

## LICITAÇÕES E CONTRATOS

# Parecer jurídico na nova Lei de Licitações - Parte 3

9 de julho de 2021, 8h01

Por Guilherme Carvalho e Luiz Felipe Simões

Apresentados os dois primeiros textos acerca do papel da Advocacia Pública na Nova Lei de Licitações, os quais foram divididos em duas partes, abordando, à completude, o artigo 53, cumpre analisar, no presente texto, o conteúdo normativo do art. 10, que trata da possibilidade de defesa dos agentes públicos pelo órgão de assessoramento jurídico. Insta salientar, desde logo, que esta norma é completa inovação em relação à Lei nº 8.666/1993, que nada dispõe sobre a matéria.

Primeiramente, o *caput* do artigo 10 prescreve que "se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do artigo 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial". Trata-se de norma de conteúdo impositivo, porquanto determina a necessidade de defesa das autoridades competentes e dos servidores públicos por parte da Advocacia Pública.



É imprescindível destacar que a representação judicial ou extrajudicial, pelo órgão de assessoramento jurídico, das autoridades competentes, bem assim dos servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos, ocorre a critério dos agentes públicos, podendo optar, também, pelo patrocínio por meio da advocacia privada. Logo, a discricionariedade quanto à defesa não parte da Advocacia Pública, pois a lei é clara que o critério de escolha é faculdade das autoridades competentes e dos servidores.

Entretanto, a norma prevista no *caput* do artigo 10 condiciona que a aludida defesa pelo órgão de assessoramento jurídico somente ocorrerá quando o ato praticado decorrer de orientação constante no parecer jurídico elaborado com base no § 1º do artigo 53 da mesma Lei nº 14.133/2021. Ocorre que o referido artigo 53 não se confina aos pareceres a que o seu § 1º faz remissão, porquanto existem outras possibilidades de opinião jurídica, notadamente a constante no § 4º deste mesmo artigo.

Sumamente, pretendeu o legislador garantir às autoridades competentes, como também aos servidores envolvidos no processo de contratação pública, que seus atos sejam objeto de defesa pelo mesmo órgão de assessoramento jurídico que orientou a prática do ato. Dito de outro modo, se o parecer jurídico contém uma opinião, exarada na conformidade do teor do § 1º do artigo 53, e se esta opinião é seguida pelos servidores públicos e pela autoridade competente, a representação de tais agentes, seja judicial, seja extrajudicialmente, deverá ocorrer por intermédio de um agente público pertencente ao órgão de assessoramento jurídico.

Há de se destacar que a representação judicial ou extrajudicial a que faz alusão o *caput* do artigo 10 somente ocorrerá se houver, pela autoridade competente e pelos servidores públicos, anuência fiel à opinião jurídica exarada no parecer. Do contrário, e existindo qualquer discordância em relação à orientação do órgão de assessoramento jurídico, ainda que parcial, exime-se o parecerista de proceder à defesa, judicial ou extrajudicialmente. Assim, se no parecer houver alguma ressalva e quanto a ela não houver adesão, estará o parecerista liberado de representar os servidores públicos e a autoridade competente.

Outro questionamento decorre do conteúdo do § 1º do artigo 53, designadamente de seu inciso II, quando prescreve que o parecer deverá apreciar todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica. Portanto, o parecer jurídico pode conter elementos não necessariamente jurídicos, de caráter eminentemente técnico, sobre os quais poderá existir dissonância de entendimento por parte dos demais agentes envolvidos no processo de contratação pública.

Inexiste, por parte do parecerista jurídico, a necessária expertise para assuntos de natureza técnica, como, por exemplo, os temas relacionados a obras e serviços de engenharia. Por isso mesmo nosso entendimento, já exarado nos outros dois anteriores textos, é no sentido de que a referência, no inciso II do § 1º do artigo 53, a "todos os elementos indispensáveis à contratação" é de cunho essencialmente jurídico.

De tal modo, a tendência é que nem sempre o parecerista jurídico analise os elementos técnicos indispensáveis à contratação, tampouco exponha os pressupostos de fato em

relação a eles. Mas se analisá-los e houver discordância por parte dos demais agentes envolvidos no processo de contratação, isso não torna ineficaz a norma prevista no *caput* do artigo 10 em relação à orientação de natureza jurídica que constou do parecer e foi inteiramente acolhida pela autoridade competente ou pelo servidor público. Em termos práticos, a discordância entre as instâncias decisória e jurídico-opinativa foi tão somente em relação à questão técnica e não quanto à matéria jurídica apreciada.

