



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Responsabilidade do Assessor Jurídico em Pareceres sobre Editais de Licitação

Beatrice Santa Maria Charpentier

Rio de Janeiro
2014

BEATRICE SANTA MARIA CHARPENTIER

A Responsabilidade do Assessor Jurídico em Pareceres sobre Editais de Licitação

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A RESPONSABILIDADE DO ASSESSOR JURÍDICO EM PARECERES SOBRE EDITAIS DE LICITAÇÃO

Beatrice Santa Maria Charpentier

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada. Assistente Jurídica da Secretaria de
Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A responsabilidade do advogado é regulada pelo Estatuto da Ordem dos Advogados. Será de natureza subjetiva a responsabilidade do advogado que agir com dolo ou culpa. A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, artigo 38, parágrafo único, impõe que as minutas de editais de licitação serão analisadas por assessoria jurídica. Doutrina diverge sobre a natureza opinativa ou vinculativa do parecer emitido por assessor jurídico sobre editais de licitação. A responsabilidade do assessor jurídico é subjetiva. Há entendimento do Supremo Tribunal Federal que defende a responsabilidade solidária do assessor jurídico.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações. Editais e Contratos. Exame Jurídico.

Sumário: Introdução. 1. Considerações sobre a Responsabilidade do Advogado à luz do Estatuto da Advocacia. 2. As Atribuições do Assessor Jurídico nos Processos de Licitação. 3. A Responsabilidade do Assessor Jurídico em Pareceres sobre Editais de Licitação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da responsabilidade de operador do direito que atua na função de assessor jurídico nos quadros da Administração Pública e realiza o exame das minutas de editais de licitação.

Como restará demonstrado, orbitam no ordenamento jurídico entendimentos opostos acerca da correta extensão da responsabilidade desse profissional, sendo possível constatar pensamento que prega a responsabilidade por atuação do advogado com dolo ou culpa e, por outro lado, corrente que defende a responsabilização solidária desse profissional.

Inaugura-se o trabalho com a exposição da opção do legislador, o qual impõe penalidades ao advogado, exclusivamente, quando esse atua com dolo ou culpa no exercício de suas funções, mediante apuração de eventuais prejuízos causados no caso concreto.

Em seguida, são abordadas as atribuições do assessor jurídico, ao emitir pareceres sobre editais de licitação, e apresentadas as teses acerca da natureza do ato mencionado, já que a doutrina se divide entre o caráter opinativo ou vinculativo do parecer que examina edital de certame licitatório.

Ao final, demonstra-se que no plano prático são cometidos abusos na aplicação de sanções em face de assessor jurídico que atua no controle interno de legalidade dos certames licitatórios, visto que a responsabilização solidária de assessor jurídico é admitida por operadores do direito que atuam na área.

Portanto, o principal objetivo do trabalho é comprovar que a responsabilização solidária não representa a correta interpretação das normas jurídicas que circundam o tema, pois o parecer emitido por assessor jurídico, no âmbito de procedimento instaurado para realização de licitação, ostenta natureza opinativa, como defende doutrina de peso no campo do Direito Administrativo.

1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO À LUZ DO ESTATUTO DA ADVOCACIA

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o advogado é considerado indispensável à administração da justiça, como disposto no artigo 133 da Constituição da República de 1988, o que revela a importância do papel jurídico por ele desempenhado, no âmbito do Estado Democrático de Direito em que se vive atualmente.

Por merecer do Constituinte tal função, o advogado deverá atuar com zelo e eficiência no exercício de sua profissão, já que, ao receber instrumento de mandato com

poderes para representar a parte em determinado caso, assume o compromisso de empregar esforços para alcançar a melhor solução jurídica em favor do outorgante.

Não há dúvidas de que a relação entre os advogados e seus clientes é essencialmente de confiança, sendo dever de ambas as partes agir munidas de boa-fé no curso de tal relação, à luz do princípio da eticidade, consagrado expressamente no artigo 422 do Código Civil.

Oportuno citar que o Paulo Luiz Netto Lobo¹, ao analisar os termos do Estatuto da Advocacia, assevera que além da responsabilidade disciplinar, o advogado responde civilmente pelos danos que causar ao cliente, em virtude de dolo ou culpa.

