

O Exercício da função de Assessor Jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades



Luiz Cláudio de Azevedo Chaves

é Bacharel em Administração e Direito. Especialista em Direito Administrativo e Professor Convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio.

RESUMO

Dentre todas as atividades da Administração Pública, poucas são tão determinantes para o alcance dos resultados a serem obtidos em prol da coletividade senão aquela entregue ao Assessor Jurídico. Para cada passo que o Gestor Público percorre (ou deixa de percorrer), uma das principais balizas, é o parecer jurídico. É fácil perceber tal grau de importância na medida em que a atividade pública é premida 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 dos fins que não esteja atrelada a normas legais a exigir do aplicador do Direito, técnicas refinadas de exegese. Como na Administração Pública é tarefa árdua determinar “quem faz o quê”, neste breve trabalho procurar-se-á 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.

Palavras-chave: Processo licitatório. Parecerista. Responsabilidades.

1. A FUNÇÃO DE ACESSOR JURÍDICO

O papel do Assessor Jurídico é, senão outro, intermediar a vontade da sociedade, manejada nas ações



dos 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.

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. 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 apresentarem 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 de eles 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 mais 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.

2. 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 Meirelles (1993, p. 195) 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 Mello (2004, p.387) 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 Pietro (2011, p. 231), 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 [...].

Apesar de o parecer **facultativo** integrar o ato, com o acatamento desse como um dos fundamentos, o parecer não perde a 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 a 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, no entanto 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.

O parecer é **obrigatório** quando a oitiva do parecerista faz parte da instrução do processo, sendo determinada pela lei. Em respeito ao princípio do devido processo legal, o ato somente será regular se houver parecer. Ainda assim, a autoridade competente não fica adstrita ao parecer que mantém intacta sua natureza opinativa. Contudo, para decidir deverá fundamentar sua decisão. Carlos Pinto Coelho Motta (1988, p. 152-153) 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. Nesse tema, cabe lembrar a lúcida orientação da doutrina do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 576-577):

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.

Entretanto, 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 Dallari (2001, p. 140-141) 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 Chapus (2001, pág. 1113-1115), reconhece a existência de uma espécie de parecer a qual se reveste de força vinculante (característica que não 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

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 res-

ponder 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.

3. EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE DO ASSESSOR JURÍDICO PELA EMISSÃO DE PARECERES

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 se configura quando o resultado danoso é alcançado voluntariamente pelo agente e os efeitos de seu comportamento são deliberadamente procurados por ele. A culpa 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 entendimento de-

lineado por Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2010), citando o art. 133 da Carta Magna, a imperícia e a negligência, no caso dos serviços de advocacia, caracterizam-se somente pela constatação de erro grave e inescusável. 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 ao 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 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, inescusável.

Em resumo, na atividade advocatícia, somente responde o profissional, o que inclui o advogado público, quando age com negligência ou imperícia, acarretando erro grave, inescusável. 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, é 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 Acórdão 899/2012, Plenário, em cuja assentada, reconheceu negligência do parecerista que deu parecer favorável em processo de dispensa de licitação no qual não havia pesquisa de preços.

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. 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 apenas porque defende tese nova (que, em princípio, não seria aquela abrigada pela doutrina e jurisprudência), desde que o tenha feito com boa técnica, apontando, inclusive, em suas linhas, o reconhecimento de estar adotando conceito inovador, fazendo menção à tese majoritária. 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. Carlos Maximiliano (1993, p. 6) deixou anotado, de modo habitualmente brilhante, que “não há sistema de hermenêutica capaz de prescindir do coeficiente pessoal. A justiça depende, sobretudo, daqueles que a distribuem.”

4. 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. Conforme a lição de Marçal Justen Filho (2010, p.526), para quem “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.”

Posição diversa assume Carlos Pinto Coelho Motta¹, 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 sobremodo clara: seu pronunciamento deve ater-se estritamente ao campo técnico-especializado, relativo aos aspectos jurídicos, legais e doutrinários. Ele, entretanto, não deixa de perceber que, em inúmeras ocasiões e oportunidades, as decisões executivas assumem sua lógica operacional própria, que realmente não lhe cabe focalizar ou avaliar. Configurar-se-á talvez, nesses casos, um parecer obrigatório, mas de conteúdo não vinculante, a menos que a norma regulamentar do órgão/entidade específica, exaustivamente, as situações em que a decisão não possa fugir aos termos do parecer.

Em que pese o reconhecido grau de respeitabilidade dos autores, pensa-se 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 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. Em 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 foi a posição adotada pelo 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-se, 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. A responsabilidade somente se estenderá ao parecerista na hipótese de o elemento causador da nulidade tiver incidido em questão técnico jurídica.

5. 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 relati-

vos 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)

Como se percebe, a lei geral de licitações 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 à 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 de hipótese de dispensa ou inexigibilidade bem como se os 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, conforme já decidiu o STF no MS 24.073, cujo voto do 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).”

Casos haverá que norma específica obriga que tais processos devam ser apresentados à Consultoria Jurídica, como é o caso da Lei Complementar 73

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

(*omissis*)

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Nota-se, entretanto, que mesmo nesse caso, muito embora o texto obrigue a oitiva da Consultoria Jurídica, a sua manifestação não é de natureza vinculante, pois não é de aprovação. Assim, esse parecer seria de natureza **obrigatória**, cujo efeito para a promoção do ato é o mesmo do de natureza facultativa, ou seja, não obriga a autoridade a decidir na conformidade do parecer.

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. No entanto, jamais poderá “concordar” ou “discordar” com a escolha, uma vez tratar-se de ato puramente discricionário², ou seja, fora da 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.

6. 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 frequentes 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, dir-se-ia, 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 funções, assim como reconhecer a visceral importância e papel a cumprir nessa seara do serviço público. Nesse sentido, as manifestações, quando revestidas de boa técnica, permeadas da lógica do razoável, elaboradas com a inafastável e necessária independência técnica e em respeito à ética profissional, certamente, arrisco afirmar, terão cumprido superiormente sua função processual e estarão na conformidade do Direito.

REFERÊNCIAS

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

CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*, tome 1, 15^{ème} ed. Paris: Montchrestien, 2001

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

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime Jurídico da Advocacia Pública*, ed. Método, Vol I. São Paulo 2010

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

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

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e contratos Anotada*. 7ª ed., Curitiba: Zênite, 2009.

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

NOTAS

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

2 Ver: TCU, Decisão 439/98, Plenário.