

Título : A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O EXAME PRÉVIO DE LEGALIDADE DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

Autor : Luiz Cláudio de Azevedo Chaves

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O EXAME PRÉVIO DE LEGALIDADE DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

LUIZ CLÁUDIO DE AZEVEDO CHAVES

Pós-graduado em Direito Administrativo. Professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos (ENSUR) e da Escola de Administração Judiciária (ESAJ/TJRJ). Professor-convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio. Autor das obras *Curso prático de licitações: os segredos da Lei nº 8.666/93* (Lumen Juris); *Licitação pública: compra e venda governamental para leigos* (Alta Books); *Gerenciamento de riscos nas aquisições e contratações de serviços da administração direta, estatais e sistema “S”* (JML); *Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações: Lei nº 14.133/2021* (coautoria, JML). Palestrante, em âmbito nacional, sobre temas relacionados às contratações governamentais.

RESUMO

Jamais se negou a importância da atuação do advogado público no controle da legalidade dos atos administrativos, com especial relevo, aqueles relacionados aos atos de realização de despesa pública. O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, ainda vigente por mais dois anos, prevê como condição de regularidade processual que as minutas de editais e de contratos e afins sejam examinadas previamente e aprovadas por parecer jurídico. Tal condição sempre gerou controvertidos debates acerca do grau de responsabilização que o advogado público assumiria na hipótese de o gestor, com fulcro em seu parecer, viesse a realizar ato lesivo ao erário ou ilegal. A Lei nº 14.133/2021 veio aclarar alguns pontos sobre a matéria, trazendo um novo olhar sobre a atuação das Assessorias Jurídicas dos órgãos e das entidades do Poder Público.

Palavras-chaves: Licitação. Contratação Pública. Assessor Jurídico.

O PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA NA LEI Nº 8.666/1993

Uma mudança discreta, porém, importante, desenhou-se no texto sancionado pelo Presidente da República convertendo na Lei Federal nº 14.133/2021 o Projeto de Lei nº 4.253/2020, que trouxe a nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Trata-se do exame prévio de legalidade dos processos licitatórios, a cargo das assessorias jurídicas dos órgãos e entidades do Poder Público.

Em trabalho publicado anteriormente, já havia me manifestado acerca da importância que exsurge dessa função para a implementação das políticas públicas e ações de governo, uma vez que, para cada passo que o Gestor Público percorre (ou deixa de percorrer), uma de suas principais balizas é o parecer jurídico (CHAVES, 2014b).

No campo das contratações públicas, tal função ganhou contornos objetivos relevantes com a entrada em vigor da Lei Federal nº 8.666/1993, a qual impôs, como condição de eficácia do processo licitatório, a análise prévia e a aprovação do órgão consultivo jurídico, das minutas de editais, contratos e seus aditamentos. Tal obrigação não figurava na norma anterior, o Decreto federal nº 2.300/1986. O texto da Lei Geral de 1993 assim dispõe:

Art. 38.

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Com espeque nesse dispositivo, de alguns anos para cá, formou-se um debate na doutrina e na jurisprudência em torno da natureza jurídica dessa manifestação, bem como a extensão da responsabilidade do parecerista frente às suas orientações. Isso porque, como se lê da transcrição supra, o parecer a ser emitido pelo órgão jurídico da Administração seria de aprovação das minutas de editais, contratos, convênios e seus aditamentos. Surgiu, pois, a pergunta: o Gestor público, de posse do parecer formulado no exercício da competência do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, estaria obrigado a decidir nos termos propostos pelo parecerista? A doutrina clássica entende que não.

Gasparini (2012) e Hely Lopes Meirelles (2014) concordavam que o parecer tem caráter meramente opinativo e que não vincula a Administração ou os particulares, salvo se aprovado por ato subsequente (da autoridade administrativa), posição compartilhada por José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 139), que, indo mais além, entende que o parecer e a decisão subsequente consubstanciam “atos antagônicos” e que por isso, sequer podem ser emitidos pelo mesmo agente.

Di Pietro (2011, p. 241-ss), seguindo doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007), classifica o parecer em três espécies: *facultativo*, *obrigatório*, e *vinculante*, definindo-os da seguinte forma:

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 [...].