Em primeiro lugar, ao pensar nos casos em que o advogado não atua de forma diligente, o legislador no artigo 32, inciso VIII, do Estatuto da Ordem dos Advogados, dispõe sobre sua responsabilização em razão de atuação com dolo ou culpa.

Portanto, o legislador estabeleceu que a responsabilidade do advogado, em regra, será de natureza subjetiva, pois será necessária a comprovação de que o profissional agiu de forma dolosa ou culposa em determinado caso concreto.

Assim, tal como se verifica em outros institutos jurídicos, de acordo com Sílvia Vassilieff², a culpa nos casos da responsabilização do advogado poderá se apresentar de 03 (três) formas: como negligência, imprudência ou imperícia.

A referida autora defende em sua obra que a culpa se corporifica no ato ilícito, com a violação de obrigação preexistente, obrigação esta que pode ser moral, legal, contratual ou, ainda, obrigação geral de não prejudicar.

Quanto ao dolo, este representa o desejo intencional do agente de alcançar resultado específico ou até mesmo de assumir os riscos provenientes de sua conduta, que possam ensejar o resultado imaginado.

¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 171.

² VASSILIEFF, Sílvia. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 132.

Logo, demonstrada a inépcia profissional proveniente de atuação culposa ou dolosa, o advogado deverá responder pelo ato ilícito praticado, desde que presentes o nexo causal e o efetivo prejuízo decorrente de sua conduta.

Os prejuízos causados podem ser de ordem moral ou material, levando-se em consideração para aplicação da quantia a ser ressarcida a título de danos morais, por óbvio, o princípio da razoabilidade implícito na Constituição da República de 1988.

Além disso, o Poder Judiciário brasileiro importou do direito francês a Teoria da Perda de uma Chance, a qual já fora aplicada em algumas ocasiões de responsabilização de advogados que se omitiram e, por consequência, impediram o alcance do resultado almejado por seus clientes.

O Superior Tribunal de Justiça³ já aplicou a referida teoria em julgado sobre o tema, conforme divulgado no Informativo nº 456 daquela Corte:

A teoria de perda de uma chance (perte d'une chance) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal a quo, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o quantum indenizatório segundo seu livre arbítrio.

Sendo assim, quando o advogado frustra pretensão de seu cliente, ao se omitir no exercício de sua função, abrirá azo para fixação de indenização por eventuais danos causados,

³ BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.190.180/RS Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1190180&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 06 mai. 2014.

os quais deverão ser devidamente particularizados, uma vez que sua responsabilização não se opera de forma automática, como ressalta o ministro relator no julgado acima colacionado.

Dessa forma, nota-se que foi respeitado pela Corte Superior o regramento imposto pelo legislador acerca da responsabilidade subjetiva do advogado, mesmo com a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance.

Outro ponto relevante acerca do tema se relaciona com a responsabilidade dos advogados que figuram como sócios de determinada sociedade, conforme o artigo 17 do Estatuto da Advocacia que dispõe sobre o assunto:

Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.

Pela literalidade do dispositivo citado, os advogados que figuram como sócios de determinada sociedade serão penalizados de forma mais rigorosa, pois responderão ilimitadamente, porém persistirá a subjetividade contida no artigo 32 do mesmo diploma legal.

Paulo Luiz Neto Lôbo⁴, ao comentar o teor do referido dispositivo, tece as seguintes considerações:

A responsabilidade civil dos sócios pelos danos que a sociedade coletivamente, ou a cada sócio ou advogado empregado individualmente, causarem, por ação ou omissão no exercício da advocacia, é solidária, subsidiária e ilimitada, independente do capital individual integralizado. Os bens individuais de cada sócio respondem pela totalidade dessas obrigações. É nula a cláusula do contrato social que estabelecer qualquer tipo de limitação à responsabilidade dos sócios, para tal fim.

Como brevemente citado acima, o Estatuto da Advocacia contempla, ainda, em seu artigo 34 as hipóteses de responsabilização disciplinar do advogado, em virtude de infrações cometidas no exercício da profissão.

