

Guimarães: Alerta sobre os vetos à nova Lei de Licitações

Sendo verdade que foi aprovada a nova lei geral de licitações e contratos administrativos no último dia 1º, ainda se espera a discussão parlamentar sobre o veto oposto parcialmente pelo presidente da República. O inciso I do §1º do artigo 10, o inciso III do §1º do artigo 53 e os §§2º e 6º do mesmo artigo 53 da Lei 14.133/2021 desafiam, pois, uma avaliação sobre o papel e a responsabilidade do parecerista



O primeiro dispositivo foi vetado por recomendação do

Ministério da Economia, que fundamentou a contrariedade ao interesse público pelo fato de o parecer jurídico ser emanado de órgão público, independentemente, pois, de o servidor pertencer ou não aos quadros permanentes da Administração Pública. Assim, a "ausência de defesa (de autoridades e servidores nas esferas administrativa, controladora e judicial pela advocacia pública) nos aparenta ser indesejável".

"Artigo 10 — 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.

*§1º Não se aplica o disposto no **caput** deste artigo quando:*

I — o responsável pela elaboração do parecer jurídico não pertencer aos quadros permanentes da Administração; [vetado]

II — provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial".

Como elaborado, o veto acompanha a previsão feita no artigo 22 da Lei 9.028/95, que autoriza o patrocínio de servidores públicos pela Advocacia-Geral da União (AGU), observando-se o regramento da Portaria 428, de 28 de agosto de 2019. Tal defesa é admitida em doutrina e jurisprudência, na medida em que a advocacia pública deva atuar em prol do interesse público primário ou secundário, ainda que por meio da representação de agentes públicos, não havendo, a princípio, ofensa ao artigo 131 da Constituição de 1988. No STF, contudo, na ADI 2.888, é discutida a constitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (merecendo destaque, ademais, o julgamento parcialmente procedente da ADI 3.022, quanto a atuação similar pela Defensoria Pública).

Há sentido, assim, para que o veto permita a defesa de autoridades e servidores pela advocacia pública nas esferas administrativa, controladora ou judicial, em matéria relacionada a licitação e contratos administrativos. O arazoado do veto estabelece um tratamento uniforme para a autorização de defesa de agentes públicos, especialmente se vinculados a entidades e órgãos que não disponham de quadro próprio e permanente para a advocacia pública, na hipótese de esta ser composta por servidores comissionados ou até contratados.

Para além da análise sobre quem praticaria o ato em licitações e contratos e quem o defenderia, o veto problematiza o sentido dessa espécie de defesa, haja vista que só se justificaria se não for manifestamente ilícita a conduta do servidor, se não prejudicar o erário, se prova. Há de lembrar-se que o patrocínio de agentes públicos pela advocacia pública — sobretudo quando não estruturada — pode ocorrer irregularmente, se houver juízo equivocado na caracterização da conduta defensável (entre outros, o REsp 1.229.779).

Se o veto mantém o direito de defesa de agentes públicos pela advocacia pública, independentemente de quem emane a orientação jurídica de condutas realizadas em licitações e contratos administrativos, e desde que haja "*provas da prática de atos ilícitos dolosos (...) nos autos do processo administrativo ou judicial*", o parâmetro que fundamenta tal patrocínio somente não seria possível se a conduta for manifestamente ilícita; dolosa; e comprovada em processo administrativo ou judicial.

Talvez nem a revisão parlamentar do veto consiga resolver o impasse que o artigo 10 da nova lei coloca, justamente pela legitimação formal que faz à abrangência mais dilatada para se efetuar o patrocínio aqui tratado.

Ainda em tema de parecer jurídico, os outros dispositivos vetados constam do artigo 53 da nova lei:

"Artigo 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 — 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 [vetado].

§2º. 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 [vetado].

§3º. Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no [artigo 54](#).

§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 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 [vetado]".

