalho, praticamente nenhum passo é dado na Administração Pública sem que se ouça, antes, a Assessoria Jurídica. Sendo assim, a função de assessoria jurídica guarda natureza nitidamente preventiva e orientativa. Por meio de seu atuar, o causídico, antecipando os efeitos jurídicos das ações administrativas que se lhe encaminham, procura, como fim último, evitar vícios de legalidade que possam causar a nulidade de atos administrativos que lhes são submetidos para apreciação, ou ainda apresentar caminhos juridicamente adequados para que o Gestor Público adote as corretas medidas para atendimento da necessidade coletiva.

A Assessoria Jurídica cumpre papel extremamente relevante nesse contexto. Não deve confundir-se como órgão de controle — muito embora, em alguma medida o seja. Se sua função primordial é preventiva, deve atuar de maneira orientativa. Suas portas devem estar sempre abertas para receber os servidores da área técnica e deles esclarecer dúvidas de instrução dos processos. Ao receber as minutas de editais e contratos e seus aditamentos, antes de devolver o processo para diligências ou complementações, deve procurar saber dos setores técnicos maiores detalhes sobre a lacuna ou impropriedade percebida. Deve orientar os servidores para que instruem o processo desde o início de acordo com suas convicções técnicas e estar aberto a revê-las nos casos extraordinários.

Em um primeiro momento poder-se-ia imaginar que, em razão do excesso de trabalho que um setor jurídico concentra, o *modus operandi* ora defendido traria maior asoberbamento de tarefas; que receber os servidores em seu gabinete roubaria precioso tempo de análise de processos. Em verdade, a tendência é que ocorre justamente o inverso. Na medida em que os setores técnicos se servem da orientação do Jurídico, os processos passam a ser encaminhados já em condições de aprovação. Logo, um processo de aquisição, que normalmente precisaria ir e vir algumas vezes para acerto de detalhes, iria uma vez só. Reuniões com os setores técnicos para alinhamento de entendimento, por exemplo, eliminaria uma série de passos desnecessários a vários processos. Experiência muito proveitosa que tive oportunidade de participar mostrou exatamente isso. O setor de RH de um Tribunal Federal vivia às turras com o seu Setor Jurídico sempre que necessitava contratar treinamento *in company*, notadamente em relação à escolha e caracterização do “notório especialista”. A partir de um curso que lá ministramos, ambos os setores sentarem e definiram que requisitos deveriam ser observados, e cada um, de acordo com suas reais competências,³ passou a instruir o processo de acordo com o entendimento firmado sobre questões que tanto travancavam seus processos.

4 – A manifestação do Parecerista – espécies de pareceres

Manifestando-se por meio de pareceres, o Assessor Jurídico não pratica ato decisório, expedindo atos apenas de cunho opinativo, muito embora, como se verá adiante, alguns atos opinativos são revestidos de força vinculante. Hely Lopes Meirelles⁴ bem definiu pareceres administrativos como sendo “manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.” Para o saudoso mestre, o parecer possui caráter exclusivamente opinativo, não acarretando vinculação da autoridade a que serve de consultor ou tampouco os particulares “à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente.” Complementa o raciocínio acrescentando que o ato administrativo, em si, é o ato que aprova o parecer, e este, poderá apresentar-se com a roupagem de ato normativo, ordinário, negocial ou punitivo. A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ é no mesmo sentido. Na visão do ilustrado jurista, os pareceres são atos de administração consultiva e são aqueles que “visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.”

Mas não é sempre que o órgão jurídico é instado a ofertar parecer por ato de vontade da autoridade competente. Em algumas situações previstas em lei, a regularidade do ato que será (ou deverá ser) deflagrado, será dependente de análise jurídica prévia. Nessas hipóteses, o encaminhamento ao setor jurídico deixa de ser mera consulta para se tornar parte do devido processo legal. Analisando mais precisamente sobre a obrigação ou não imposta pela lei de o administrador proceder à consulta, Di Pietro⁶, com sua habitual didática e lembrando as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, anota que o parecer pode se apresentar sob três espécies, classificando-os da seguinte forma, verbis:

“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 [...].”

³ Para maiores detalhes, veja-se o nosso *Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal: caso de licitação, dispensa ou inexigibilidade?*, RJML, nº 28, págs 26-43

⁴ *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., Malheiros, pág. 185. Bom que se destaque que o parecer, como *ato administrativo* não é um privilégio do setor jurídico. Só o *parecer jurídico* o é. Qualquer manifestação de cunho opinativo oriunda de qualquer setor técnico será um parecer.

