



Fique informado e participe dos debates sobre contratação pública. Siga a Zênite nas redes sociais:

ZÊNITE FÁCIL

 <http://www.zenite.blog.br>  [@zenitenews](https://twitter.com/zenitenews)  [/zeniteinformacao](https://facebook.com/zeniteinformacao)  [/zeniteinformacao](https://linkedin.com/company/zeniteinformacao)
 [/zeniteinformacao](https://youtube.com/zeniteinformacao)

O PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA NA LEI Nº 14.133/2021

Data	Outubro de 2024
Autores	Rafael Carvalho Rezende Oliveira

O PAPEL DA ASSESSORIA JURÍDICA NA LEI Nº 14.133/2021

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Visiting Scholar pela *Fordham University School of Law* (Nova Iorque). Pós-Doutor pela UERJ. Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico. E-mail: contato@roaa.adv.br.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A relevância constitucional da advocacia pública; 3. A assessoria jurídica na Lei 14.133/2021; 4. O papel da assessoria jurídica na fase preparatória da licitação e da contratação direta; 5. Ausência de parecer jurídico e suas consequências; 6. Reponsabilidade do parecerista; 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A atuação da advocacia pública e dos demais órgãos de assessoria jurídica é fundamental para garantir, de forma preventiva, a juridicidade dos atos e dos contratos administrativos.

Com a promulgação da Lei 14.133/2021, o papel da assessoria jurídica nas licitações e contratações administrativas ganhou novo capítulo, com a ampliação, em termos literais, das atribuições previstas na legislação anterior para estipular a sua atuação na fase preparatória e na fase externa da licitação, bem como na etapa de execução contratual.

Nesse contexto, revela-se fundamental compreender o papel da assessoria jurídica no atual diploma legal das licitações e contratações públicas, com o intuito de verificar o alcance da manifestação jurídica, as consequências da sua ausência e as hipóteses de responsabilidade pessoal do parecerista.

Quanto à estrutura, o artigo apresentará, inicialmente, a relevância constitucional da advocacia pública. Nos tópicos seguintes, o trabalho apresentará as hipóteses de atuação da assessoria jurídica na Lei 14.133/2021, com destaque para o papel da assessoria jurídica na fase preparatória da licitação e da contratação direta. Na sequência, serão abordadas as consequências para a ausência de parecer jurídico e a responsabilidade pessoal do parecerista. Finalmente, o trabalho apresentará as conclusões.

2. A RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

A advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pela representação judicial e extrajudicial da Administração Pública, no exercício das atividades contenciosas e consultivas, incluído o controle interno da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.^[1]

Enquanto o art. 131 da CRFB indica a Advocacia-Geral da União como instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, o art. 132, por sua vez, dispõe que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Apesar de não mencionada no texto constitucional, a Advocacia Pública Municipal deve ser institucionalizada nos Municípios, com Procuradores aprovados em concurso e organizados em carreira, uma vez que a representação dos entes municipais e o controle de juridicidade dos respectivos atos dependem de Procuradores independentes, o que não existe nos cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, ocupados por advogados que não realizam concurso público e exercem, infelizmente, atividades próprias das Procuradorias.^[2]

Não obstante a tese aqui defendida, é oportuno lembrar que o Tribunal Pleno do STF, no julgamento da ADI 6.331/PE, decidiu que “a instituição de Procuradorias municipais depende da escolha política autônoma de cada município, no exercício da prerrogativa de sua auto-organização”, devendo ser considerada inconstitucional “a

interpretação de norma estadual que conduza à obrigatoriedade de implementação de Procuradorias municipais, eis que inexistente norma constitucional de reprodução obrigatória que vincule o poder legislativo municipal à criação de órgãos próprios de advocacia pública”.^[3]

Acrescentou o STF que a opção pela instituição da Procuradoria Municipal atrai, obrigatoriamente, a regra constitucional do concurso público (art. 37, II, da CRFB) para provimento dos cargos, ressalvadas as situações excepcionais em que também os demais entes da Federação podem contratar advogados externos, mediante processo administrativo formal, quando “constatada a necessidade de notória especialização profissional em serviço de natureza singular que não possa ser adequadamente prestado pelos integrantes do corpo próprio de procuradores.”^[4]

No julgamento da ADPF 1.037/AP, o Plenário do STF voltou a decidir que os Municípios não são obrigados a instituir Advocacia Pública Municipal, em razão da liberdade de conformação municipal para decidir a respeito do tema. Contudo, uma vez criada a Procuradoria Municipal, há de observar-se a unicidade institucional, com a exclusividade da Procuradoria para o exercício das funções de assessoramento e consultoria jurídica, bem assim de representação judicial e extrajudicial, ressalvadas as exceções consagradas pela Suprema Corte, tais como os cargos ou carreiras já existentes quando da promulgação da Constituição Federal (art. 69 do ADCT) ou cargos criados para a defesa de órgãos com autonomia institucional.^[5] Assim, uma vez criada a Procuradoria Municipal, deve ser observado o princípio da unicidade institucional, afigurando-se inadmissível o exercício de funções de consultoria e de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo por ocupante de cargo em comissão, estranho ao quadro da Procuradoria.

Quanto à atuação dos órgãos da Advocacia Pública federal, estadual, distrital e municipal, as atividades exercidas pelos seus integrantes são variadas, envolvendo, por exemplo, a defesa das entidades estatais em ações judiciais, a propositura de ações judiciais de interesse municipal, a análise de minutas de editais e contratos administrativos, a emissão de pareceres sobre assuntos controversos, o controle (prévio, simultâneo e posterior) de juridicidade dos atos estatais e a orientação jurídica para os gestores.

No exercício da representação judicial e extrajudicial da Administração Pública, a advocacia pública defende a juridicidade dos atos estatais, com a apresentação de peças processuais e manifestações para refutar os argumentos apresentados em pretensões descabidas, sem afastar a possibilidade de atuar de forma consensual nas situações em que as pretensões revelarem a irregularidade do ato estatal combatido, hipóteses em que será possível a realização de conciliação, a desistência de ações judiciais e a não apresentação de defesa ou de recurso quando verificada a ausência flagrante de fundamentos jurídicos.

Já a atuação consultiva exercida pela advocacia pública tem por finalidade orientar os agentes públicos sobre a interpretação e aplicação do direito nas

consultas formuladas, além do exercício do controle interno de juridicidade dos atos estatais.