Lembre-se que nesses casos o advogado responderá perante a Ordem dos Advogados do Brasil em processo disciplinar a ser instaurado, no qual devem ser oportunizadas ao

⁴ LOBO, op. cit., p. 102

profissional, obviamente, as garantias do devido processo legal, em atenção ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Diante do exposto, pode-se constatar que o Estatuto da Advocacia se preocupou em abordar a responsabilização do advogado em relação ao seu cliente, bem como frente à Instituição que regula a profissão do causídico.

Frise-se que o intuito desse procedimento é obstar a repetição de práticas que contrariem o comportamento probo cujo advogado deverá ostentar, em respeito aos valores consagrados pela Instituição a que se vincula.

Resta claro, portanto, que ambos os meios de responsabilização impostos pelo legislador no Estatuto da Advocacia podem ser colocados em prática concomitantemente, já que, a nosso ver, tutelam bens jurídicos diversos.

Com efeito, partindo da premissa de que o advogado exerce múnus público, a responsabilização perante seu órgão de classe parece estar em consonância com o princípio da moralidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

Nos dias atuais, muito se discute sobre a necessidade de uma atuação mais rigorosa da Ordem dos Advogados do Brasil ao punir os causídicos, já que não é muito comum os operadores do direito tomarem ciência de que colegas de profissão vêm sofrendo as punições do artigo 35 do Estatuto da Advocacia.

Isso porque, a Ordem dos Advogados do Brasil tem como finalidade, especialmente, promover a disciplina dos advogados, conforme artigo 44 do Estatuto da Advocacia⁵ cujo teor segue abaixo colacionado:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

⁵ BRASIL. Lei n. 8.096, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.

É certo que o controle mais severo por parte da Ordem dos Advogados do Brasil poderia refletir em uma diminuição de ilícitos praticados por advogados e na prevenção de casos de responsabilização dos profissionais em âmbito judicial, o que tornaria até mesmo o Poder Judiciário mais célere.

2 - AS ATRIBUIÇÕES DO ASSESSOR JURÍDICO NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO

É certo que o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, estabelece que as minutas de editais de licitação, bem como a de contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Com efeito, a opção do legislador tem o escopo de atender plenamente o Princípio da Legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, a fim de garantir que editais e contratos não possuam cláusulas que violem o texto legal.

Na visão de Marcos Juruena Villela Souto⁶, a expressão “assessoria jurídica” deve ser conceituada como órgãos jurídicos competentes, definidos de acordo com estado federado.

Todavia, cumpre ressaltar que na referida passagem o autor deixa clara a possibilidade de contratação de advogados externos, caso não exista órgão jurídico ou advogados especializados.

⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.41.

Frise-se que o exame pelo órgão de assessoramento jurídico deve ser prévio, ou seja, durante a fase interna do certame, com envio dos respectivos autos do procedimento administrativo cujos instrumentos de edital e contrato foram elaborados.

Assim, é dever da assessoria jurídica analisar minuciosamente os aspectos legais relativos ao certame licitatório, verificando o cumprimento pela Administração das regras próprias de cada modalidade de licitação, como, por exemplo, do Pregão Eletrônico, da Concorrência e da Tomada de Preços.

Atualmente, em razão das relevantes inovações instituídas pela Lei nº 10.520 de 2002, a modalidade de licitação denominada Pregão tem sido adotada com mais frequência pela Administração, o que resulta em exame jurídico reiterado de editais e contratos que abarcam as eficientes regras inerentes ao Pregão, em especial, ao tipo eletrônico.

Portanto, ao se referir ao exame das minutas de edital e contrato, entende-se que o texto legal não se restringe apenas aos instrumentos citados, pois requer do assessor jurídico, ainda, a prévia análise dos atos realizados na fase interna do certame licitatório até o encaminhamento dos autos para emissão de parecer.

Dessa forma, a elaboração de Termo de Referência dos bens ou serviços pretendidos, a apresentação de justificativa da contratação e a correta realização de pesquisa mercadológica devem ser analisadas pelo assessor jurídico, a fim de que seja verificado o cumprimento dos princípios envolvidos, tais como a vantajosidade e a competitividade, à luz do artigo 3º da Lei nº 8.666 de 1993⁷.