⁵ *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros ed., 17ª, p. 387

⁶ *Direito Administrativo*, Atlas 2011, p. 231

Já o art. 42 da Lei 9.784/99, delimita uma variação dos conceitos de parecer “obrigatório” e “vinculante”, abordando as gradações entre eles e apontando seus efeitos no campo administrativo:

“Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.”

Como se vê, a norma supra transcrita reconhece a existência de parecer obrigatório, subdividindo-a em duas subespécies: vinculante e não vinculante, o que não significa negar as variações apontadas por Di Pietro.

Apesar de o parecer **facultativo** integrar o ato, com o acatamento do mesmo como um de seus fundamentos, o parecer não perde sua autonomia de ato meramente opinativo. Este é o caso para o qual o Gestor não tinha obrigação de ouvir seu corpo jurídico, mas decidiu fazê-lo para subsidiar sua decisão. É o caso do parecer em processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para o qual não é previsto em lei sobre a necessidade da oitiva do órgão jurídico, conforme o parágrafo único do art. 26 da Lei n. 8.666/93. Ao encaminhar um processo de dispensa ou inexigibilidade, a autoridade competente, por ato discricionário, estará apenas solicitando a opinião técnica do órgão consultivo. Quer ouvi-lo para melhor decidir. Mas a lei não lhe impôs essa condição. Tanto assim, que não estará obrigado a seguir a orientação do Jurídico, podendo decidir da forma que entender mais adequada.⁷

O parecer é **obrigatório** quando a oitiva do parecerista faz parte da instrução do processo. É determinada pela lei. Em respeito ao princípio do devido processo legal, o ato somente será regular se houver parecer. Mais ainda sim, a autoridade competente não fica adstrita ao parecer que mantém intacta sua natureza opinativa. Contudo, para decidir deverá fundamentar sua decisão. Carlos Pinto Coelho Motta⁸ sustenta que a inexistência do parecer obrigatório pode dar ensejo à nulidade do ato final. Esclarece que:

“Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária; embora o seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado, para a legitimidade do ato final, caso em que *o parecer se torna impositivo para a Administração*.”

O parecer será **vinculante** quando, além de ser obrigatório por lei, amarra, atrela a decisão final ao seu entendimento. Uma vez ouvido o órgão consultivo, a autoridade não poderá decidir de forma diversa daquela exposta no parecer. Poderá, no máximo, não decidir. Neste tema, cabe lembrar a lúcida orientação da doutrina do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹:

“Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo.

Mas esse entendimento ainda nutre certa controvérsia. A questão gira em torno da efetividade do parecer como ato administrativo. A doutrina pátria, em sua maioria, adota, conforme já visto, o entendimento segundo o qual o parecer sempre se constituirá um ato enunciativo, uma opinião técnica; jamais um ato administrativo, porquanto o ato administrativo em si (com característica de auto-executoriedade) é aquele proferido pela autoridade administrativa competente. Carlos Pinto Coelho Motta *apud* Dalari aponta o caráter vinculante da natureza própria do parecer jurídico proferido no processo licitatório, senão, veja-se:

“A incongruência de tentar dar a característica de “vinculante” a um parecer, pelo raciocínio lógico de que parecer vinculante não é parecer, é decisão. O parecer jurídico não se constitui como ato administrativo, representando apenas uma manifestação opinativa, que pode ser agregada como elemento de fundamentação ao ulterior ato administrativo, nos termos permitidos pelo §1.º do art. 50 da Lei n. 9.784/99.”

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹⁰ fortalecem a tese 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.

Contudo, a jurisprudência do STF acomodou-se no mesmo diapasão de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que serviu de pilar para a lição de Di Pietro, suso citada. No julgamento do MS 24.584, o Eminentíssimo Min. Joaquim Barbosa, em seu voto-vista, adotando a doutrina francesa da pena de René Chapus¹¹, reconhece a existência de uma espécie de parecer a qual se reveste de força vinculante (característica que não se nega ser típica dos atos administrativos propriamente ditos), dependendo da obrigação que a lei impõe ao administrador proceder ou não à consulta. Entende que caso a lei estabeleça a obrigação de “decidir à luz de parecer **vinculante ou conforme** (*décider sur avis conforme*), o administrador não poderá decidir **senão nos termos da conclusão do parecer, ou, então, não decidir.**” (grifos do original)

Prossegue o festejado Ministro da Corte Suprema, salientando que, nos casos de a lei estabelecer a obrigação de o gestor decidir na conformidade do parecer, caso não o faça, seu ato estará “maculado por **vício de competência**.” Mais adiante, no julgamento do MS 24.631, o emérito Magistrado, agora na qualidade de Relator, reafirmando a posição sustentada no julgado anterior, consignou em seu voto que:

⁷ Iremos minudenciar esse tema mais adiante.

⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª. ed., São Paulo, 1988, pp. 152-153.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 576-577.

¹⁰ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140-141.

¹¹ *Droit Administratif Général*, tome 1, 15^{ème} ed. Paris: Montcherstien, 2001, pág. 1113-1115

“Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.”

De fato, não vejo como não admitir a classificação das espécies de pareceres para reconhecer que, em certos casos, a consulta assume, sim, a condição de pressuposto de perfeição do ato. Claro que o parecer, de per si, não é, e nunca será, capaz de criar efeitos jurídicos (criar, extinguir ou modificar direitos), mas sim o ato subsequente a ele. Mas, se o ato subsequente somente puder ser deflagrado **na conformidade** do parecer prévio (*avis conforme*, como dizem os franceses), fica nítido que o parecer não apenas integra a motivação do ato, mas é parte dele.

5 – Extensão da responsabilidade do Assessor Jurídico pela emissão de pareceres

Para esse exame, não seria redundante lembrar que o assessor jurídico exerce a advocacia. E se é assim, é com esse espírito que deve ser estudado o assunto.

A Carta Política de 1988, em seu art. 133 discorre que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (grifamos).” Já o Estatuto da OAB, no art. 32, aponta que:

“Art. 32 - O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.”

Disso decorre que, apesar de ser detentor de certas garantias, o advogado será responsável por seus atos, mas apenas quando agir com dolo ou culpa.

A culpa é classificada em culpa *stricto sensu* também chamada de culpa aquiliana e culpa *lato sensu*, mais conhecida como dolo. Esta configura-se quando o resultado danoso é alcançado voluntariamente pelo agente e os efeitos de seu comportamento são deliberadamente procurados por ele.

A culpa *stricto sensu* caracteriza-se pelo comportamento negligente do autor do dano, abrangendo a imprudência e a imperícia, implicando, assim, abandono do dever de diligência ou da adoção de medidas capazes de evitar certos fatos considerados ilícitos.

No caso de serviços profissionais como os advocatícios, geralmente, a culpa em sentido estrito configura-se nas hipóteses de imperícia e imprudência. A primeira é a falta de aptidão para exercer uma atividade em que o conhecimento técnico é fundamental para seu exercício; a segunda, liga-se à falta de cuidado no desempenho da profissão. Nos casos de serviços advocatícios, segundo lição lapidar de Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes¹², a imperícia e a negligência, no caso dos serviços de advocacia, caracterizam-se:

“Somente pela constatação de *erro grave* e *inescusável*. Isso porque a natureza de suas atividades, bem como a inviolabilidade funcional insculpida na Constituição (art. 133) impõem um regime diferenciado às suas funções essenciais, a permitir o exercício funcional com independência nas escolhas das teses, estratégias, argumentos, precedentes, recursos a serem utilizados. Diante disso, mesmo que a escolha não seja bem sucedida, esse fato não acarreta sua responsabilidade por simples erro.”

Nessa mesma direção, quando do exame do MS 24.073/02-STF, no qual o Tribunal de Contas da União pretendia responsabilizar o Assessor Jurídico juntamente com o administrador pela contratação sem licitação considerada ilegal, o Relator, Min. Carlos Veloso, assim se posicionou:

“Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inexcusável.”

Em resumo, na atividade advocatícia, somente responde o profissional, o que inclui o advogado público, quando age com negligência ou imperícia, acarretando erro grave, inexcusável. E com isso, o parecerista estará isento de responsabilidade quando defender tese aceitável, alicerçada em lição de doutrina e jurisprudência. O TCU acolhe essa tese, conforme se vê do julgado abaixo:

“O parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não afasta, por si só, a sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União.” (Acórdão 206/2007 Plenário)

Do exposto acima, e considerando a classificação das espécies de pareceres em *facultativo*, *obrigatório* e *vinculante*, a responsabilização do parecerista, nos dois primeiros casos, somente será possível quando o profissional atuar com desmazelo (negligência) e/ou sem um mínimo de cuidado técnico (imperícia). Seria a hipótese de um parecer calcado em tese flagrantemente contrária às normas vigentes, doutrina e jurisprudência majoritária, ou ainda emitido sem o devido cuidado de análise das peças processuais e informações constantes dos autos do processo, exatamente como foi analisado pela Corte Federal de Contas no precedente que abaixo se destaca:

“A conduta objeto da contestação diz respeito à emissão de parecer favorável à contratação direta, na qual se verificou a ausência de parâmetros ou de estimativas que refletissem o montante de recursos necessários para o alcance das metas acordadas. De acordo com o disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, entre os elementos necessários à instrução do processo de dispensa ou de inexigibilidade, inclui-se a “justificativa de preço”