Quanto à atuação controladora, a advocacia pública exerce papel privilegiado se comparado aos demais órgãos de controle, uma vez que o exercício do seu controle interno poderá ser prévio (antes da prática do ato), simultâneo (durante a prática do ato) ou posterior (após a edição do ato).

A qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente, da sua autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos e contratos municipais.

Nesse contexto, é possível afirmar a essencialidade da advocacia pública para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Apenas os advogados públicos independentes são capazes de orientar os gestores públicos, com a emissão de opiniões técnicas e imparciais. Não se trata aqui, frise-se, de atuação binária na definição da decisão estatal a ser adotada diante de determinado caso concreto, mas, sobretudo, da demonstração dos riscos e das possíveis vias decisórias colocadas à disposição do gestor público.^[6]

É fundamental não confundir a atuação da advocacia pública com a função do gestor público. A decisão sobre a implementação de políticas públicas e o melhor caminho para satisfação dos direitos fundamentais é de competência exclusiva da autoridade competente, eleita ou nomeada, para o exercício das funções político-administrativas decisórias, não cabendo ao advogado público, inclusive por falta de legitimidade e de atribuição legal, compartilhar ou substituir a decisão do gestor.

A singularidade da advocacia pública pode ser demonstrada a partir de três possibilidades e perspectivas:^[7] a) atuação prévia: é a única carreira jurídica que atua previamente à configuração das políticas públicas; b) atuação sistêmica: tem a visão sistêmica dos limites e das possibilidades relacionadas às políticas públicas, o que permite opinar sobre correção de rumos, com o objetivo de evitar efeitos colaterais indesejados; e c) atuação proativa: a advocacia pública pode atuar proativamente na prevenção de litígios.

Considerada como advocacia de Estado e não de governo, a advocacia pública possui o dever institucional de garantir, de forma preventiva e/ou repressiva, a juridicidade dos atos estatais.

Além da representação judicial das entidades estatais, destaca-se a atividade consultiva exercida pela advocacia pública. No exercício do controle interno, os advogados públicos devem orientar a respectiva Administração Pública com a apresentação da interpretação jurídica adequada sobre os atos estatais. Nesse ponto, a atuação da advocacia pública não deve restringir-se às interpretações

formalistas, com fundamento na legalidade estrita, devendo levar em consideração as regras e os princípios jurídicos que compõe o ordenamento jurídico.

No âmbito da Lei 14.133/2021, a importância do papel exercido pela advocacia pública no controle de juridicidade das licitações e contratos administrativos recebeu especial relevo como será demonstrado a seguir.

3. A ASSESSORIA JURÍDICA NA LEI 14.133/2021

Ao longo da Lei 14.133/2021, é possível encontrar diversas passagens relacionadas às atribuições da assessoria jurídica.

Aliás, a expressão “assessoria jurídica” não é definida no art. 6º da Lei, mas revela sentido amplo que engloba a advocacia pública (AGU, PGE e PGM) e, também, outros assessores jurídicos (exemplos: advogados das empresas estatais; assessores jurídicos ocupantes de cargos comissionados em Municípios que não possuem Procuradorias institucionalizadas;^[8] assessores jurídicos que auxiliam os membros da advocacia pública).

O papel da assessoria jurídica no controle das licitações e contratações administrativas foi ampliado na Lei 14.133/2021. Na legislação anterior, a assessoria jurídica da Administração Pública possuía a função de examinar e aprovar as minutas de editais de licitação, dos contratos, acordos, convênios e instrumentos congêneres (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993).^[9] Atualmente, a Lei 14.133/2021 destaca, em diversos momentos, dispositivos voltados à atuação da assessoria jurídica.

De início, os requisitos e parâmetros indicados no art. 7º da Lei 14.133/2021 para os agentes públicos que desempenham funções essenciais às licitações e contratações devem ser aplicados, também, aos órgãos de assessoramento jurídico, na forma do § 2º do referido dispositivo legal.

Os agentes públicos, incluídos os assessores jurídicos, indicados para o desempenho das atividades relacionadas aos processos de licitações e contratação públicas devem preencher os seguintes requisitos e parâmetros (art. 7º, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei 14.133/2021):

a) a indicação deve recair, preferencialmente, sobre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública;

b) os agentes devem exercer atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público;

c) os agentes não podem ser cônjuges ou companheiros de licitantes ou contratados habituais da Administração, assim como não podem ter com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil; e

d) a autoridade administrativa deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação (ex: o servidor que atuou como pregoeiro ou agente de contratação não deve ser indicado como fiscal do futuro contrato; o pregoeiro ou agente de contratação não pode assumir a responsabilidade para elaboração do edital).^[10]

O referido princípio da segregação de funções, agora previsto no art. 5º da Lei 14.133/2021, consiste na distribuição e na especialização de funções entre os diversos agentes públicos que atuam nos processos de licitação e de contratação pública, com o intuito de garantir maior especialização no exercício das respectivas funções e de diminuir os riscos de conflitos de interesses dos agentes públicos. Verifica-se, portanto, que o referido princípio possui relação com os princípios da eficiência e da moralidade, além da íntima relação com a ideia de governança pública.^[11]

É oportuno destacar que a segregação de funções possui relevância na execução dos atos atinentes à contratação pública e na atuação dos órgãos de controle, influenciando, inclusive, na imputação de responsabilidade. Mencione-se, por exemplo, a responsabilidade do gestor público por suas decisões, ainda que apoiadas em parecer jurídico, não sendo lícito responsabilizar o advogado público que emitiu o parecer por sua opinião técnica, salvo na hipótese de dolo ou fraude (art. 184 do CPC).^[12]

Os requisitos e parâmetros previstos no art. 7º, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei 14.133/2021, indicados acima e aplicáveis aos assessores jurídicos, revelam a preocupação do legislador com a garantia de independência e de qualificação dos integrantes das assessorias jurídicas, além da evitar conflitos de interesses no exercício da função jurídica.

Ademais, a assessoria jurídica deve auxiliar os agentes públicos que desempenham funções ao longo da licitação e da execução do contrato administrativo. Nesse sentido, por exemplo, o art. 8º, § 3º, da Lei 14.133/2021 prevê que a assessoria jurídica deve prestar apoio aos agentes de contratação, pregoeiro, equipe de apoio, comissão de contratação, fiscais e gestores de contratos.