As conclusões e recomendações exaradas pela Assessoria Jurídica, quanto aos instrumentos e procedimentos analisados, serão formalizadas em parecer jurídico a ser proferido nos autos do procedimento administrativo próprio.

⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014

A propósito, o doutrinador Lucas Rocha Furtado⁸ ressalta a necessidade de correta delimitação da função exercida pelo órgão de assessoramento jurídico nestes casos:

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.

Dito isso, inicia-se a abordagem do ponto sensível acerca do tema que aqui se expõe: se o parecer emitido pelo assessor jurídico possui natureza vinculativa, a fim de basear a decisão do Administrador Público em certames licitatórios, ou se representa mero opinamento.

Inicialmente, é preciso destacar que há divergência doutrinária sobre o tema no atual cenário jurídico, pois autores consagrados como Marçal Justen Filho, Marcos Juruena Villela Souto e Maria Sylvia Zanella di Pietro possuem entendimentos conflitantes acerca da natureza opinativa ou vinculativa do parecer jurídico.

O primeiro autor citado acima, Marçal Justen Filho⁹ advoga a tese de que a natureza é vinculativa, como demonstram trechos de sua obra abaixo colacionados:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo o que foi praticado. (...) A manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos.

Por outro lado, o então Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Juruena Villela Souto¹⁰ defendeu em sua obra que não há ato decisório no parecer de assessor jurídico, mas mero opinamento, razão pela qual, em regra, ele não poderá ser responsabilizado, salvo em caso de culpa ou dolo, pois os contratos que vierem a ser reputados lesivos dependem de ato cuja autorização cabe aos autorizadores da despesa.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 215.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

¹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 39-43.

No mesmo sentido, defende a autora Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹ que o parecer representa mero opinamento e não pode se associar o emitente do ato como autor dos atos decisórios no âmbito de certames licitatórios, ao contrário do que acredita o autor paraense citado em primeiro lugar.

Nota-se que a visão de Maria Sylvia Zanella di Pietro está em harmonia com os dispositivos legais do Estatuto da Ordem dos Advogados, conforme abordado no capítulo inicial do presente trabalho.

Feitas tais considerações sobre o tema, com amparo em doutrina de peso acima exposta, defende-se, no âmbito do presente trabalho, a natureza opinativa do parecer emitido por assessor jurídico sobre editais de licitação, o que se leva a crer que a responsabilidade de tal profissional deve ocorrer em sintonia com o Estatuto da Ordem dos Advogados.

Não resta dúvida de que a divergência de opiniões doutrinárias sobre o tema enseja grande sensação de insegurança jurídica entre os profissionais do ramo, visto que as decisões das Cortes de Contas e do Poder Judiciário ora se baseiam em posicionamento que defende a natureza opinativa, ora são fundamentadas em entendimento acerca do caráter vinculativo do parecer jurídico.

Não se pode admitir que a análise de responsabilidade do profissional do direito seja meramente casuística, pois isto violaria direitos básicos do advogado como cidadão, como a segurança jurídica, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, bem como afrontaria o princípio da legalidade também constitucionalmente previsto.

A importância acerca da natureza opinativa ou vinculativa do parecer se desdobra em outro tópico a ser abordado no presente trabalho, especificadamente no terceiro capítulo, qual seja, a responsabilização solidária do autor do parecer com as autoridades que celebram os contratos lesivos à Administração Pública.

¹¹ DI PIETRO apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 41.

3 - A RESPONSABILIDADE DO ASSESSOR JURÍDICO EM PARECERES SOBRE EDITAIS DE LICITAÇÃO

Como já exposto, defende-se a natureza opinativa do parecer proferido por assessores jurídicos acerca de editais e contratos em certames licitatórios, o que desdobra, logicamente, na constatação de que o parecerista apenas responderá no caso de agir com culpa ou dolo.