¹² *Regime Jurídico da Advocacia Pública*, ed. Método, Vol I. São Paulo 2010

(inciso III). Todavia, conforme o exposto nos subitens 6.2.1.17 a 6.2.1.21 e 6.2.1.28, essa justificativa de preço não estava devidamente evidenciada nos autos da contratação, uma vez que não existiam parâmetros, baseados em levantamentos de preços, pesquisas de mercados ou técnicas estimativas consistentes, que pudessem subsidiar o gestor em sua decisão quanto ao preço a ser adotado. **Ao emitir seu parecer, cabia ao Procurador Municipal, por dever de ofício, alertar o então Secretário de Saúde quanto a essa omissão, ou seja, à inobservância de um dos requisitos previstos no supracitado dispositivo legal, no entanto, apenas se manifestou no sentido de que o preço de custo da unidade mais a taxa operacional de 5% é aceitável** (fl. 748 - Anexo 1 - vol. 3). Ante a insuficiência da fundamentação em seu parecer, torna-se o Sr.[consultor jurídico] co-responsável com o Sr. [gestor] pela irregularidade, sendo-lhe também devida a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Ressalte-se que foi essa a medida adotada por este Tribunal, em matéria similar, constante do Acórdão 994/2006-TCU-Plenário.” (Ac. 899/12-Plenário)

É que tanto no parecer *facultativo* como no *obrigatório*, o administrador público não está obrigado a agir de acordo com a conclusão do parecer, podendo de forma diversa decidir. Nesse caso, a atuação do Jurista é puramente consultiva, razão pela qual se lhe aplicam as garantias constitucionais e legais no campo da responsabilização. Mas na hipótese de o parecer ser de cunho vinculante, os efeitos de sua emissão são bem outros. Conforme já dito acima, no parecer vinculante, o parecerista compartilha a competência de decidir com o administrador e, por isso, com ele responde solidariamente na ilegalidade. Age com a competência — compartilhada — do administrador. Se o ato for deflagrado pelo administrador, este o fará de acordo com a conclusão do parecer ofertado (avis conforme). É a atual posição do STF:

“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 24.631-6/DF)

Todavia, é imprescindível certo cuidado quanto à questão da configuração da negligência ou imperícia no exercício da advocacia consultiva. É bastante cediço, e já foi mencionado acima, que o Direito não é uma ciência exata e tampouco estanque. Bem ao contrário disso, trata-se de um campo do saber humano que permite variadas inflexões sob uma mesma hipótese, além de estar em constante evolução. A essa característica se aplica a célebre máxima de Pascal: “*Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima*”. Transformações culturais, avanços tecnológicos, acontecimentos de grande repercussão entre outros fatores, provocam novas interpretações, novas visões sobre conceitos jurídicos e normas que já se haviam estabilizadas, a exigir do jurista olhar arguto e sensível a essas variações circunstanciais. Com sua peculiar percepção, English¹³ constata que:

“Quando o jurista, situado no círculo das ciências do espírito e da cultura...olha derredor, tem de constatar angustiado e com inveja, que a maioria delas pode contar extra muros com um interesse, uma compreensão e uma confiança muito maiores do que precisamente a sua ciência...Sem grandes hesitações se depositará um livro de arqueologia ou história da literatura à mesa dos presentes, mas a custo se fará o mesmo com um livro jurídico.”

Assim, não se deve pretender retirar do jurista uma das funções que lhe é própria, na qualidade de cientista, que é justamente a de realizar novas descobertas. Não se pode considerar negligente o parecerista que defende tese nova (que, em princípio, não seria aquela abrigada pela doutrina e jurisprudência). Se dessa forma fosse considerado, estaríamos submetendo a Ciência Jurídica a um completo e definitivo sepultamento.

Pode (deve) o jurista lançar seu pessoal e íntimo olhar sobre as demandas que lhe são apresentadas para chegar a conclusões eventualmente vanguardistas, inovadoras. É dessa forma que se descobre o Direito. Não deve o jurista manter-se encarcerado por lições de outros jurisconsultos ainda que de reconhecido talento científico; menos ainda apegar-se de modo quase cego à jurisprudência, notadamente, pelo fato de que, não raro, um mesmo Tribunal profere decisões conflitantes para casos análogos. Deve refletir sobre os argumentos técnicos que fundamentam as lições constantes dos livros jurídicos e aplicá-los sobre o caso que se encontra sobre a sua mesa, mas acrescentar o seu elemento pessoal de convicção. Carlos Maximiliano¹⁴ anota de modo habitualmente brilhante que:

¹³ ENGLISH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbekian, 6ª ed., trad. J. Baptista Machado. Lisboa, 1988.