O auxílio da assessoria jurídica aos fiscais dos contratos é reforçado art. 117, § 3º, da Lei 14.133/2021, cabendo ao órgão jurídico dirimir dúvidas e subsidiar os fiscais com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

A legislação prevê, também, a atuação da assessoria jurídica na representação judicial ou extrajudicial dos agentes públicos acusados da prática de ilícitos nos processos de licitações e contratações públicas. Na eventual necessidade de defesa nas esferas administrativa, controladora e judicial, em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53, o órgão de assessoria jurídica promoverá, a critério do agente

público, sua representação judicial ou extrajudicial, inclusive nas hipóteses de ex-servidores, salvo se houver provas da prática de atos ilícitos dolosos (art. 10, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 14.133/2021).

Como já sustentado em outra oportunidade, o art. 10 da Lei 14.133/2021, em sua literalidade, é inconstitucional,^[13] em razão da violação (i) da autonomia legislativa dos Entes federados para fixação das normas de competência dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (arts. 18 e 132 da CRFB) e (ii) da competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciativa das leis que tratam do regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, § 1.º, II, “c”, da CRFB). Observe-se que, ao versar sobre as atribuições conferidas aos Advogados Públicos, criando funções outras, o novo diploma normativo licitatório apresenta inequívoco vício de iniciativa.

Assim como sustentamos a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 14.133/2021, defendemos, com argumentos semelhantes, a inconstitucionalidade do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021.^[14] De acordo com o referido dispositivo legal, a assessoria jurídica, que emitiu o parecer atestando a legalidade da atuação administrativa, estaria obrigada defender os agentes públicos acusados de improbidade administrativa, o que pressupõe a atuação dolosa do agente público, revelando-se situação mais delicada que aquela apresentada na Lei de Licitações que, ao menos, afastava a obrigatoriedade da referida defesa no caso de prova de dolo. É oportuno destacar que o STF declarou a inconstitucionalidade parcial do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, para afirmar que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”, mas a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia.^[15]

Outra função destacada na atual legislação refere-se ao controle prévio de legalidade realizado pela assessoria jurídica ao final da fase preparatória (art. 53 da Lei 14.133/2021), tema que será destacado no próximo tópico.

Na atuação controladora, a assessoria jurídica integra a segunda linha de defesa, na forma do art. 169, II, da Lei 14.133/2021. Enquanto a primeira linha de defesa é integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade, a terceira linha de defesa é integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas art. 169, I e III, da Lei 14.133/2021).^[16]

No tocante às infrações e sanções, a aplicação da declaração de inidoneidade e a desconsideração da personalidade jurídica da empresa dependem de análise jurídica prévia, na forma do § 6º do art. 156 e do art. 160 da Lei 14.133/2021. A assessoria jurídica atua, ainda, na análise prévia, com posicionamento conclusivo, quanto ao cumprimento dos requisitos exigidos para reabilitação dos licitantes ou contratados perante a própria autoridade que aplicou a penalidade de impedimento de licitar e contratar, bem como a declaração de inidoneidade, na forma do art. 163, V, da Lei 14.133/2021.

Mencione-se, também, o auxílio prestado pela assessoria jurídica à autoridade competente para dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias para o julgamento de recursos e de pedidos de reconsideração (art. 168, parágrafo único, da Lei 14.133/2021).

4. A RELEVÂNCIA DA ASSESSORIA JURÍDICA NA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO DIRETA

As atribuições da assessoria jurídica na Lei 14.133/2021 mencionadas no tópico anterior revelam a importância do órgão jurídico em todas as etapas das licitações e contratações administrativas, uma vez que o assessor jurídico desempenha funções relevantes na fase preparatória, na fase externa da licitação e na fase de execução do contrato.

No presente tópico, o objetivo é abordar o papel da assessoria jurídica na fase preparatória da licitação e da contratação direta que compreende a atuação consultiva e controladora.

De início, é preciso lembrar, mais uma vez, que a assessoria jurídica deve auxiliar os agentes públicos que desempenham funções em todas as etapas da licitação e da contratação, o que inclui, naturalmente, a fase preparatória, com a consultoria jurídica e esclarecimentos aos agentes de contratação, pregoeiro, equipe de apoio e comissão de contratação, na forma do art. 8º, § 3º, da Lei 14.133/2021.

Ademais, conforme destacado anteriormente, o papel da assessoria jurídica, na legislação anterior, limitava-se ao exame e aprovação das minutas de editais de licitação, dos contratos, acordos, convênios e instrumentos congêneres (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993).

Na atual legislação, o papel da assessoria jurídica na fase preparatória das licitações e das contratações diretas é sensivelmente ampliado.

Com efeito, o art. 53 da Lei 14.133/2021 estabelece que, 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. O controle prévio de legalidade por parte da assessoria jurídica também será realizado nas contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos (art. 53, § 4º, da Lei 14.133/2021).

É fácil perceber que, ao contrário do art. 38, parágrafo único, da antiga Lei 8.666/1993, que limitava a atuação da assessoria jurídica à aprovação das minutas dos editais de licitação, dos contratos e outros instrumentos congêneres, o texto do art. 53 da Lei nº 14.133/2021 promove uma ampliação na atividade do órgão de assessoramento jurídico para compreender o controle prévio de legalidade da fase preparatória da licitação e da contratação direta.

Quanto à formatação e ao conteúdo do parecer jurídico,^[17] o § 1º do art. 53 da Lei 14.133/2021 dispõe que a assessoria jurídica deverá: a) apreciar o processo

licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade; e b) 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.

O conteúdo do parecer jurídico deve compreender, ao menos, três tópicos fundamentais: a) relatório: com a descrição dos questionamentos formulados na consulta jurídica; b) fundamentação: a apresentação dos argumentos de fato e de direito necessários para os esclarecimentos aos questionamentos apresentados pelo órgão consulente; c) conclusão: apresentação das respostas aos questionamentos, com a exposição da opinião jurídica.