Aqui, o veto foi recomendado pela Advocacia-Geral da União, por contrariedade ao interesse público no caso dos §§2º e 6º, e, quanto ao inciso III do §1º, por sua inconstitucionalidade, violando os princípios da separação de poderes e do federalismo (nesse caso, também por recomendação do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde).

No caso do inciso III do §1º do artigo 53, o veto justificou-se por que a norma estabelecia *"regras e parâmetros para a elaboração dos pareceres jurídicos, além de tratar sobre o fluxo processual interno na Administração"*. Muito embora os incisos imediatamente anteriores também se caracterizem por reger a forma de elaboração do parecer jurídico (ou por apontar para critérios objetivos de prioridade, ou para recomendar o emprego de linguagem simples), o dispositivo vetado "pecaria" por determinar ao parecerista jurídico que fizesse uma conclusão claramente compreensível e, em caso de reconhecer ilegalidade, que apontasse para soluções de saneamento, se possível.

Ora, tratando-se de um parecer jurídico em licitação, é esperada a clareza da exposição, a lógica da argumentação e a preponderância da juridicidade na análise e na formulação das conclusões. Muito embora o dispositivo vetado assim o preconize, já existem comandos expressos em sentido idêntico ou similar: o §1º do artigo 50 da Lei 9.784/99 enfatiza que a *"motivação deve ser explícita, clara e congruente"*; o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro releva *"os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados"* na interpretação de normas de gestão pública; o artigo 30 da Lei de Introdução ao Código Civil (LINDB) informa o imperativo da padronização (e até do efeito vinculante) para *"aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas"*.

Se não se evidencia vício quanto ao inciso III do §1º do artigo 53, tampouco se visualiza problemas em seus §§2º e 6º. Para a análise, alguns fundamentos do veto merecem ser transcritos: *"O parecerista e? co-responsa?vel pelo ato de gesta?o, contrariando a posic?a?o tradicional da jurisprude?ncia pa?tria e trazendo insegurança a atividade de assessoramento jurídico"*; *"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"*; *"o dispositivo parece potencializar a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos junto aos procedimentos licitatórios"*.

Conforme qualquer manual de Direito Administrativo, o parecer é tecnicamente classificado como um ato administrativo meramente enunciativo, para responder a consulta — e não como ato administrativo para compor ou dispor sobre uma situação jurídica, como seriam os ordinatórios ou mesmo os negociais. O parecerista, portanto, não integra a estrutura decisória, tampouco exerce função deliberativa, embora responda por seus atos, na verdade, pela opinião que exarar, na medida em que seja ou não obrigatória, vincule ou não o gestor, tal como advertiu o STF:

"Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: 1) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; 2) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; e 3) quando 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. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. Controle externo. É lícito concluir que é abusiva a

responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a

(STF, [MS 24.631](#), relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, julgado em 9/8/2007, publicado no *DJ* de 1º/2/2008).

Em matéria de licitações e contratos, a Lei 14.133/2021 avança em relação à anterior no tocante à atuação do parecerista e sua responsabilização, acolhendo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, num evidente empoderamento da advocacia pública (mas também do controle interno) em seu papel de prevenir a prática de desvios, abusos, conflitos de interesse, corrupção. E o faz sem exorbitar: fortalece o controle sobre tais operações, sem invadir a esfera decisória do gestor público, na exata medida em que lhe impõe um ônus argumentativo, nas hipóteses em que pretenda subverter as razões apontadas em parecer, sem qualquer usurpação de poder.

Inequivocamente, o veto aos §§2º e 6º do artigo 53 da Lei 14.133/2021 representa um grave retrocesso, um indesejado recuo na prevenção e combate às práticas patrimonialistas e corruptas, justamente por traduzir o enfraquecimento de um mecanismo técnico para análise e correção de desvios em licitações. Se ao gestor compete o exercício dos poderes inerentes ao comando da Administração Pública, também se incumbirá da defesa intransigente do interesse público e responderá por seus atos, sob o olhar do controle social que se espera fortalecer, inclusive pelo incremento da análise jurídica da fase preparatória de licitações.

Date Created

16/04/2021