Já a Lei nº 9.784/1999 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 supratranscrita 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, notadamente, a do parecer *facultativo* e *obrigatório*. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001) fortalecem a tese de que vinculante é a *própria decisão* e, portanto, caracteriza o parecer que lhe deu causa 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. (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 140-141)

Por sua vez, o saudoso Carlos Pinto Coelho Motta (2008), abraçando doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 577), concorda com a existência, ainda que excepcional, de pareceres de natureza vinculativa,

Resta a hipótese do parecer vinculante em sua *acepção absoluta*, ou seja, a execução do ato pelo órgão não admite qualquer margem discricionária: deve cumprir exatamente o estabelecido no parecer, não lhe sendo permitido até mesmo o “deixar de agir”. Nesse caso, o parecer do órgão consultivo, extrapolando suas funções usuais consoante regência legal autorizadora, caracteriza:

(a) uma das partes de um ato complexo; ou

(b) ato ativo autônomo, identificado como autorização ou aprovação prévia. (MOTTA, 2008)

Em que pese haver divergência na doutrina quanto à sua existência, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MS nº 24.584, com fundamento no Voto-Vista do Min. Joaquim Barbosa, adotou a tese da existência do parecer *vinculante* e reconheceu que aquele emitido no exercício da competência do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 deve ser observado pelo gestor no que chamou de *décider sur avis conforme*. Em seguida, reafirmou tal entendimento no julgamento do MS nº 24.631, agora como Relator. No primeiro, o que se debatia era o chamamento do parecerista em razão de parecer emitido em ato de contratação direta; no segundo, o parecer era de aprovação de uma minuta de edital.

Mais recentemente, no julgamento do MS 29.137-DF, da Relatoria da Min. Cármen Lúcia, ficou assentado que a natureza *vinculante* do parecer jurídico somente se materializa quando a manifestação jurídica aponta vício de legalidade, ou seja, se o parecer indicar que determinada cláusula do edital deve ser readequada, sob pena de nulidade. Nesses casos, entendeu a Corte Suprema que o gestor se prende à manifestação e tem o dever de reparar o texto editalício; se, todavia, o parecer é de aprovação sem ressalvas, o gestor não é obrigado a dar seguimento ao processo, podendo até mesmo arquivá-lo.

Neste ponto, importa destacar que o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 somente se refere às minutas de editais, contratos, convênios e seus aditamentos; não faz referência aos atos de dispensa e inexigibilidade. Os requisitos formais de eficácia do processo de contratação direta estão descritos no art. 26, parágrafo único, do mesmo diploma legal:

Art. 26. [...]

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 visto, não se exige a emissão de parecer jurídico para os fins de eficácia da instrução de processos de contratação direta. E, assim sendo, quando emitido, assume natureza *facultativa*, salvo se houver, no órgão ou na entidade, norma específica com orientação diversa.

Para nossa análise comparativa, portanto, é importante fixar as seguintes premissas, com base na jurisprudência do STF: pela legislação atualmente em vigor, o parecer emitido a favor da minuta do edital (ou contrato, convênio ou aditamento) é de natureza *vinculante* apenas quando o parecer aponta ilegalidade; o parecer emitido nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, quando emitido, assume natureza *facultativa*.

CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE A LEI Nº 8.666/1993 E A LEI Nº 14.133/2021

Antes de avançar, é bom que se entenda que, no atual cenário, as duas normas licitatórias vão conviver até 1º de abril de 2023, conforme disposto no art. 193, inc. II, da Lei nº 14.133/2021. Segundo consta do citado dispositivo, caberá ao gestor fazer a opção do regime normativo a cada caso concreto. Mas ainda pesam discussões acerca da extensão dessa discricionariedade. Isso porque o art. 191 refere da seguinte forma:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Nota-se que a norma entrega ao gestor a discricção para realizar a licitação ou a contratação direta em uma ou outra lei. Isso significa que o Gestor poderá realizar, em um caso, uma Tomada de Preços (modalidade que não foi recepcionada na nova lei) e, em outro, optar por realizar uma dispensa de licitação em razão do valor observando o limite estabelecido no art. 75, inc. II, da nova lei.

Portanto, ao Gestor caberá optar por uma das três alternativas que se lhe apresentam, a saber: (a) aplicar a nova lei imediatamente; (b) manter-se no regime anterior durante o período de 2 anos; e (c) alternar os regimes a cada caso, ora adotando a nova lei, ora adotando a lei antiga.