De fato, a Lei 14.133/2021 não impõe uma forma predeterminada para a confecção do parecer jurídico, o que não afasta a possibilidade de utilização de modelos elaborados pelo respectivo órgão de assessoria jurídica e a necessidade de que todos os pareceres contenham conteúdos mínimos. De modo geral, a estrutura dos pareceres jurídicos apresenta os seguintes elementos: a) cabeçalho: identificação do órgão responsável pela emissão do parecer jurídico, com a inclusão do timbre do órgão e/ou o seu nome por extenso; b) numeração: inclusão do número do parecer, normalmente acompanhada das iniciais do parecerista, o que facilita o catálogo dos pareceres do órgão e a consulta posterior; c) origem ou referência: indicação dos dados do processo de licitação ou de contratação direta relativo ao objeto da consulta jurídica; d) ementa: enumeração dos pontos e das teses abordadas ao longo do parecer, o que facilita não apenas a compreensão do conteúdo do parecer, mas também o catálogo e a futura consulta aos temas abordados nos pareceres do órgão jurídico, auxiliando na coerência das manifestações jurídicas; e) interessado: identificação do órgão que formulou a consulta; f) relatório: apresentação do resumo dos fatos, das dúvidas apresentadas pelo consulente e dos pontos que serão abordados no parecer, normalmente encerrado com a expressão “É o relatório” ou outra semelhante; g) fundamentação: utilização dos argumentos de fato e de direito necessários à compreensão da solução jurídica sugerida, inclusive com a menção às possíveis consequências da adoção ou não da orientação jurídica, com menção aos aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais relacionados à questão analisada, apontando, quando necessário, as possíveis soluções que poderão ser adotadas pelo gestor público e os riscos envolvidos; h) conclusão: inserida no desfecho do parecer, a conclusão deve apresentar, de forma clara e com apoio na fundamentação apresentada ao longo da manifestação, a resposta à consulta jurídica formulada pelo consulente, com a indicação, ao final, da expressão “É o parecer” ou outra semelhante, além da indicação do local, data e assinatura do parecerista.^[18] Revela-se recomendável que o órgão de assessoria jurídica apresente alguma uniformização na estrutura e na forma dos respectivos pareceres, inclusive das expressões utilizadas para identificação das manifestações e das ementas, com o intuito de contribuir para maior coerência na atuação do órgão jurídico.

Cabe salientar que a atuação da assessoria jurídica deve ficar restrita aos aspectos jurídicos das licitações e contratações públicas, não englobando, portanto, a análise das questões técnicas, em razão das limitações inerentes às capacidades institucionais dos membros da advocacia pública. das atribuições constitucionais e legais dos advogados públicos, além do princípio da segregação de funções.^[19]

De nossa parte, entendemos que não se insere nas atribuições do parecer jurídico a análise da correção técnica do conteúdo dos instrumentos elaborados na fase preparatória, tais como o Estudo Técnico Preliminar (ETP), Termo de Referência (TR), matriz de risco, classificação orçamentária, pesquisa de preços, por exemplo, uma vez que esses instrumentos possuem características técnicas que escapam das competências e da expertise do assessor jurídico, reservando-se o controle de legalidade aos aspectos formais.^[20] Assim, por exemplo, a assessoria jurídica, no exercício do controle prévio de legalidade, tem o dever de apontar a ausência dos referidos instrumentos no processo de licitação ou de contratação direta, bem como a eventual deficiência dos instrumentos, mas não lhe cabe adentrar no mérito dos instrumentos em questão.

Igualmente, não se inclui nas atribuições da assessoria jurídica a constatação da veracidade dos atestados de exclusividade apresentados nas contratações por inexigibilidade. Esse é o entendimento consagrado na Orientação Normativa 16/2009 da AGU, editada com fundamento na legislação anterior: “competete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993”.

Mencione-se, ainda, outra análise que escapa das atribuições do órgão de assessoramento jurídico. Trata-se da atestação, na fase preparatória da licitação, de que o bem ou o serviço a ser contratado se insere na qualidade de “comum” para fins de utilização da modalidade pregão, uma vez que a caracterização depende de conhecimentos técnicos que não se inserem na expertise dos assessores jurídicos. Nesse sentido, a Orientação Normativa 54/2014 da AGU, editada no contexto da legislação anterior, dispõe: “Compete ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

Outro ponto que merece ser destacado refere-se à exigência de que a atuação da assessoria jurídica seja pautada pela verificação da conformidade dos atos praticados com o ordenamento jurídico, sem a possibilidade de substituição das decisões tomadas pelo gestor público pela decisão do órgão de assessoria jurídica. Evita-se, com isso, o que denominamos de “ativismo consultivo” que englobaria a atuação invasiva no órgão de consultoria jurídica com a imposição da interpretação pessoal do parecerista em relação ao conteúdo da futura decisão administrativa no contexto em que o ordenamento jurídico apresenta outras alternativas decisórias legítimas.

Com efeito, cabe à autoridade competente, eleita ou nomeada, para o exercício das funções político-administrativas, a decisão sobre a implementação de políticas públicas e o melhor caminho para satisfação dos direitos fundamentais não sendo possível a substituição da opção da autoridade por aquela apresentada pelo advogado público.

Não obstante seja recomendável que a assessoria jurídica não fique restrita à análise formal e passiva do certame, devendo, na medida do possível, apontar para caminhos alternativos que se amoldam ao ordenamento jurídico, criando uma espécie de moldura jurídica, cabe, em última instância, ao gestor público a decisão sobre o melhor caminho a ser seguido.

É possível dizer que o assessor jurídico é uma espécie de analista de riscos, cabendo-lhe apontar os riscos jurídicos das soluções apresentadas pelo gestor público. Não cabe à assessoria jurídica, portanto, tomar a decisão sobre o melhor caminho a ser seguido pelo gestor público, mas, sim, indicar os riscos jurídicos envolvidos nas alternativas apresentadas.

Aqui, é oportuno destacar que a atuação da assessoria jurídica, na função controladora, não deve ser fundamentada em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências jurídicas e práticas da decisão, bem como as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, na forma dos arts. 20, 21 e 22 da LINDB.

O controle de legalidade exercido pela assessoria jurídica deve levar em consideração, ainda, as manifestações jurídicas apresentadas em casos semelhantes, com o objetivo de garantir coerência e segurança jurídica em suas manifestações, o que demonstra a importância das súmulas, orientações normativas e pareceres vinculantes editados pelo órgão jurídico, conforme exigência contida no art. 30 da LINDB.^[21]

Em âmbito federal, por exemplo, compete à AGU “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”, podendo editar, inclusive, enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XI e XII, da LC 73/1993).

Com o objetivo de garantir a uniformidade da interpretação administrativa, os membros efetivos da AGU não podem contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União (art. 28, II, da LC 73/1993). Por sua vez, o art. 40, § 1º, da LC 73/1993 dispõe que o parecer do Advogado-Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Aliás, a Súmula da AGU tem caráter obrigatório para seus respectivos órgãos jurídicos, inclusive aqueles que atuam nas autarquias e fundações públicas federais, na forma do art. 43 da LC 73/1993.^[22]

No âmbito das licitações e contratações públicas, a coerência administrativa e, por consequência, a eficiência administrativa, dependem, em grande medida, da própria coerência dos órgãos jurídicos, razão pela qual a consolidação de entendimentos jurídicos que serão aplicados, em casos semelhantes, assume especial relevância.