¹⁴ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense,

“Não há sistema de hermenêutica capaz de prescindir do coeficiente pessoal. A justiça depende, sobretudo, daqueles que a distribuem. O texto é a essência, é a matéria-prima, que deve ser plasmada e vivificada pela inteligência ao serviço de um caráter íntegro.”

Portanto, o enquadramento na culpa por negligência ou imperícia não deve ser tomado simplesmente porque o parecerista adotou tese ainda não defendida pela doutrina dominante ou adotada pelos Tribunais. Desde que o tenha feito de forma técnica e com profundidade científica, apontando, inclusive, em suas linhas, o reconhecimento de estar adotando conceito inovador, fazendo menção à tese majoritária, não há como tratá-lo como negligente, ainda que não seja acompanhado pelo Controle Externo ou pelo Judiciário.

Em síntese, se o parecer for de caráter facultativo ou obrigatório, somente será responsabilizado o parecerista se houver agido com negligência ou imperícia. O que significa dizer que caso o administrador decida na conformidade desse parecer, e seu ato seja, adiante, considerado ilegal pelo Controle Externo, não haverá que se falar em responsabilidade solidária.

Se for de caráter vinculante, como atua na qualidade de co-administrador, a responsabilidade solidária por prática de ato ilegal independe de verificação de atuação com negligência ou imperícia.

Dito isto, adiante passaremos a analisar os desdobramentos da atuação do Assessor Jurídico nos processos de licitações e contratos. Em pese a ser a matéria fonte infinita de casuísmos, vamos nos deter em três situações fundamentais nas quais o jurista é costumeiramente instado a manifestar-se: a) exame de minutas de editais, contratos e seus aditivos; b) contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação; e, na gestão dos contratos.

6 – Análise de juridicidade do edital e seus anexos de acordo com o art. 38, parágrafo único: o que deve ser observado.

É aqui que surge com maior força de intervenção a manifestação do Assessor Jurídico. A lei geral de licitações dispõe, em seu art. 38, parágrafo único, o seguinte:

“As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

Nota-se, de forma clara e idônea, que a norma confere atribuição inusitada à intervenção do Assessor Jurídico. Não só obriga o gestor a previamente submeter as minutas de que trata o dispositivo em tela ao seu órgão consultivo jurídico, como outorga a este a competência de aprová-los. Significa, a contrário senso que também lhe deu autoridade para desaprová-los. Não parece pairar dúvidas sobre o caráter vinculante dessa manifestação, porquanto o legislador não teria exigido a mera oitiva conclusiva do jurista. Quer também, e principalmente, o seu “de acordo” (avis conforme). É mais um mecanismo de controle prévio da legalidade. Vejamos a lição de Marçal Justen Filho¹⁵, in verbis:

“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.”

Em excelente trabalho, Airton Rocha Nóbrega¹⁶ reconhece que:

“O exame jurídico prévio de editais e de minutas de instrumentos contratuais não pode e não deve ser visto e tratado como mera formalidade, cumprida apenas para o efeito de atender-se às determinações legais retromencionadas e que será retratada pela aposição de um mero visto do advogado nos instrumentos remetidos.”

Posição diversa assume Carlos Pinto Coelho Motta¹⁷, para quem o dispositivo sub examine configurar-se-ia, no máximo, como de caráter obrigatório, e não vinculante. Justifica seu posicionamento argumentando que:

“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 sobretudo 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.”

No mesmo sentido, se direciona a doutrina de Lucas Rocha Furtado¹⁸, para quem:

“A correta definição do papel do órgão jurídico é aspecto fundamental na definição da sua responsabilidade, especialmente quando se tratar de falhas técnicas nos projetos em que atua, em razão do princípio da segregação das funções. (...) Não se deve esperar, especialmente em situações que requeiram elevado nível de conhecimento técnico, que os advogados sejam capazes de identificar eventuais falhas técnicas e que sejam capazes de refutá-las em suas manifestações jurídicas.”

Em que pese o reconhecido grau de respeitabilidade de seus autores, penso ser o entendimento ora exposto carente de pequeno, porém, importante reparo. É que tanto Motta, quanto Furtado claramente nutrem preocupação com a questão da especialidade

¹⁵ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., p. 526. Dialética. São Paulo, 2010.

¹⁶ *ILC*, Zênite, n.65, pág. 512. Curitiba, 1999.