No entanto, fica ainda a dúvida sobre as demais disposições que não sejam especificamente relacionadas às contratações (com ou sem licitação). Os capítulos relacionados aos Princípios, Fase Preparatória, Instrumentos Auxiliares da Licitação, em especial o Sistema de Registro de Preços e, por que não, a questão da atuação da Assessoria Jurídica no controle prévio de legalidade da contratação.

No intuito de buscar uma resposta a essa pergunta, em primeiro plano devemos entender como nosso sistema jurídico concebe a conjugação de normas.

O sistema adotado no Brasil é chamado de *sistema simultâneo* ou *sincrônico*. De acordo com esse sistema, a lei sempre entra em vigor na mesma data em todo o território nacional. Há, portanto, uma sincronia na entrada em vigor da lei, e o fundamento desse sistema é a segurança jurídica. Expirado o prazo da *vacatio*, caso tenha sido assim determinado expressamente na nova lei, esta entra imediatamente em vigor em todo o território nacional. Vigora, no Brasil, desde 1942.

Sobre o sistema pátrio de *vacatio*, Esclarece Fábio Vieira de Figueiredo (2020, p. 48-49) que:

Desse modo, temos quatro possibilidades distintas: a) lei com período de *vacatio legis* ordinário, b) lei com *vacatio legis* expressa, c) lei com data de entrada em vigor expressa e, por fim, d) lei que exclui período de *vacatio legis*. As leis com período de *vacatio legis* ordinário possuem duas ordens distintas de *vacatio legis*: quarenta e cinco dias como regra geral para a lei que entra em vigor no território brasileiro e três meses para leis brasileiras que entrem em vigor em território estrangeiro; As leis com *vacatio legis* expressas são aquelas em que o legislador faz constar expressamente qual o período de *vacatio legis* para a entrada em vigor da lei, deixando de lado o prazo geral de quarenta e cinco dias em território nacional ou três meses em território estrangeiro; As leis com data de entrada em vigor expressas são aquelas em que o legislador determina a data de entrada em vigor da lei, não deixando ao critério ordinário, nem mesmo fixando prazo para entrada em vigor, apenas determinando de maneira última a data precisa de entrada em vigor da lei. Podem existir, ainda, leis que excluem o período de *vacatio legis* e, nesses casos, ocorre a imediata entrada em vigor da lei na data de sua publicação. Os motivos que levam o legislador a optar por uma das quatro possibilidades são de conveniência e oportunidade, levando-se em consideração a repercussão atingida por aquela certa e determinada lei. Assim é que seria absolutamente destemperado por parte do legislador dar a uma lei como o Código Civil, por exemplo, pela importância e, portanto, grau de repercussão social que atinge, o prazo de *vacatio legis* ordinário de quarenta e cinco dias tendo sido conferido à respectiva lei o prazo de *vacatio legis* de um ano.

Mas, no caso da nova Lei de Licitações, não se pode dizer que está em período de *vacatio legis*, simplesmente porque a nova lei entrou em vigor na data de sua publicação. O que temos, nesse caso, é uma situação pouco ortodoxa no direito administrativo. Ao mesmo tempo em que a nova lei entrou em vigor na data de sua publicação, as leis licitatórias anteriores somente serão revogadas após decorridos dois anos.

Como regra, uma lei é produzida para que tenha vigência até que outra expressamente a revogue, desde que não tenha sido publicada com indicação de vigência temporária. É nesse sentido que o art. 2º da LINDB dispõe: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

A revogação de uma lei pode ser expressa ou tácita, nos casos em que uma nova lei entrar em conflito com aquela já em vigor. Para situações como essa, tem-se a redação do § 1º do dispositivo legal já transcrito: “§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Significa que, mesmo não tendo sido declarada revogada de forma expressa, se a lei nova regular por completo a matéria da anterior, esta perde imediatamente sua vigência.

Tudo isso considerado, penso que, em relação aos institutos que não digam respeito diretamente às modalidades licitatórias, critérios de julgamento e hipóteses de contratação direta, a nova lei é de aplicação obrigatória. Assim o será em relação às novas disposições sobre a atuação da Assessoria Jurídica no controle prévio da legalidade dos processos de contratação.