Não por outra razão, a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê, em momentos diversos, instrumentos à disposição dos órgãos jurídicos para garantir coerência e eficiência administrativa. Assim, por exemplo, o art. 19, IV, da Lei 14.133/2021 prevê que os órgãos de assessoramento jurídico devem auxiliar a autoridade competente na elaboração dos modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos.^[23] Lembre-se, mais uma vez, que o conteúdo técnico dos documentos em comento será atribuição da autoridade competente e não da assessoria jurídica que auxiliará nas questões jurídicas dos modelos elaborados.

A existência dos modelos elaborados, com o auxílio da assessoria jurídica, pode levar a desnecessidade de nova análise específica no curso das futuras licitações e contratações diretas. Nesse sentido, o art. 53, § 5º, da Lei 14.133/2021 dispõe que a análise jurídica é dispensável nos casos previamente definidos 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 editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão da advocacia pública ou pela unidade de assessoramento jurídico.^[24]

Verifica-se, portanto, a importância da assessoria jurídica na atuação preventiva para garantir a juridicidade do processo de licitação e do contrato que será celebrado pela Administração Pública.

5. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Conforme já mencionado, a assessoria jurídica na Lei 14.133/2021 exerce papel fundamental na segurança jurídica dos processos de contratação pública, especialmente por meio da atuação preventiva que pretende assegurar a juridicidade dos certames e dos contratos que serão celebrados pela Administração Pública.

Contudo, a questão que deve permanecer controvertida refere-se à consequência da ausência do parecer jurídico prévio sobre a juridicidade da minuta do edital e/ou da contratação direta nas hipóteses que não estiverem dispensadas, na forma autorizada pela nova legislação.

No contexto da antiga Lei 8.666/1993, alguns autores sustentavam que a manifestação do órgão jurídico seria condição de validade da licitação.^[25] De outro lado, parcela da doutrina afirmava que a ausência da manifestação jurídica configurava irregularidade administrativa, que deveria ensejar a devida apuração de responsabilidade por meio de processo disciplinar, mas não acarretaria a nulidade da

licitação e do contrato administrativo, especialmente quando os atos praticados não apresentassem irregularidades insanáveis ou prejuízos ao interesse público, tendo em vista o princípio do formalismo moderado.^[26]

De nossa parte, sempre sustentamos que a ausência do parecer jurídico não deve ensejar, de forma necessária e automática, a nulidade da licitação e do contrato administrativo, devendo ser ponderada a possibilidade de convalidação dos atos que apresentarem vícios sanáveis.^[27]

Nesse ponto, o art. 147 da Lei 14.133/2021 reforça a tese de que a ausência do controle preventivo não deve acarretar, obrigatoriamente, a invalidação da licitação e do contrato, uma vez que a nulidade somente será declarada caso não seja possível o saneamento da irregularidade. Aliás, a possibilidade de saneamento de falhas formais aparece em outros dispositivos da nova legislação, tais como os arts. 71, I; 169, § 3.º, I; e 171, § 3.º.

Ora, o controle jurídico preventivo tem o objetivo, justamente, de verificar a existência de vícios que podem contaminar a validade do processo de contratação.

Não obstante a ausência do controle preventivo, por si só, constituir vício procedimental e exigir a apuração de responsabilidades, isso não significa dizer que existam outros vícios no processo administrativo de licitação ou no contrato que justifiquem a declaração de nulidade dos atos praticados. Não há preclusão para o controle jurídico, que pode ser exercido a qualquer tempo, para verificar a higidez da licitação e do contrato, inclusive com a correção de eventuais falhas meramente formais e o aproveitamento dos atos praticados.

6. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

Quanto à eventual responsabilidade do advogado público pela emissão de pareceres jurídicos nas licitações e contratações públicas, entendemos que a questão deve ser analisada com cautela.

Tradicionalmente, no contexto da legislação anterior de licitações (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), o STF inicialmente afirmou que a responsabilidade dos pareceristas seria apenas nos casos de erro grave inescusável ou dolo, tendo em vista o caráter opinativo dos pareceres.^[28] Contudo, o STF alterou o seu posicionamento para admitir a responsabilidade dos advogados públicos e assessores jurídicos pela emissão de “pareceres vinculantes”, uma vez que o parecer favorável seria pressuposto de perfeição do ato, havendo a “partilha do poder de decisão”. Em relação aos demais pareceres, com caráter opinativo, o parecerista responde apenas em caso de culpa grave (erro grosseiro) ou dolo.^[29]

Da mesma forma, o TCU já afirmou que o parecer jurídico em processo licitatório, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da antiga Lei 8.666/1993, não constituía ato meramente opinativo e poderia levar à responsabilização do emitente.^[30]

Entendemos, todavia, que a responsabilidade dos assessores jurídicos pela emissão do parecer somente é possível quando comprovado o erro grosseiro ou o dolo do parecerista.^[31]

Em primeiro lugar, o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, sob pena de violação ao princípio da segregação de funções. A decisão final sempre será da autoridade que pode, inclusive, decidir por não continuar com o processo de licitação/contratação, apesar da existência de parecer jurídico. É a autoridade administrativa (e não o advogado público) a responsável pela administração pública ou gestão da coisa pública, sendo, a nosso ver, incoerente a classificação do parecer como “vinculante” em relação ao gestor público quando, em verdade, o ato representa apenas a opinião jurídica do advogado.

Em segundo lugar, existem diversas interpretações jurídicas que podem ser razoavelmente apresentadas em cada situação concreta, não sendo possível responsabilizar o advogado público que apresentou interpretação razoável. Não se pode desconsiderar o fato de que o advogado público deve manifestar a sua opinião no momento em que o fato se apresenta, sem a real noção, muitas vezes, das inúmeras consequências (boas ou ruins) que poderão ser produzidas.

Ademais, não se pode desconsiderar a inviolabilidade do advogado, público ou privado, que responde apenas nos casos de dolo ou culpa (arts. 2.º, § 3.º; 3.º, § 1.º; 32; todos do Estatuto da OAB).