¹⁷ Em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2636

¹⁸ *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 215.

técnica do objeto que a administração pretende contratar. Em ambas as citações os argumentos que tendem a “desenquadrar” o parecer do art. 38, par. único da Lei de Regência do caráter vinculante em função de que os textos a serem submetidos à análise carregam informações técnicas da área específica do respectivo objeto. Questões técnicas de ordem operacional. Tal preocupação é claramente legítima e razoável, mas não é suficiente para afastar o que a própria letra da lei determina de forma objetiva. O texto normativo não deixa qualquer névoa de dúvidas ao tratar da manifestação na qualidade de “ato de aprovação”. Sendo assim, tal manifestação é inarredavelmente, de caráter vinculante.

Foi exatamente nessa direção que perfilhou o Ministro Joaquim Barbosa ao declarar seu voto-vista no já citado MS 24.584-DF. Na oportunidade, afirmou de forma categórica que:

“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.”

Outra não é a posição do Tribunal de Contas da União, cujos precedentes são uniformes quanto a esse entendimento

“Observe a legislação pertinente quando da elaboração de pareceres, uma vez que a Corte de Contas tem se pronunciado no sentido de que cabe responsabilização ao parecerista jurídico instado a se manifestar acerca de termos de contrato, convenio etc., posição reafirmada pelo STF no MS no 24.584. [Acórdão 3923/2009 Primeira Câmara]. No mesmo sentido: Ac. 462/2003-Plenário; Ac. 1.260/2003-Plenário; Ac. 342/2007, 1ª Câmara; Ac. 2.199/2008-Plenário.

Associando-me, entretanto, à preocupação dos eminentes juristas acima citados, por óbvio que a vinculação da manifestação somente poderá ser enxergada no que concerne às questões de ordem técnico-jurídicas. Não é possível imaginar que o jurista venha a corrigir defeito técnico no Projeto Básico num edital de obra pública; tampouco debater a opção pela tecnologia a ser empregada na área de TI, pois o jurista não tem conhecimento técnico para verificar se determinada funcionalidade fere ou não o caráter competitivo da licitação; ou ainda, a quantificação do índice de produtividade estabelecido no Termo de Referência para contratação de um serviço terceirizado.

Todavia, não poderá afastar-se da responsabilidade daquilo que lhe é próprio; das cláusulas de natureza jurídica. Se o edital de licitações para aquisição de um equipamento, por exemplo, indicar marca específica sem justificativa, o parecerista tem o dever de ofício de não aprovar a minuta, pois tal exceção depende de justificativa técnica, conforme doutrina e jurisprudência unânime. Se não o faz, o edital será considerado nulo, com responsabilização da autoridade que deflagrou o torneio e, solidariamente, o parecerista que aprovava a minuta sem o destaque necessário.

Diante desse quadro, caso declarada a nulidade da licitação ou do contrato, cujos textos das peças que lhe deram causa foram submetidos à manifestação do órgão jurídico, conforme determinação no art. 38, par. único da L. 8.666/93, a responsabilidade somente se estenderá ao parecerista na hipótese de o elemento causador da nulidade tiver incidido em questão técnico jurídica.

6.1 – A questão das minutas-padrão de editais e contratos.

Providência que já faz parte da rotina de inúmeros órgãos e entidades do Poder Público, inclusive, incentivada pelos órgãos de controle externo, é a elaboração de minutas-padrão de editais e contratos. Esse procedimento em muito agiliza os processos de contratação na medida em que se gasta muito menor tempo para realizar os atos necessários à formalização do ajuste. Ademais disso, também tem o condão de estabilizar as cláusulas que poderiam sugerir dúvidas das unidades técnicas, evitando o excesso de retrabalho com idas e vindas das minutas ao órgão consultivo para reparos necessários.

Há farta jurisprudência na Corte Federal de Contas¹⁹ no sentido de que toda minuta deva ser examinada pela assessoria jurídica. Porém também é entendimento pacificado que nesses casos, havendo mera adaptação do ato convocatório à minuta-padrão, esta, necessariamente aprovada pelo órgão jurídico, tais minutas adaptadas não prescindem de parecer autônomo, o que não afasta o caráter vinculante da manifestação, como também a responsabilidade por eventual ilegalidade. Veja-se o precedente abaixo:

“Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. (...) Assim, a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente, limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.” [Acórdão 1504/2005 Plenário]

Por assim dizer, caso o órgão adote a rotina de fixar minutas-padrão, poderá dispensar a ida de cada processo ao órgão consultivo para aprovação, pois esta estará configurada na aprovação da minuta-padrão, o que não afastará a responsabilidade do parecerista sobre seu teor, a despeito de não ter se manifestado especificamente naquele processo.

