

## Rodrigo Lara: A advocacia pública e a Nova Lei de Licitações

O Projeto de Lei nº 4.253/2020 promete trazer importantes inovações ao regime jurídico das contratações públicas, consolidando, em uma única norma, leis esparsas sobre o tema, o que visa a facilitar a análise e interpretação das regras de licitações e contratos por parte das empresas e, igualmente, da Administração Pública, favorecendo um ambiente menos burocrático e de maior qualidade civil.



Um aspecto especialmente relevante no referido projeto de lei

consiste na positivação de entendimentos jurisprudenciais e práticas administrativas consolidadas, em especial no que tange à atuação da advocacia pública na seara do processo licitatório.

Nesse contexto, cita-se, a título de exemplo, o princípio da segregação de funções, agora previsto expressamente no artigo 7º, §§1º e 2º, do supracitado PL, o qual impede que a autoridade máxima do órgão designe o mesmo agente público para atuar simultaneamente em funções mais suscetíveis a riscos no âmbito da licitação, o que reduz a possibilidade de ocultação de erros e ocorrência de fraudes, visto que os atos praticados por um servidor serão revistos por outros, o que vai ao encontro do que já vinha sendo decidido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) [\[1\]](#).

Tal disposição, segundo o §2º do referido artigo 7º, se aplica também aos "órgãos de assessoramento jurídico", evitando que, a exemplo do que acontece com alguns entes públicos, especialmente os de menor porte, o procurador ou advogado público exerça outras atividades alheias à sua função institucional, como é o caso de pregoeiro ou integrante da comissão de licitação.

Por sua vez, o artigo 10 institui a possibilidade de os agentes públicos valerem-se do órgão da advocacia pública para sua defesa pessoal nas esferas administrativa, controladora ou judicial, caso tenham agido em estrita observância ao parecer jurídico exarado pelo órgão de assessoramento jurídico no âmbito da licitação.

Vale dizer que tal possibilidade já vinha sendo empregada em determinadas esferas de poder, como é o caso da Administração federal, a qual, por meio do artigo 22 da Lei 9.028/95, autorizou a Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados a representar determinadas autoridades e agentes públicos no que tange a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares.

Portanto, o PL que institui a Nova Lei de Licitações estendeu tal obrigatoriedade às demais esferas de poder no que tange especificamente ao processo contratações públicas, desde que, é claro, o agente público o queira e tenha agido em conformidade com o parecer exarado pelo órgão de assessoramento jurídico.

Nesse ponto, entendemos que a defesa deva se limitar ao aspecto institucional da atuação do agente público, excluindo-se eventuais pleitos de natureza eminentemente individual, como é o caso de indenizações por danos materiais e morais.

Outrossim, cita-se ainda o dever imposto aos entes públicos de instituírem, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais e contratos, além de outros documentos, sendo admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal (artigo 19, IV).

Nota-se que é prática comum no âmbito dos entes públicos a aprovação de minutas-padrão de editais e contratos comumente utilizados em compras públicas, as quais, quando contam com a chancela da advocacia pública, dispensam a análise jurídica individual de cada um dos processos de licitação conduzidos pelo órgão, racionalizando e agilizando sua tramitação administrativa, o que encontra suporte na jurisprudência do TCU [\[2\]](#).

Ainda nessa esteira, o artigo 52, §5º, do PL ora analisado autoriza a dispensa de parecer jurídico em hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, não só nos casos de utilização de minuta-padrão de edital ou contrato previamente aprovado pela advocacia pública, mas também nas hipóteses de baixo valor, baixa complexidade ou entrega imediata do bem adquirido.

Tal previsão, embora já venha sendo aplicada por determinados entes com fundamento na jurisprudência das cortes de contas, contribui sobremaneira com os órgãos de assessoramento jurídico da Administração Pública, uma vez que a análise de todo e qualquer processo de compra, em especial as dispensas de baixo valor ou complexidade, inviabilizaria a atuação dos procuradores e advogados públicos, dado o volume desse tipo de operação na rotina administrativa.

Por sua vez, observa-se que a lei dispôs acerca do conteúdo mínimo e de diretrizes para elaboração do parecer jurídico (artigo 52) a ser exarado ao final da fase interna do procedimento licitatório, o que, a nosso ver, embora objetive uniformizar e facilitar o entendimento por parte dos demais agentes públicos, retira certa parcela de autonomia e independência dos advogados públicos.

Isso porque o supracitado dispositivo elenca, por exemplo, que a conclusão "*deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação*" (artigo 52, III). Embora o objetivo seja, inegavelmente, promover maior clareza e objetividade nas manifestações jurídicas, não é possível dizer que eventual parecer estruturado de forma diversa será necessariamente obscuro e de difícil compreensão, o que está muito mais atrelado à capacidade profissional do procurador ou advogado público do que à estruturação do ato administrativo.

Ainda no que tange especificamente ao parecer jurídico, o projeto da Nova Lei de Licitações reforçou a grande importância desse ato administrativo no âmbito das contratações públicas, uma vez que, embora tenha conservado sua força não vinculante já consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 24.631, rel. min. Joaquim Barbosa), tornou obrigatória a motivação de sua rejeição por parte da autoridade máxima do órgão ou entidade, além de transferir a responsabilidade pessoal e exclusiva a esta por eventuais irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem imputadas.

Por outro lado, no que tange à responsabilidade do parecerista, ainda há dúvida acerca dos elementos subjetivos necessários à sua configuração. Isso porque a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42) responsabiliza o agente público que, em suas decisões ou opiniões técnicas, agir em caso de "dolo ou erro grosseiro" (artigo 28). Já a jurisprudência do STF consagra "culpa ou erro grosseiro" (MS 24.631, min. Joaquim Barbosa e MS 27.867 AgR, min. Dias Toffoli) como elementos subjetivos necessários à responsabilidade, ao passo que o Código de Processo Civil e o projeto da Nova Lei de Licitações consideram o "dolo ou fraude" (artigo 184 e artigo 52, §6º, respectivamente) como caracterizadores da responsabilidade no exercício da função.

Nesse caso, defendemos que a atuação do advogado público só pode ser repreendida no caso de "dolo ou fraude", seja em sua atuação judicial (artigo 184 do CPC) ou na qualidade de parecerista em processos de licitação (artigo 52, §6º, do Projeto da Nova Lei de Licitações).

Por sua vez, observa-se a grande importância conferida aos órgãos de assessoramento jurídico no âmbito do projeto da Nova Lei de Licitações, vez que, a partir de então, a aplicação da grave sanção consistente na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar dependerá de análise jurídica (artigo 155, §6º), assim como no caso de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 159) e reabilitação de licitante (artigo 162, V).

Ainda, o supracitado projeto de lei coloca, ao lado do controle interno da entidade, os órgãos de assessoramento jurídico como "segunda linha de defesa" no sistema de controle das contratações, o qual compreende "*práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo*" (artigo 168, *caput*, e inciso II).

Portanto, como vimos, a Nova Lei de Licitações positiva inúmeros aspectos já consolidados na jurisprudência das cortes de contas e na praxe administrativa relativos à atuação da advocacia pública, o que, embora não represente qualquer revolução, contribui para a segurança jurídica e para o entendimento do importante papel dos procuradores e advogados públicos nos processos de contratações efetuados pela Administração estatal.

[1] Acórdão nº 686/2011-Plenário, TC-001.594/2007-6, rel. min-Subst. André Luís de Carvalho, 23/3/2011

[2] Acórdão nº 2674/2014-Plenário, TC-004.757/2014-9, rel. min-Subst. André Luís de Carvalho, 8/10/2014

**Date Created**

15/01/2021