Por fim, a responsabilidade do advogado público, sem a devida comprovação do erro grosseiro ou do dolo, viola o princípio da eficiência, pois a responsabilização indiscriminada, sem a perquirição da má-fé ou dolo, faz com que o advogado público atue com receio, sem pensar na melhor decisão a ser tomada à luz da eficiência, mas apenas na possibilidade de sofrer sanções por suas opiniões (seria mais conveniente para o advogado negar a prática de atos para evitar a sua responsabilização). O argumento foi reforçado com a inserção do art. 28 da LINDB pela Lei 13.655/2018, que estabeleceu a responsabilidade pessoal do agente público apenas por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de “dolo ou erro grosseiro”.

Em matéria de responsabilidade civil do advogado público, deve ser observado o art. 184 do CPC, que prevê a responsabilidade pessoal e regressiva apenas no caso de “dolo ou fraude”.^[32]

7. CONCLUSÃO

Ao longo do presente texto foi possível perceber que o papel da assessoria jurídica no âmbito das licitações e contratações administrativas foi ampliado na Lei 14.133/2021 que prevê, em diversos momentos, a atuação dos órgãos jurídicos em todas as etapas das licitações e contratações administrativas.

A atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos reforça a relevância da assessoria jurídica e a sua posição especial no ordenamento jurídico, em razão do

caráter prévio, sistêmico e proativo de sua atuação, notadamente no exercício da função consultiva e controladora.

A relevância da assessoria jurídica, naturalmente, não acarreta a substituição do eixo decisório, com a indevida substituição da margem de conformação técnica e política do gestor público pela opção pessoal do assessor jurídico, em razão das limitações inerentes às capacidades institucionais dos membros da advocacia pública, além do princípio da segregação de funções.

É igualmente importante destacar que a ausência do parecer jurídico prévio, não obstante constitua, por si só, irregularidade administrativa a ser apurada nas instâncias competentes, não acarreta, automaticamente, a nulidade da licitação e do contrato administrativo, especialmente quando os atos praticados não apresentassem irregularidades insanáveis ou prejuízos ao interesse público, tendo em vista o princípio do formalismo moderado, o que é reforçado pelo art. 147 da Lei 14.133/2021.

No campo da responsabilidade pessoal dos assessores jurídicos pela emissão do parecer jurídico, sustentamos que a responsabilização somente seria possível quando comprovado o erro grosseiro ou o dolo do parecerista, na forma do art. 28 da LINDB, aplicando-se, no campo da responsabilidade civil do advogado público, o disposto no art. 184 do CPC, que prevê a responsabilidade pessoal e regressiva apenas no caso de “dolo ou fraude”.

Por fim, é possível perceber que a efetividade das atribuições constitucionais e legais dos órgãos de assessoria jurídica depende, em grande medida, da adoção de medidas institucionais, com a garantia de independência de seus membros e constante capacitação.

Não obstante os avanços legislativos e o exercício da assessoria jurídica por membros de carreira concursados no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de grande porte, ainda é possível perceber o enorme desafio de implementação da Lei 14.133/2021 nos Municípios de menor porte que não contam com a carreira da advocacia pública devidamente constituída, atribuindo-se essa importante tarefa para servidores comissionados que não possuem a necessária independência funcional para o exercício regular de suas competências.

É preciso, portanto, reconhecer as conquistas já alcançadas, mas permanecer vigilante na busca de efetividade das previsões da Lei de Licitações e Contratos Administrativos na parte relacionada ao papel da assessoria jurídica.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010.

CHAPUS, René. *Droit Administratif General*. T. I, 15. ed. Paris: Montcherestien, 2001.

CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia Pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/541/edicao-2/advocacia-publica->. Acesso em: 26/03/2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ANAPE, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *RBDP*, v. 27, p. 177-199, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 129, p. 278, jan./mar. 1996.

_____. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 96, out./dez. 1992.

_____. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 63, p. 95-118, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

_____. *Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 132.

_____. *Precedentes no Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2018.

_____. O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública, *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 5, p. 382-400, 2019.

_____; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 91-116, out./dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 53. FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*, Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 546.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. O papel da assessoria jurídica na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. In: BELÉM, Bruno e outros (Coord.). *Temas controversos na nova Lei de Licitações*. Salvador: JusPodivm, 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, São Paulo, v. 24, n. 10, p. 947-973, out. 2011.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. A advocacia pública como instituição essencial ao Estado de Direito Democrático e Social. *REI – Revista Estudos Institucionais*, 5, 431, 2019.

SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004.

_____. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Direito administrativo em debate*. 2.^a série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A inconstitucionalidade do art. 10 da Nova Lei de Licitações: a invasão de competência dos estados e municípios. *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Síntese, v. 17, n. 202, p. 63-78, out. 2022.

_____. Os impactos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa na advocacia pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 76, p. 9-29, jan./mar. 2022.

[1] De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Quanto às modalidades, a consultoria e a representação judicial são hoje apenas o núcleo de uma constelação de funções da advocacia de Estado. Para a realização da promoção e da defesa do interesse público, as modernas funções dos órgãos dela encarregados distribuem-se em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 129, p. 278, jan./mar. 1996. Após apresentar a evolução história da advocacia pública no Brasil, André Rodrigues Cyrino destaca: “A Constituição de 1988 conferiu à Advocacia Pública um arranjo institucional inédito. Dentro do esforço de consolidar a democracia e a estabilidade institucional, a Carta tratou de especializar o assessoramento e a representação judicial do Poder Público em instituição própria: a Advocacia de Estado. Foi assim que se promoveu a separação orgânica das funções do Ministério Público da União daquela própria da Advocacia da

União, de acordo com o que já vinha sendo feito em âmbito estadual. Tal sistemática incumbe à Advocacia Geral da União, bem como às Procuradorias estaduais e municipais, representar o Poder Público, judicial e extrajudicialmente, prestando ainda assessoramento jurídico, sempre de forma separada do Ministério Público e da Defensoria.” CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia Pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/541/edicao-2/advocacia-publica->. Acesso em: 26/03/2024.