¹⁹ Veja-se: Decisão 955/2002 Plenário; Acórdão 670/2008 Plenário; Acórdão 1330/2008 Plenário; Acórdão 2574/2009 Plenário; Acórdão 265/2010 Plenário; Acórdão 589/2010 Primeira Câmara.

7 – A atuação do Assessor nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação

Atua como orientador do ordenador de despesa, analisando a juridicidade do afastamento do *Dever Geral de Licitar*, bem como a presença dos requisitos relativos a cada uma dessas hipóteses.

Sua oitiva é facultativa. Ao contrário das minutas de editais e de contratos, em que o parecer é vinculativo, nos processos de contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitação) o art. 26 nada discorre sobre a necessidade de parecer jurídico como condição de eficácia do ato.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

A lei não impõe ao administrador a obrigação de ouvir seu órgão jurídico. Ao encaminhar os autos desses processos à assessoria jurídica, o administrador age discricionariamente (poderia perfeitamente deixar de fazê-lo). E, ao recebê-lo, o parecerista expede mera opinião técnica sobre preencher ou não os requisitos legais a hipótese que lhe fora submetida. Assim, o parecerista que se manifesta nesses processos não “aprova” ou “desaprova” a contratação direta. Opina se é ou não caso hipótese de dispensa ou inexigibilidade bem como se seus requisitos legais estão devidamente apontados nos autos. Portanto, seu parecer é de caráter *facultativo*. Eventual ilegalidade da contratação sem licitação, ainda que calcada em parecer jurídico, não eximirá a responsabilidade do administrador. E somente se estenderá tal responsabilidade ao parecerista quando comprovada a negligência ou imperícia na sua atuação profissional.

Esse foi exatamente o caso tratado no pelo Supremo Tribunal Federal no MS 24.073, da relatoria do Eminentíssimo Min. Carlos Velloso. A ação cuidava de ato relativo a uma inexigibilidade de licitação, calcada em parecer jurídico favorável, na qual o TCU considerara ilegal. Naquela assentada, o nobre relator reconheceu que “[...] se tratava de hipótese de parecer **manifestamente não vinculante** (interpretação de dispositivos da lei de licitações relativo a hipóteses de dispensa e inexigibilidade do certame licitatório).”

Poder-se-ia argumentar, apenas por ao apego ao debate, que o fato de as minutas de contratos serem necessariamente precedidas de análise e aprovação da assessoria jurídica (art. 38, par. único da Lei 8.666/93), os contratos oriundos das dispensas e inexigibilidade de licitação estariam submetidos ao mesmo crivo, tornando a natureza da manifestação do parecerista, quanto a essas contratações, igualmente vinculadas. Não é verdade.

Em primeiro lugar, de acordo com o rito processual normalmente adotado nas contratações diretas, a análise da assessoria jurídica ocorre em momento imediatamente anterior ao ato de ratificação, e apenas em virtude de estar juridicamente correto o enquadramento na respectiva hipótese. Nesta fase, nem sempre a minuta do contrato já estará ajustada e pronta para análise, mesmo porque, é possível que tal hipótese de afastamento do certame venha a não ser admitida, e o processo retornaria para que fossem elaboradas as minutas de editais ou adaptá-lo à minuta-padrão já existente. Mas ainda que no momento do encaminhamento do processo a minuta do futuro contrato já tenha sido entranhada aos autos, a análise desta prende-se apenas sobre os aspectos das cláusulas necessárias, arroladas no art. 55 da Lei regedora da espécie. Repise-se que o art. 26 não condiciona a eficácia da contratação à consulta ao órgão jurídico, o que importa concluir que o administrador poderia até dispensar essa oitiva e ratificar a hipóteses apenas com base nas informações técnicas presentes. Daí a formalização do ajuste ser alvo da assessoria jurídica com a hipótese de dispensa ou inexigibilidade já admitida e aceita pela autoridade competente.

Portanto, quando de sua análise, caberá à assessoria jurídica apenas e tão somente verificar se os requisitos da hipótese de dispensa ou inexigibilidade estão presentes. Por exemplo, se é caso da contratação de serviços singulares prestados por profissional notório especialista (art. 25, II), sua intervenção se restringirá a verificar se o órgão técnico apontou o elemento que torna o serviço pretendido inusitado a ponto de torná-lo singular; quanto à escolha do executor, verifica se os motivos da escolha estão consignados pela autoridade competente. Mas jamais poderá “concordar” ou “discordar” com a escolha, uma vez tratar-se de ato puramente discricionário²⁰, ou seja, fora da sua esfera de competência. Nas aquisições com fornecedor exclusivo (art.25, I), descabe ao assessor discutir a opção pela solução técnica adotada e que recaiu na impossibilidade de licitar, por situar-se fora do seu campo de conhecimento; mas apenas e tão somente verificar se o órgão técnico justificou a razão da escolha e se a comprovação de exclusividade cumpriu os requisitos legais.²¹