Marcos Juruena Villela Souto¹² expõe de forma clara o tema ora abordado:

Ora, não sendo o Direito uma ciência exata, e sim humana, que exige atuação do intérprete para sua concretização, o risco de um opinamento que não agrade a todos os segmentos é total, mormente em sede de Administração Pública, cujos atos são atualmente sujeitos a uma apreciação pública.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal em acórdão paradigmático¹³ já se pronunciou de forma conservadora acerca da controvérsia, impondo responsabilidade solidária aos assessores jurídicos decorrentes de pareceres proferidos por força do artigo 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Em outro julgado sobre o tema, o Ministro Joaquim Barbosa¹⁴ mitiga a aplicabilidade do Estatuto da Advocacia e conclui até mesmo que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo o transforma em administrador, na hipótese de emissão de parecer jurídico vinculante.

Ora, é certo que o Supremo Tribunal Federal vem aplicando entendimento cuja legislação atual não está em sintonia, visto que, pela ótica estritamente legal, não há previsão

¹² SOUTO, op. cit., p.42 e 43.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. n. 24584-1/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 08 mai. 2014.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. n. 24631-6 DF Relator Ministro Joaquim Barbosa. 09 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 08 mai. 2014.

em Lei a respeito de solidariedade de responsabilidade do assessor jurídico por emissão de pareceres em matéria de editais de licitação.

Logo, não há dispositivo legal que ampare entendimento acerca da solidariedade do assessor jurídico, razão pela qual se constata que os fundamentos do Supremo Tribunal Federal merecem ser revistos em próximas oportunidades cujo presente tema seja discutido.

Vale lembrar que a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 15 de 1980, em seu artigo 97 dispõe expressamente que o Procurador do Estado será responsável quando no exercício de sua função atuar com dolo ou culpa, seguindo a linha do Estatuto da Advocacia.

Sendo assim, há que se defender que a responsabilidade do assessor jurídico é subjetiva, pois depende de análise da conduta do referido profissional à luz do Estatuto da Advocacia, a fim de que seja apurado se o assessor agiu com culpa ou dolo ao proferir o referido parecer.

Não se pode admitir que, ao analisar minutas de editais de licitação, o parecerista automaticamente se torna responsável pelo sucesso do certame, o que atribuiria a ele o poder decisório do administrador público e poderia, ainda, caracterizar usurpação de competência.

Sendo assim, é oportuno citar novamente o acertado entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁵ que defende a responsabilidade subjetiva do advogado, nos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia.

Não se pretende defender a isenção de responsabilidade dos advogados ao atuarem na função de assessor jurídico, mas é relevante pontuar que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, cuja parte da doutrina comunga, necessita ser novamente

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

analisado, desta vez, com base nos dispositivos legais que orbitam no ordenamento jurídico sobre o tema.

Outra solução seria uma mudança legislativa, de modo que fosse atribuída expressamente ao assessor jurídico a responsabilidade solidária junto ao administrador público, no caso de emissão de pareceres com base no artigo 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Contudo, eventual mudança legislativa teria que ser realizada com muita cautela, diante do comando já existente no artigo 32 do Estatuto da Advocacia, não se olvidando da correta interpretação sistemática sobre o assunto.

Fato é que, como já defendido em capítulo anterior, há necessidade de fiscalização mais rigorosa por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, já que eventual modificação legislativa não terá eficácia se o controle por parte da OAB não acompanhar a mudança ventilada.

É certo que a ausência de modificação na legislação abre espaço para o ativismo judicial acerca do tema, como ocorre em outros ramos do direito, porém o papel do Poder Judiciário nestes casos deverá respeitar os limites da Lei e de outras fontes do direito.

É relevante destacar atual preocupação com relação a pronunciamentos judiciais que esbarram na Lei e em outras linhas de fundamentação, tal como se verifica no presente tema, visto que não se mostra possível admitir como correto pronunciamento judicial que eleva o assessor jurídico a função de Administrador após a emissão de simples parecer acerca de edital de licitação.

Afinal de contas, embora a Constituição da República possua previsão acerca da inafastabilidade de jurisdição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o Poder Judiciário deverá respeitar o princípio da separação dos poderes e evitar exercer a função de legislar cuja atribuição foi destinada ao Poder Legislativo.