Como exceção da norma disposta no *caput*, o § 1º do artigo 10 assinala que a representação judicial ou extrajudicial não ocorrerá quando "provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial". Mas a norma não explana a competência quanto à avaliação da prática de ato ilícito doloso. Assim sendo, diante da lacuna normativa, o próprio advogado público deverá aferir se o ato praticado, sobre o qual reside a representação judicial ou extrajudicial, é ou não doloso e, em sendo doloso, poderá desobrigar-se da realização da representação da autoridade competente ou dos servidores envolvidos no procedimento de contratação.

De forma sintática, por duas razões o advogado público poderá negar-se ao patrocínio da autoridade competente ou dos servidores envolvidos no processo de contratação: a primeira delas decorre do fato de haver desarmonia entre as opiniões acerca do ato questionado; a segunda, quando o ato for manifestamente doloso e assim o entender o advogado público.

Por fim, o § 2º do artigo 10 assinala que, mesmo o agente público não mais ocupando o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado, ainda assim haverá a necessidade de defesa por parte do órgão de assessoramento jurídico. Referido dispositivo retrata, firmemente, o princípio da impessoalidade, uma vez que a defesa a ser realizada é focada no ato praticado e não na figura da pessoa que ocupou o cargo, emprego ou função em que o ato questionado foi praticado.

Feitos estes esclarecimentos, outras questões merecem ser abordadas, sobretudo porque o artigo 10 se refere, como mencionado, exclusivamente ao § 1º do artigo 53. Ocorre que o artigo 53 possui outros parágrafos, sobretudo, para o presente contexto, o § 4º, o qual explicita a necessidade de parecer jurídico em outras situações, mencionando que, na forma do artigo 53, "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 respectivos termos aditivos".

De tal modo, pela literalidade do artigo 10, em face das opiniões jurídicas emitidas com base no § 4º do artigo 53, não poderá o órgão de assessoramento jurídico proceder à defesa das autoridades competentes e dos servidores envolvidos no procedimento de contratação

públicas nas esferas administrativa, controladora ou judicial. Em outras palavras, qualquer manifestação da assessoria jurídica quanto à contratação direta, por exemplo, impedirá a possibilidade da representação a que faz alusão o *caput* do artigo 10.

É notório que o parecer jurídico é obrigatório tanto nas hipóteses do § 1º do artigo 53, como também nas hipóteses (as mais variadas possíveis) do § 4º. Todavia, neste último caso, a lei não autoriza expressamente a representação judicial ou administrativa, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, de qualquer agente público por parte da Advocacia Pública.

A referida lacuna normativa precisa, contudo, ser suprida, na medida em que significativa parte do controle — nas esferas do controle externo, judicial ou administrativa — incide nas contratações diretas, justamente por serem hipóteses de exceção ao dever de licitar. É contraditório o legislador não permitir a defesa da autoridade competente e dos servidores públicos em situações mais simples e não permitir em outros casos nos quais, com mais razão ainda, se faz necessária a emissão de parecer jurídico, justamente com vistas a propiciar mais segurança (respaldo de natureza jurídica) às tomadas de decisão.

Por outro lado, há ainda outro tema que merece realce quanto à análise do referido artigo 10, tema este sobre o qual já nos debruçamos nos dois outros dois textos antecedentes ao presente artigo — a ausência de órgão de assessoramento jurídico. É que a redação do artigo 10 remete, inquestionavelmente, ao § 1º do artigo 53, que, também de forma expressa, impõe que o parecer jurídico deve ser emitido pelo órgão de assessoramento jurídico.

A indagação, já constante nos outros dois escritos antecedentes, retrata, quanto ao artigo 10, uma maior problemática. Em não havendo órgão de assessoramento jurídico, é possível a aplicação do artigo 53? Como já salientamos, entendemos que não e, por razões ainda mais evidentes, é minimamente discutível que um advogado — ou escritório de advocacia — contratado livremente pelo gestor público, que não ocupe cargo no órgão de assessoramento jurídico mediante prévia aprovação em concurso público, possa proceder à defesa da autoridade competente, bem como dos servidores envolvidos no processo de contratação pública.

Em face de todo esse contexto, a aplicação do artigo 10 é, indiscutivelmente, bastante polêmica, uma vez que associa, como critério da presunção de regularidade da atuação dos agentes públicos envolvidos no processo de contratação pública, a compatibilidade de tal performance ao conteúdo do parecer jurídico. É imprescindível, conseqüentemente, avaliar, sob os mais variados aspectos, a correta interpretação do artigo 10.

Guilherme Carvalho é doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e Políticas Públicas, ex-procurador do Estado do Amapá e advogado do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados.

Luiz Felipe Simões é advogado, pós-graduado em controle externo, mestrando em Direito Administrativo e auditor de controle externo do TCU.

Revista **Consultor Jurídico**, 9 de julho de 2021, 8h01