8 – A atuação do Assessor Jurídico nos demais atos licitatórios

Uma vez publicado o edital, a assessoria jurídica é comumente instada a manifestar-se nos casos de interposição de impugnação ao edital e recurso hierárquico. Como não há nenhuma determinação legal que condicione a decisão à consulta prévia do setor jurídico, tais manifestações serão de caráter facultativo e, portanto, somente causam responsabilização na verificação de que houve má fé ou culpa *stricto sensu* do parecerista.

²⁰ Ver: TCU, Decisão 439/98, Plenário.

²¹ Cf o nosso A contratação por inexigibilidade de licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo. Breve análise do art. 25, I da Lei 8.666/93, RJML, nº 26, págs 03-12

Mas não podemos desprezar o que foi dito no início deste trabalho quanto à função orientadora e a abordagem interdisciplinar que deve assumir os partícipes do processo. A assessoria não pode se fechar em seu gabinete, como se fosse um casulo impenetrável, aguardando a vinda das controvérsias para serem por ela dirimidas. É mister antecipar-se a elas. Deve prestar o auxílio requerido pelo Julgador do certame, notadamente nas impugnações ao edital e nos recursos hierárquicos interpostos. Também poderá prestar auxílio em questões extraordinária e de maior controvérsia, sempre em caráter colaborativo, tais como recebimento extemporâneo de envelopes nas licitações presenciais, promoção de diligências saneadoras de habilitação e na proposta, verificação de exequibilidade de preços e outras situações de extrema delicadeza com que se deparam os Pregoeiros e membros de CPLs em seu dia a dia.

Também deve ser ouvida nos casos de revogação ou anulação do torneio, precisamente sobre os aspectos e requisitos processuais exigidos no art. 49 da Lei Geral. Em todos os casos acima, suas manifestações serão sempre em caráter facultativo, ante a ausência de comando legal que obrigue sua intervenção.

9 – A atuação do Assessor Jurídico nos contratos em execução

Mesmo perfil acima delineado agora em relação aos Fiscais e Gestores dos contratos. Na fase de execução não raro sobrarão questões que, sob o ponto de vista técnico jurídico, ultrapassará a esfera de domínio desses profissionais e, portanto, pode ser necessário ouvir o departamento jurídico sobre temas como retenção (ou não) de pagamentos por existência de débito previdenciário; pedidos de revisão do contrato por fato imprevisível; alterações contratuais, entre outros tantos.

Orientará os procedimentos de rescisão contratual e nos processos punitivos, entendo que, na ausência de um setor responsável pela instrução, deverá recair na Assessoria Jurídica a competência para realizar tal instrução, mormente em razão da necessidade de observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, agindo com senso de justiça e imparcialidade frente ao ilícito contratual supostamente praticado pelo particular.

10 – Conclusão

Ciente de que nos seria impossível esgotar o assunto e conformando-nos em trazer, ao menos, um pouco de luz sobre os aspectos mais freqüentes do dia a dia de uma assessoria jurídica dos órgãos e entidades da Administração Pública nos processos de contratação de coisas, bens e obras e serviços, diríamos, em tom conclusivo, que a despeito da enorme responsabilidade assumida, o mais das vezes sequer reconhecida, deve o operador do Direito resguardar-se de cuidados no exercício das suas funções, assim como reconhecer sua visceral importância e papel a cumprir nessa seara do serviço público. Nesse sentido, suas manifestações, quando revestidas de boa técnica, permeadas da lógica do razoável, elaboradas com a inafastável e necessária independência técnica e ética profissional, certamente, arriscao afirmar, terão cumprido superiormente sua função processual e estarão na conformidade do Direito.

.....
* Luiz Cláudio de Azevedo Chaves é bacharel em Administração e Direito. Especialista em Direito Administrativo. Professor da Fundação Getúlio Vargas e da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR e Professor Convidado da PUC-Rio. Autor da obra Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei nº8.666/93, IBAM/Lumen Juris, 2011. Ministra regularmente, em âmbito nacional o curso Como Contratar Serviços de TD&E na Administração Pública. É professor e consultor do IDEMP - Instituto de Desenvolvimento Empresarial.
.....

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. É proibida a reprodução total ou parcial dos artigos publicados pelo IDEMP, de qualquer forma ou por qualquer meio, a não se por permissão expressa do autor. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal.