

PARECER DE APRECIÇÃO E APROVAÇÃO JURÍDICA DAS MINUTAS DE EDITAIS LICITATÓRIOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – OBRIGATÓRIO OU VINCULATIVO?

SIDNEY BITTENCOURT

A questão da avaliação jurídica do edital licitatório tem causado discussões de toda a ordem. Trata-se de exigência da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão, consoante o preconizado no parágrafo único do art. 38.

Dita a regra legal que as minutas de editais, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes deverão ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Calha chamar atenção, preliminarmente, para a expressão “minutas”. Nem seria necessário o auxílio de um dicionário para concluir que se trata da avaliação de uma espécie de rascunho, ou seja, de um trabalho ainda em fase inicial. Para não haver dúvida, segundo o dicionário Michaelis, trata-se da “primeira redação escrita de um documento oficial; rascunho”.¹ Não obstante, temos notado a imperiosa solicitação de setores jurídicos de verdadeiros processos, numerados, assinados etc., ou seja, com todas as vestes de um documento final, numa demonstração flagrante de exacerbação da determinação legal, estranhamente sem contestações maiores das unidades administrativas (essa tem sido uma exigência, por exemplo, dos Núcleos de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral da União).

Com relação ao parecer jurídico, impende o reconhecimento de que a regra tem como finalidade, é claro, evitar a descoberta de defeitos *a posteriori*, situação que, não raro, demandaria a invalidação do documento. Nesse diapasão, fundamentado na ideia de que a aprovação pela assessoria jurídica não se trata de formalidade que se exaure em si mesma, Marçal Justen afirma, com justa razão, que o essencial é a regularidade do ato, não a aprovação da assessoria jurídica. Sustenta o jurista, aliás, que a ausência de observância do disposto no parágrafo único (apreciação e aprovação jurídica) não é causa autônoma de invalidade da licitação.²

A nosso ver, a apreciação jurídica é requisito obrigatório para validade jurídica do edital ou contrato. Nesse sentido, entre outras abalizadas palavras, as lições de Ari Sunfeld:

(...) o órgão jurídico deve aprovar as minutas, o que lhe confere um poder decisório pouco usual nas atividades consultivas. A medida, radical, visa a assegurar ao máximo a observância do princípio da legalidade, tão desprezado pela Administração Brasileira.³⁻⁴

Todavia, apesar de emissão obrigatória, o parecer não necessariamente deverá ser seguido pela Administração. Marçal Justen, da mesma forma, considera que o descumprimento da regra do parágrafo único não nulifica o procedimento se o edital ou o contrato não possuía vício, posto que configurar-se-ia tão-somente a responsabilidade funcional para os agentes que deixaram de atender à formalidade.⁵⁻⁶

Recentemente, julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) adentrou na seara dos pareceres jurídicos emitidos para orientação dos administradores públicos, tendo-os

categorizados de acordo com sua obrigatoriedade em relação à observância pelo administrador público e pela necessidade de constarem no processo administrativo. O julgador fez distinção de pareceres, distinguindo-os como facultativos, obrigatórios e vinculantes. De acordo com a decisão da Corte Suprema, quando a consulta for facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, pois seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; na hipótese de consulta obrigatória, a autoridade administrativa vincula-se 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; quando, por fim, a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.⁷

Consoante temos asseverado – com manutenção após o julgamento da Corte Maior – os pareceres referentes aos editais e contratos se alojam nos casos de pareceres obrigatórios, tendo o agente público liberdade para não cumprir a opinião do parecerista, podendo emitir o ato da forma que foi submetido à consultoria, sendo obrigado, entretanto, caso pretenda praticar o ato de maneira diversa da apresentada, a submetê-lo a novo parecer. Há, por conseguinte, total liberdade de ação da Administração para adotar o ato apresentado ao parecerista, não podendo, todavia, alterá-lo da forma em que foi submetido à análise jurídica, exceto se pedir novo parecer.⁸

É o que também colaciona o magistrado e doutrinador Jair Santana, considerando o previsto no § 2º do art. 42 da Lei nº 9.784/99, o qual estabelece que, se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado (o *caput* do artigo determina o prazo máximo de quinze dias), o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento:

Seja como for, o parecer do assessor jurídico, entretanto, via de regra não tem caráter vinculativo, não estando a Administração Pública obrigada a segui-lo, desde que tenha respaldo legal. Tanto é verdade, que, se o assessor jurídico não respeitar o prazo fixado no *caput* do artigo 42, deve a autoridade superior valer-se do disposto no § 2º do mesmo artigo, e dar prosseguimento ao certame. A não vinculação do parecer jurídico explica-se pelo fato de que o mencionado documento é opinião técnica, que visa nortear o administrador público na escolha da melhor conduta.⁹

Realmente, como observa o jurista, a doutrina tem encontrado dificuldades para distinguir entre pareceres vinculantes e não vinculantes. Adilson Dallari e Sérgio Ferraz, em trabalho minucioso, assentiram que é deveras complicado entender a distinção “pois parecer vinculante não é parecer: é decisão”.¹⁰

Ainda sobre a matéria, continua o magistrado:

Devemos lembrar, no entanto, que o parecer é peça obrigatória do procedimento. Embora sua ausência não gere a nulidade daquele, seu conteúdo tem papel relevante, pois orienta o administrador, conferindo base jurídica ao edital. A ausência ou deficiência de regras claras a propósito da atuação do assessor jurídico tem, não raro, repercussões negativas de toda ordem, (...).