[2] De forma semelhante, defendendo, inclusive, a aplicação, por simetria, dos preceitos constitucionais da Advocacia- Geral da União e das Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal aos Procuradores Municipais: SANTOS, Marcus Gouveia dos. *A advocacia pública como instituição essencial ao Estado de Direito Democrático e Social*. *REI – Revista Estudos Institucionais*, 5, 431, 2019; MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ANAPE, 2015, p. 187-196. Em determinados Municípios menores, em razão da ausência da Procuradoria institucionalizada, o papel de assessoramento jurídico é desenvolvido por advogados que ocupam cargos comissionados. De nossa parte, entendemos que a solução não é adequada, uma vez que o cargo comissionado, que é de livre nomeação e exoneração, retira a independência necessária para o exercício, especialmente, da atividade de controle interno da juridicidade dos atos praticados nas licitações e contratações públicas. Nesse sentido, por exemplo, o TCE/RJ determinou que os Municípios do Estado do Rio de Janeiro organizassem as suas Procuradorias Jurídicas, com funções de representação judicial e extrajudicial do Município e consultoria jurídica, constituída por Procuradores ocupantes de cargos efetivos previamente aprovados em concurso público específico para o cargo. TCE/RJ, Processo 225.221-8/17, Rel. Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia, 28 de agosto de 2018.

[3] STF, ADI 6.331/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 25.04.2024.

[4] Trecho retirado do voto do Rel. Min. Luiz Fux no julgamento da ADI 6.331/PE.

[5] STF, ADI 1,037/AP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 22.08.2024.

[6] Como destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o advogado público não possui subordinação hierárquica em relação aos agentes políticos, bem como não possui subordinação funcional em relação aos Chefes das próprias Procuradorias, mas apenas administrativa nesse último caso. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais*. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 96, out./dez. 1992. Os advogados, públicos e privados, possuem independência e liberdade no exercício de sua função, na forma dos arts. 7º, I, 18 e 31, §1º, do Estatuto da OAB. No mesmo sentido, a Súmula nº 2 da Comissão Nacional da Advocacia Pública do Conselho Federal da OAB dispõe: “A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.”

[7] BINENBOJM, Gustavo. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010, p. 37-38. Marcos Juruena Villela Souto destaca a importância da advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito: “Em síntese, a ninguém – salvo a

governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada. A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem se houver sólidas e não fragmentadas instituições voltadas para o controle da legalidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções técnicas e despolitizadas”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62. De forma semelhante, José Afonso da Silva sustenta: “A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública”. SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002, p. 284.

[8] Conforme destacamos no tópico anterior, em nossa opinião, o exercício da assessoria jurídica por advogados que ocupam cargos comissionados não é adequada, uma vez que o cargo comissionado, que é de livre nomeação e exoneração, retira a independência necessária para o exercício, especialmente, da atividade de controle interno da juridicidade dos atos praticados nas licitações e contratações públicas. Não obstante isso, lembre-se, mais uma vez, que o STF decidiu que “a instituição de Procuradorias municipais depende da escolha política autônoma de cada município, no exercício da prerrogativa de sua auto-organização”. STF, ADI 6331/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 25.04.2024.

[9] O art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, na essência, mantinha a sistemática da legislação anterior, notadamente aquela prevista no art. 31, parágrafo único, do DL 2.300/1986. O art. 38, VI, da Lei 8.666/1993 mencionava, também, a emissão de parecer jurídico nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

[10] TCU, Acórdão 2.146/2022, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgamento: 28.09.2022. É válido notar que o princípio da segregação de funções, antes da sua previsão expressa no art. 5º da lei 14.133/2021, já era reconhecido e aplicado pelos órgãos de controle. Nesse sentido, por exemplo: TCU, Acórdão 3.381/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, julgamento: 04.12.2013.

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129. Em âmbito federal, o art. 12 do Decreto 11.246/2022 prevê que o princípio da segregação das funções “veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na contratação”. Em abono ao caráter relativo do princípio da segregação de funções, característica de todo e qualquer princípio jurídico, o art. 12, parágrafo único, do Decreto 11.246/2022 dispõe que a sua aplicação será avaliada na situação fática processual e poderá ser ajustada, no caso concreto, em razão (i) da consolidação das linhas de defesa e (ii) de características do caso concreto tais como o valor e a complexidade do objeto da contratação. Aplicam-se as vedações previstas no art. 9º da NLLC aos agentes públicos designados para atuar na área de licitações e contratos e aos terceiros que auxiliem a condução da contratação, na qualidade de integrantes de equipe de apoio, de profissionais especializados ou de funcionários ou representantes de empresa que preste assessoria técnica, na forma do art. 13 do Decreto 11.246/2022.

[12] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 18; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2024, p. 130-133. Destaca-se que os agentes públicos, em geral, somente podem ser responsabilizados pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, na forma do art. 28 da LINDB.

[13] VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A inconstitucionalidade do art. 10 da Nova Lei de Licitações: a invasão de competência dos estados e municípios. *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Síntese, v. 17, n. 202, p. 63-78, out. 2022; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 21-22; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 39-43.

[14] VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os impactos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa na advocacia pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 76, p. 9-29, jan./mar. 2022.

[15] STF, ADI 7.042/DF e ADI 7.043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31.08.2022.

[16] É salutar a preocupação do controle da Administração Pública, inclusive no âmbito das licitações e contratações públicas. Contudo, é preciso garantir o exercício eficiente das instâncias de controle, evitando-se a sobreposição, o excesso de formalismo e a interferência indevida dos controladores na margem de discricionariedade dos controlados, que poderiam gerar externalidades negativas para a Administração Pública. É preciso, portanto, desmistificar a ideia de “quanto mais controle, melhor” não para se propor, na outra extremidade, um controle inexistente ou reduzido, mas um controle equilibrado que respeite as capacidades institucionais da Administração Pública na formulação e na concretização das políticas públicas, sem a inversão dos papéis dos controladores e controlados. Sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 91-116, out./dez. 2020.

[17] De lado as consultas e orientações verbais que auxiliam, informalmente, os agentes públicos que atuam nos processos de licitação e contratação pública, a atuação da assessoria jurídica deve ser formalizada por escrito e pode receber nomenclaturas distintas no âmbito das normas específicas de cada Ente federativo, tais como despachos, notas, pareceres, orientações normativas, súmulas administrativas etc, destacando-se nesse cenário o parecer jurídico que revela, essencialmente, a opinião jurídica do órgão de assessoramento jurídico. Os pareceres podem ser divididos em, pelo menos, três espécies: a) facultativo: o parecer é solicitado por decisão discricionária da autoridade competente que não se vincula ao seu conteúdo; b) obrigatório: a autoridade é obrigada a solicitar o parecer e pode optar por não seguir o seu conteúdo, desde que apresente a respectiva motivação; e c) vinculante: em casos excepcionais expressamente previstos na legislação, a autoridade deverá decidir à luz de parecer, sendo vedada a atuação contrária as suas conclusões. Sobre o tema, vide: CHAPUS, René. *Droit Administratif General*. T. I, 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 1113-1115. Em nossa opinião, afigura-se inapropriado caracterizar o parecer jurídico como “vinculante”, uma vez que o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, que apenas emite a sua opinião técnica, sob pena de violação ao princípio da segregação de funções. Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 224; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 132.