ANÁLISE DO PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA NA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

O sancionado, já com os vetos, traz novos contornos quanto às competências do órgão consultivo jurídico. Conta-se com a seguinte redação:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I – apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II – redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

III – (VETADO)¹.

§ 2º (VETADO)².

[...]

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

§ 6º (VETADO).³

Nota-se que a atribuição de controle prévio de legalidade permanecerá a cargo das Assessorias Jurídicas, porém, com um pouco mais de sofisticação, pois se ocupou de detalhar com mais precisão em relação à lei antiga as atribuições e as responsabilidades a cargo da assessoria jurídica.

Escopo do parecer jurídico na Lei Federal nº 14.133/2021

Já no *caput*, percebe-se maior precisão do que será o alvo da análise jurídica. Dúvida que sempre preocupou os assessores jurídicos dizia respeito a quais atos deveriam ser submetidos à sua análise. Com a nova redação, vê-se que a análise é de legalidade da *contratação*, ao passo que, na Lei nº 8.666/1993, a referência era de aprovação de minutas de edital, contratos e seus aditamentos. Conclusão disso é que, indubitavelmente, compete ao parecerista a análise de juridicidade de todo o processo de contratação. Deverá manifestar-se, obrigatoriamente, sobre todos artefatos de planejamento, além da minuta do edital, tais como termos de referência, projetos básicos, pesquisa de preços, estudos preliminares etc.

Por óbvio que a análise se prenderá aos requisitos de cunho técnico jurídico. A título de exemplo, não caberá ao Assessor concordar ou discordar da metodologia empregada para apuração do valor estimado da contratação (média mediana, uso de coeficiente de variabilidade), mas se a pesquisa apresenta dados razoáveis, se foi buscado o maior número de fontes e dados possível ou, se há justificativa para a coleta de poucos dados de precificação.

Requisitos do parecer jurídico

O § 1º apresenta quais devem ser os requisitos do parecer jurídico. Leia-se, requisitos mínimos, pois não seria possível esgotar quais temas deveriam ser submetidos à análise em virtude da enorme variação casuística dos processos de contratação.

O inciso I aponta que a manifestação deverá abordar a contratação a partir do estabelecimento de critérios objetivos, seguindo linha de prioridades. Isso exigirá planejamento do órgão consultivo jurídico. Essa medida é de excelente alvitre, muito embora dê um pouco mais de trabalho inicial, pois exigirá que a Assessoria Jurídica estabeleça tais critérios e como será avaliada a priorização de elementos e processos. Mas, ao cabo da conclusão desse trabalho prévio, haverá uma linha clara sobre que pontos deverão ser objeto de apreciação.

Outro cuidado que o parecerista deverá tomar é com a redação, que, segundo o inciso II, deverá apresentar linguagem simples e compreensível, além de clara e objetiva. Deverá ainda levar em consideração todos os pressupostos fáticos e jurídicos.

Por linguagem simples, não se entenda linguagem coloquial. O propósito é tornar a manifestação inteligível ao indivíduo de senso comum. Não raro, como é próprio do segmento, os textos jurídicos são excessivamente rebuscados, com excesso de utilização de jargões em latim, o que somente é compreensível para profissionais afetos ao meio jurídico. Deve-se optar por palavras e expressões que são mais comuns na língua portuguesa. Por exemplo, deve-se preferir *proibido* em vez de *defeso*; *desnecessário* no lugar de *despiciendo*. Aliás, o *por exemplo* é preferível ao *exempli gratia*.

Infelizmente, o inc. II recebeu o veto presidencial. Nele, estava previsto que a conclusão deveria ser apartada do corpo do parecer e que deveria apresentar orientações para cada tópico entendido como não conforme, além de exigir posicionamento conclusivo. As razões apresentadas ao veto não me pareceram suficientes. Justificou-se pelo fato de a redação supostamente violar o pacto federativo ao dispor sobre “organização administrativa e procedimento interno na Administração dos demais poderes da República”. Ora, por esses motivos, deveriam ter sido vetados todos os três incisos, pois guardam a mesma estrutura de orientação.

Não que serão retirados do advogado público sua independência técnica e seu estilo de redação. Mas, ao dispor sobre esse tema, a legislação avança no sentido de tornar os atos administrativos mais compreensíveis ao conjunto de administrados.