Como é cediço, o parecer constitui ato pelo qual os órgãos consultivos emitem opinião sobre assuntos de sua competência. Consubstanciam, portanto, pontos de vista, integrando o processo de formação do ato. A não vinculação do parecer jurídico explica-se, portanto, pelo fato de que se constitui apenas em opinião especializada que objetiva nortear o agente público na escolha de conduta.

No caso do parecer referente à análise jurídica da minuta do edital/contrato, entendemos que ele é peça processual, muito embora sua ausência não determine a nulidade.

Com idêntico entendimento, o Advogado da União e doutrinador Ronny Charles:

Realmente, o parecer emitido pelo órgão de assessoria jurídica serve para a orientação da decisão adotada pelo consulente, sendo também instrumento de verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados à gestão de recursos públicos. Contudo, embora o legislador tenha inovado, em relação ao que era prescrito pelo Decreto-Lei 2.300/86, tratando de "aprovação" das minutas, não nos parece que o prévio exame se caracterize como ato-condição, sem o qual perca validade a relação contratual pactuada.¹¹

Afirmando, de forma taxativa, que os pareceres têm natureza opinativa, de caráter obrigatório, porém não vinculante, tratando exatamente da questão das apreciações das minutas de editais e contratos, é interessantíssima a observação do jurista:

Essa assertiva é confirmada pela prática administrativa, já que ocorrem contratações ou publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos autos ao órgão competente pelo assessoramento jurídico, para emissão de parecer, sem que isso cause necessariamente a anulação ou invalidação dos atos administrativos, pelos órgãos de controle.

Se admitíssemos o parecer jurídico como vinculante, seria inequívoca a constatação de que todas as licitações, contratações, aditamentos e alterações contratuais, que prescindiram de tal manifestação, seriam inválidas. Mais ainda, significaria, a teor do § 1º acima transcrito, que todos esses procedimentos apenas poderiam ter continuidade após a emissão do parecer jurídico, imposição abundantemente desmentida pela realidade fática, sendo, infelizmente, comum a realização de aditamentos contratuais sem a prévia oitiva ao órgão de assessoramento jurídico.

Em função do exposto, concluímos, trazendo à colação vetusto ensinamento do saudoso mestre Oswaldo Bandeira de Mello – mantido na íntegra na oportuna decisão antes mencionada do STF –, que o parecer emitido pelas consultorias jurídicas referentes às minutas de editais licitatórios e aos acordos administrativos enquadram-se efetivamente na categoria de obrigatórios, e não vinculantes, devendo ser encarada como obrigatória apenas a solicitação:

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante).¹²

¹ Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=minuta>>.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. Dialética, p. 378.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. p. 95.

⁴ As decisões do TCU convergem nesse sentido, sempre indicando a observância da obrigatoriedade do exame e aprovação de minutas de editais e de acordos pela Assessoria Jurídica do órgão, ante o que dispõe o parágrafo em comento (Exemplos: decisões n.ºs 107/95-2, 359/95-P, 319/96-P, 167/96-1, 91/97-P, 584/97-1, entre outras).

⁵ Parte preponderante da doutrina especializada considera que a falta de aprovação jurídica, em si, pode não caracterizar vício, uma vez que o edital e o contrato, mesmo sem o aval do setor jurídico, podem estar corretos, o que levaria ao entendimento de que a inobservância ao disposto no parágrafo não seria causa de invalidação.

⁶ É voz corrente na melhor doutrina que o parecer jurídico não vincula o administrador público, uma vez que se trataria de mera opinião a ser adotada ou não. Neste ponto, inclusive, já se manifestou o STF: “(...) o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. (STF, MS n.º 24.073/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 31.10.2003.)

⁷ STF, MS n.º 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 31.01.2008.

⁸ Diante dos termos da Lei n.º 8.666/93, haverá de surgir entendimentos no sentido de que a apreciação jurídica dos editais se enquadraria nos casos de pareceres vinculantes. Relembramos, todavia, que doutrina de peso entende não existir no ordenamento jurídico brasileiro hipóteses de pareceres dessa categoria, como, por exemplo, a administrativista Maria Sylvania Di Pietro, “(...) dizer que a autoridade pede um parecer e é obrigada a curvar-se àquele parecer, eu confesso que não conheço exemplos aqui no Direito brasileiro”. (DI PIETRO, Maria Sylvania. *Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública*. BDA, NDJ, p. 6. jan. 2008.)

⁹ SANTANA, Jair. *Pregão presencial e Eletrônico*. 2. ed. Fórum, p. 311.

¹⁰ DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. Malheiros, p. 125.

¹¹ CHARLES, Ronny. *Leis de licitações públicas comentadas*. 2. ed. Jus Podivum, p. 145.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *Princípios gerais de direito administrativo*. Forense, 1979. p. 575.