Além da posição já destacada do Poder Judiciário, cumpre ressaltar que o Tribunal de Contas da União¹⁶ adota entendimento na mesma linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, como demonstram trechos do julgado colacionado a seguir:

Representação. Licitação. Contrato. Discordância do gestor aos termos de parecer jurídico. É necessária justificativa do gestor por escrito caso este discorde do parecer jurídico a respeito de editais e/ou contratos. Responsabilidade do gestor em caso de confirmação posterior das irregularidades apontadas pelo órgão jurídico. Representação parcialmente procedente [ACÓRDÃO]

[...]

9.2. cientificar o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, em virtude das impropriedades verificadas no exame desta representação, de que:

[...]

9.2.2. caso venha discordar dos termos do parecer jurídico, cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico;

[VOTO]

[...]

17. Ocorre que mesmo que a administração contratante desejasse seguir adiante com a contratação pretendida, contrariando, eventualmente, parecer jurídico sobre o assunto, necessitar-se-ia da oposição de justificativa para tanto, no processo licitatório, conforme esclarecido no precedente Acórdão 147/2006-TCU-Plenário, cujo excerto do voto condutor da lavra do Ministro Benjamin Zymler transcrevo a seguir, por pertinente ao assunto aqui abordado:

"11. Verifica-se que o legislador atribuiu relevante função à assessoria jurídica, qual seja, realizar um controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos. Aduzo que o parecer jurídico emitido nessas circunstâncias não possui um caráter meramente opinativo, como se depreende da leitura do seguinte trecho do Voto do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Farias de Mello, proferido quando do julgamento do MS nº 24.584/DF: 'a aprovação ou ratificação de termo de convênios e de aditivos, a teor do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, difere do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo'.

12. Nesse mesmo sentido, este Plenário acolheu Voto da lavra do eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, do qual extraí o seguinte trecho (Acórdão nº 462/2003 - Plenário):

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada.'

13. Com espeque nessas considerações, entendo que o gestor público, quando discordar dos termos do parecer jurídico cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância."

Sendo assim, na visão da Corte de Contas da União, não é opinativa a natureza do parecer jurídico sobre editais de licitação, ao contrário do que defende parte da doutrina de

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC n. 0521-08-13-P. Relator Ministro Augusto Sherman. 13 de março de 2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=052108&anoAcordao=2013>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

peso já citada no presente trabalho, podendo ensejar, assim, a atribuição de responsabilidade solidária ao assessor jurídico.

Portanto, é relevante que seja promovida nova reflexão também por parte do referido órgão, uma vez que este se ampara em entendimento do Supremo Tribunal Federal que carece de fundamento legal e caminha em sentido oposto do Estatuto da Advocacia, como já exposto anteriormente.

CONCLUSÃO

O artigo 32, inciso VIII, do Estatuto da Ordem dos Advogados, dispõe sobre a responsabilidade subjetiva do advogado em razão de atuação com dolo ou culpa no exercício de suas funções.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, artigo 38, parágrafo único, estabelece que as minutas de editais de licitação, bem como a de contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Orbitam no ordenamento jurídico entendimentos doutrinários de autores consagrados acerca da natureza opinativa do parecer jurídico emitido por advogado que exerce função de assessor jurídico nos quadros da Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal sustenta a tese de responsabilidade solidária dos assessores jurídicos decorrentes de pareceres proferidos com base no artigo 38 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Ao final deste trabalho, a conclusão a que se chega é que a responsabilidade do assessor jurídico em pareceres sobre editais de licitação deve ser analisada sob a ótica do Estatuto da Ordem dos Advogados, de modo que o referido profissional seja responsabilizado exclusivamente no caso de adotar conduta culposa ou dolosa.

Todavia, para que isso se consolide, é preciso que o Supremo Tribunal Federal reexamine seu posicionamento e adote os fundamentos legais atualmente em vigor, a fim de que seja afastado o juízo de que o assessor jurídico atua como administrador ao emitir pareceres jurídicos sobre editais de licitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014

BRASIL. Lei n. 8.096, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. n. 24584-1/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 08 mai. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. n. 24631-6 DF Relator Ministro Joaquim Barbosa. 09 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 08 mai. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.190.180/RS Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1190180&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 06 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC n. 0521-08-13-P. Relator Ministro Augusto Sherman. 13 de março de 2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=052108&anoAcordao=2013>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

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

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VASSILIEF, Silvia. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.