(Im)Possibilidade de rejeição do parecer

Houve-se por bem vetar o § 2º. O dispositivo afastava o caráter vinculante do parecer, pois admitia expressamente que a manifestação que desaprovava o ato poderia ser rejeitada.

Com o veto, fica mantida a linha jurisprudencial mais recente adotada no STF, conforme visto, no sentido de que o parecer que rejeita a minuta do edital é de caráter vinculante.

Outro desdobramento da redação desse parágrafo é o fato de que, ao dispor que o gestor que rejeitasse a manifestação ficaria exclusivamente responsável pelas eventuais irregularidades cometidas, carregava a ideia, a contrário senso, segundo a qual, nos casos em que o gestor viesse a adotar a manifestação do órgão consultivo jurídico de desaprovção do ato, o parecerista também assumiria, de modo solidário, a responsabilidade por eventual irregularidade.

Esse ponto foi o determinante para a oposição de veto a esse parágrafo. Nas justificativas, o Presidente da República assim dispôs:

No entanto, a interpretação do dispositivo pode levar a crer que o parecerista é corresponsável pelo ato de gestão, contrariando a posição tradicional da jurisprudência pátria e trazendo insegurança a atividade de assessoramento jurídico.

Ademais, o dispositivo desestimula o gestor a tomar medidas não chanceladas pela assessoria jurídica, mesmo que convicto da correção e melhor eficiência dessas medidas, o que pode coibir avanços e inovações.

A responsabilização do parecerista somente poderá ocorrer, a meu particular aviso, em duas situações: (a) nos casos em que o parecer recusar um ato que era juridicamente aceitável, se do acolhimento da rejeição sobrevir dano à Administração por ato antieconômico ou dano à sociedade; e (b) se da rejeição do ato, o parecer indicar outra solução (uma cláusula ou medida) e esta for considerada irregular. E, some-se a isso, o disposto no art. 28 da LINDB, que somente considera punível o ato do agente público que causar lesão à Administração Pública e que for realizado por via de erro grosseiro.

Análise prévia de legalidade dos atos da contratação direta e de adesões a atas de SRP

A redação do § 4º passa a dar, nas contratações diretas, o mesmo caráter da análise de juridicidade da contratação. Ou seja, os processos de contratação direta também deverão ser instruídos com parecer, e este terá natureza *obrigatória*.

Não tivesse sido vetado o § 2º, também para os casos de contratação direta o gestor poderia rejeitar o parecer desfavorável à contratação, o que seria altamente pernicioso, vez que daria guarida a contratações sem fundamentação jurídica e sem o devido e prévio procedimento licitatório.

No que se refere à sua natureza, entendo vinculante na hipótese de a manifestação ser contrária à adoção do afastamento ao dever de licitar.

Dispensabilidade do parecer jurídico

O § 5º carrega uma interessante, mas, no campo da responsabilidade administrativa, perigosa prerrogativa ao Assessor-Chefe (ou Diretor) da Assessoria Jurídica. Por ato próprio, poderá dispensar a análise jurídica de certos atos, considerando o volume da despesa, a baixa complexidade da matéria envolvida, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas-padrão de editais e contratos. Já é de praxe, por exemplo, em muitos órgãos e entidades, a desnecessidade do parecer jurídico nas dispensas de licitações em razão do valor (Lei nº 8.666/1993, art. 24, incs. I e II; Lei nº 14.133/2021, art. 75, incs. I e II).

Um bom exemplo é a hipótese de inscrição de servidor em curso ou evento aberto a terceiro⁴. Como se trata de objeto único, ou seja, cada evento é único e não renovável, não comporta cotejamento de propostas. Daí por que a contratação deve ocorrer por inexigibilidade de licitação, capitulada no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993⁵ (art. 74, *caput*, da Lei nº 14.133/2021).

Como, em muitos órgãos, o volume dessas contratações é bastante significativo, claro que a quantidade de processos a serem submetidos à análise jurídica também é elevada. Tratando-se de matéria massificada (vários processos para serem decididos pela mesma tese jurídica), o órgão consultivo jurídico pode elaborar um parecer no qual reconheceria ser hipótese de inexigibilidade de licitação a inscrição de servidores em cursos e eventos abertos a terceiros, o que tornaria dispensável, para esses casos, a ida dos autos ao órgão consultivo para fins de produção de parecer autônomo, tornando a contratação mais célere e desafogando as mesas de trabalho dos assessores jurídicos.