[18] Em âmbito federal, o Enunciado BPC n. 2 do Manual de Boas práticas consultivas da AGU (4ª. ed. 2016) dispõe: “As manifestações consultivas devem ser redigidas de forma clara, com especial cuidado à conclusão, a ser apartada da fundamentação e conter exposição especificada das orientações e recomendações formuladas, utilizando-se tópicos para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consulente sua fácil compreensão e atendimento.”

[19] Essa parece ser a opinião, também, de Marçal Justen Filho que, apoiado no princípio da segregação de funções, afirma: “Não incumbe ao órgão de assessoramento jurídico assumir a competência política e administrativa atribuída a agente público distinto. Inexiste autorização normativa para que o assessor jurídico se substitua ao agente público titular da competência prevista em lei”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 643.

[20] De forma semelhante, Anderson Pedra e Ronny Charles sustentam: “Dito de outra forma, embora tenha o parecerista jurídico a incumbência de realizar controle prévio de legalidade e análise jurídica da contratação, não lhe cabe substituir a decisão do setor técnico (...). Também não é o parecerista jurídico responsável por analisar (“controlar”) a legalidade de um Estudo Técnico Preliminar, de um Termo de Referência, de uma Matriz de Risco, de uma Pesquisa de Preço ou outros instrumentos similares. Cada um desses artefatos ou instrumentos possui especificidades técnicas que lhe são inerentes e o parecerista jurídico não tem formação técnica para realizar essa análise.” PEDRA, Anderson Sant’Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. O papel da assessoria jurídica na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. In: BELÉM, Bruno e outros (Coord.). *Temas controversos na nova Lei de Licitações*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 293-332.

[21] Sobre a importância da relevância do papel da advocacia pública para coerência da atuação estatal, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2018, p. 161-166; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública, *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 5, p. 382-400, 2019.

[22] A preocupação da AGU com a coerência administrativa pode ser demonstrada, também, pela instituição da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal, órgão integrante da AGU, com competência, por exemplo, para (art. 41 do Decreto 11.328/2023): a) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da AGU; b) requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal, envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito; c) dirimir, por meio de mediação, as controvérsias: i) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal; ii) que envolvam órgão ou entidade da administração pública federal e os Estados, o DF ou os Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas; iii) que envolvam órgão ou entidade da administração pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou iv) que envolvam particular e órgão ou entidade da administração pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei 13.140/2015; d) buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores ou por outros membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos titulares dos órgãos de direção superior, de execução e vinculados da AGU; e) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a procedimento de mediação; f) encaminhar, quando couber, ao Consultor-Geral da União as controvérsias jurídicas não solucionadas por

procedimento de mediação para os fins do disposto no § 1º do art. 36 da Lei 13.140/2015; e g) coordenar, orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

[23] No âmbito da AGU, por exemplo, a atribuição foi conferida à Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos (CNMLC), na forma da Portaria 3/2019 da Consultoria-Geral da União.

[24] A Orientação Normativa 69/2021 da AGU prevê: “Não é obrigatória manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor com fundamento no art. 75, I ou II, e § 3º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, salvo se houver celebração de contrato administrativo e este não for padronizado pelo órgão de assessoramento jurídico, ou nas hipóteses em que o administrador tenha suscitado dúvida a respeito da legalidade da dispensa de licitação. Aplica-se o mesmo entendimento às contratações diretas fundadas no art. 74, da Lei nº 14.133, de 2021, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da Lei nº 14.133, de 2021”.

[25] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da assessoria jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, São Paulo, v. 24, n. 10, p. 947-973, out. 2011.

[26] No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 641; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 166.

[27] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, 105-107; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 130. Com entendimento semelhante: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 53. FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*, Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 546; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 12. ed. São Paulo: Juspodivim, 2021, p. 287.

[28] STF, Tribunal Pleno, MS 24.073/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.2003, p. 15.

[29] “Constitucional. Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) 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; (ii) 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; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. 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. III. 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 responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido” (STF, Tribunal Pleno, MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-18 01.02.2008, Informativo de Jurisprudência do STF n. 475).

[30] TCU, Plenário, Acórdão 1.337/11, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 64). Posteriormente, no entanto, o TCU entendeu ser necessária a caracterização de erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa, para responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório (TCU, Acórdão 1.857/11, Rel. Min. André Luis de Carvalho, 13.07.2011, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 71, Acórdão 362/2018 Plenário, Recurso de Reconsideração, Rel. Min. Augusto Nardes, 28.02.2018, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 340).

[31] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 223-225; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à nova lei de licitações e contratos administrativos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 132. Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. Direito administrativo em debate. 2.^a série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 341-354; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 63, p. 95-118, 2008. Sobre o tema, José Vicente Santos de Mendonça aponta quatro standards para eventual responsabilidade do parecerista, a saber: a) o dolo; b) o erro evidente e inescusável; c) a não adoção de condicionantes reais de cautela; e d) a necessidade de preservação da heterogeneidade de ideias no Direito (A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. RBDP, v. 27, p. 177-199, 2009).

[32] Tema 940 das Teses de Repercussão Geral do STF: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Segundo o STF, o art. 37, § 6.º, da CRFB apresenta duas garantias: a) primeira garantia: a vítima deve ser ressarcida pelos danos causados pelo Estado; e b) segunda garantia: os agentes públicos somente podem ser responsabilizados perante o próprio Estado, não sendo lícito admitir que a vítima de *per saltum* acione diretamente o agente. Registre-se que o § 6.º do art. 53 do PL 4.253/2020, que deu origem à atual Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), dispunha de forma semelhante, com a fixação da responsabilidade civil regressiva do membro da advocacia pública nos casos de dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico. O citado dispositivo, contudo, foi vetado em razão da existência de outras previsões no ordenamento jurídico pátrio que tratam da responsabilidade do advogado público. Não obstante o veto presidencial, o efeito prático-jurídico não parece relevante, uma vez que a responsabilidade civil do advogado público continuará submetida aos termos do art. 184 do CPC.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da assessoria jurídica na Lei nº 14.133/2021. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 out. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.