Com relação à utilização de minutas-padrão, é entendimento pacificado no Tribunal de Contas da União 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 próprio. Veja-se o seguinte precedente:

[...] 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

cauteladas, 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. (TCU, Acórdão nº 1.504/2005, Plenário, Processo nº 001.936/2003-1, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

É verdade que, em boa parte dos casos, os gabinetes das Assessorias Jurídicas ficam abarrotados de trabalho, sentindo maior dificuldade aquelas unidades que dispõem de poucos profissionais, sobrecarregando o órgão consultivo jurídico. Portanto, permitir que o Chefe do setor jurídico indique quais processos não exigirão a ida para análise jurídica autônoma é medida de boa gestão voltada a desafogar os gabinetes e, com isso, dar maior celeridade para a tomada de decisões. No entanto, vislumbro duas preocupações.

A primeira delas diz respeito ao uso de minutas-padrão de editais e contratos. Mesmo sendo utilizados tais instrumentos, a cada espécie de objeto poderá haver modificações significativas no corpo do edital, as quais necessitarão ser analisadas, e, não raro, com forte influência no caráter competitivo e no julgamento objetivo da licitação.

Por exemplo, ainda que haja cláusulas padrão para a exigência de amostra para fins de classificação da proposta, ao variar o objeto a ser adquirido com base nesse critério, a metodologia de teste e os resultados a serem obtidos exigirão adaptação da minuta-padrão, pois, sem o devido cuidado, poderão acabar por afastar a objetividade do julgamento ou até o caráter competitivo do certame. Assim, a assessoria jurídica deve ter muito cuidado ao dispensar a análise de minutas de edital mesmo nos casos em que se utilizam de minutas-padrão. Uma excelente saída é a aprovação do documento de referência (TR/PB), pois é ele quem trará as modificações casuísticas. Na prática, todavia, não haveria desafogo do setor jurídico, que receberá o mesmo número de processos. Mas, sem dúvida, facilitará sobremaneira a confecção do edital de licitação.

A outra preocupação diz respeito à eventual responsabilização do Assessor Jurídico por ato omissivo. Ao indicar que determinado ato estará dispensado de parecer jurídico, poderá, em sede de controle externo, vir a ser responsabilizado em razão de verificação de irregularidade de um ato promovido pelo gestor, que, segundo a norma, deveria ter sido submetida ao controle prévio de legalidade, mas, por ato do órgão jurídico, foi dispensado.

Responsabilização do parecerista

O § 6º previa a responsabilização do parecerista nos casos em que agir com “dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico”. O veto presidencial a esse dispositivo foi muito bem-vindo. Em primeiro lugar, porque o texto apresentava vício de linguagem consubstanciado em redundância, uma vez que aquele que fraudava o processo, obrigatoriamente age com dolo.

No campo do direito civil, dolo, segundo De Plácido e Silva (2004), é a expressão indicada para “toda espécie de artifício, engano, ou manejo, com a intenção de induzir outrem à prática de um ato jurídico, em prejuízo deste e proveito próprio ou de outrem”. Ainda segundo o autor, no campo penal, dolo “é o desígnio criminoso, a intenção criminosa em fazer o mal, que se constitui em crime ou delito, seja por ação ou por omissão”. Da mesma obra ora citada, retiramos o conceito de fraude, a saber: “é o engano malicioso ou ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever”.

Assim, as expressões, da forma como foram utilizadas, atraem o mesmo sentido, não havendo distinção entre elas.

Em segundo lugar, porque a atividade de advocacia pública ou privada já conta com diversas outras disposições acerca de sua responsabilização profissional. Liste-se a Lei nº 8.906/1994; o art. 184 do CPC; e, para os profissionais da Advocacia-Geral da União, também na Lei nº 13.327/2016). Aliás, essa foi a principal razão do veto presidencial a esse parágrafo. Tem-se, ainda, o disposto do já mencionado art. 28 da LINDB⁶.

Portanto, também será responsabilizado o parecerista (como qualquer outro agente público) se, na emissão de parecer, agir também com erro grosseiro. De notar que erro grosseiro é um conceito

completamente distinto do dolo (ou fraude), pois, naquele, não há malícia nem vontade livre e consciente de causar prejuízo a quem quer que seja, tampouco locupletar-se.

O erro grosseiro é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave, assim considerado aquele em que o agente poderia perceber com diligência abaixo do normal.

Seria erro grosseiro, por exemplo, um parecer de aprovação de uma minuta de edital em que o termo de referência, ao especificar as características técnicas do produto ou equipamento, indicar marca específica sem a devida justificativa técnica. Mas, caso houvesse justificativa nos autos, não seria considerado erro grosseiro do parecerista se ele não perceber que a justificativa era tecnicamente inconsistente, pois, para isso, necessitaria também ser especialista no objeto da contratação.

O Tribunal de Contas da União aplicou multa ao parecerista em hipótese na qual a minuta do edital foi aprovada, porém sem que o processo fosse instruído com a pesquisa de preços que deu causa ao estabelecimento do valor estimado da contratação:

[...] Cumulativamente ao débito também foi imposta ao Sr. [...] multa no valor de R\$20.000,00, em decorrência da constatação das seguintes irregularidades: ausência de pesquisa de preços [...]. A simples cotação de preços máximos nos editais de licitação não é prova de que tenha sido realizada pesquisa de preço. Aliás, a existência comprovada de superfaturamento na licitação torna óbvio que os valores lançados no edital não poderiam ter resultado de uma pesquisa de preços autêntica. VISTOS, [...] julgou irregulares as contas do responsável, imputando-lhe débito decorrente da prática de superfaturamento na aquisição de equipamentos hospitalares com recursos recebidos por meio dos Convênios nº 1.718/97 e 1.839/97, firmados com o Fundo Nacional de Saúde – Funasa, bem assim imputou-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92 pela prática de inúmeras irregularidades relativas à execução dos mencionados convênios. (TCU, Acórdão nº 1.498/2005, Plenário)

CONCLUSÕES

De tudo que foi visto, pode-se perceber que houve certo avanço em termos normativos com relação às atribuições e às competências da Assessoria Jurídica no controle prévio de legalidade dos processos de contratação, com ou sem licitação.

A possibilidade de excluir da apreciação obrigatória certos atos conferirá maior dinamismo e desafio de trabalho nos gabinetes das assessorias jurídicas, mas deve ser feita com cautela, a fim de que a autoridade jurídica máxima não atraia responsabilização por ato omissivo, mesmo nos casos em que se utilizam de modelos-padrão de minutas de editais e contratos, dadas as variáveis que podem surgir de um objeto para outro.

Os vetos aos dispositivos que retiravam o caráter *vinculante* do parecer permitiram evitar que o Gestor se investisse de maior poder de decisão, o que, diante da falta de maturidade e dos graves e crônicos casos de corrupção e atos antieconômicos que todos os dias estampam as manchetes da mídia, mostraram-se corretos.

REFERÊNCIAS

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

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU. *Revista do TCU*, Brasília, n. 129, jan./abr. 2014a.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. O exercício da função de assessor jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades *Revista JML de Licitações e Contratos*, Curitiba: JML, v. 31, 2014b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

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

FIGUEIREDO, Fábio Vieira de. *Manual de direito civil*. 2. ed. Jus Pudivm, 2020.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Cautelas para formalização de parecer jurídico. *Âmbito Jurídico*, 31 maio 2008. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/cauteladas-para-formalizacao-de-parecer-juridico/#_ftn12. Acesso em: 20 out. 2021.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 25. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. São Paulo: Forense: 2004.

¹ “Dar especial atenção à conclusão, que deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação, a fim de permitir à autoridade consulente sua fácil compreensão e atendimento, e, se constatada ilegalidade, apresentar posicionamento conclusivo quanto à impossibilidade de continuidade da contratação nos termos analisados, com sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequá-la à legislação aplicável.”

² “O parecer jurídico que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderá ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.”

³ “O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo.”

⁴ Sobre o tema, vide nosso artigo em: CHAVES, 2014a.

⁵ Para as estatais, art. 30, *caput*, da Lei nº 13.303/2016; para as entidades do Sistema S, art. 10, *caput*, do Regulamento de Licitações e Contratos.

⁶ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Como citar este texto:

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. A Nova Lei de Licitações e Contratos e o exame prévio de legalidade dos processos de contratação. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 11 nov. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.