

O papel da Consultoria Jurídica na Nova Lei de Licitações



Carolina Zancaner Zockun

Procuradora da Fazenda Nacional, Chefe-Substituta da Divisão de Consultoria e Assessoramento em Direito Administrativo da Procuradoria da Fazenda Nacional na 3ª Região, Subprocuradora Regional Substituta da Fazenda Nacional da 3ª Região, Coordenadora do Grupo de Trabalho e Estudos de Compras Colaborativas da AGU, membro da Comissão Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU. Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra-Portugal. Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo dos cursos de graduação e especialização da PUC/SP.

LINHAS DE DEFESA

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

TEORIA DOS RISCOS

Com a Gestão de Riscos, há a identificação, análise e eliminação ou mitigação, a um nível aceitável, dos perigos, e os consequentes riscos, que ameaçam a viabilidade de uma organização.

RISCOS

Art. 18 | Lei 14.133/21. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

RISCOS

Planejamento – Gerenciamento de riscos

Etapas:

- 1 – Identificar os principais riscos
- 2 – avaliação dos riscos (probabilidade/impacto)
- 3 – tratar os riscos (definindo ações)
- 4 – riscos inaceitáveis após tratamento: ações de contingência.
- 5 – definição dos responsáveis pelas ações de tratamento e de contingências.



LINHAS DE DEFESA

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao **controle social**, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

CONTROLE SOCIAL - LEI 14.133/21

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;



LINHAS DE DEFESA

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de **gestão de riscos e de controle preventivo**, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao **controle social**, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de **assessoramento jurídico** e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Art. 71. O **controle externo**, a cargo do **Congresso Nacional**, será exercido com o auxílio do **Tribunal de Contas da União**, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - **julgar as contas dos administradores** e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

VI - **fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos** repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

§ 1º No caso de **contrato**, o ato de **sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional**, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

LINHAS DE DEFESA

Art. 169. As contratações públicas:

1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.



ÓRGÃOS DE CONTROLE E SIGILO

Art. 169. As contratações públicas:

§ 2º Para a realização de suas atividades, os **órgãos de controle** deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação **sigilosa** tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

Qual órgão de controle???



LINHAS DE DEFESA

Art. 169. § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, **II** e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

DEFESA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 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 art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.



DEFESA DA AUTORIDADE

Art. 10, § 1º Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo quando:

I - (VETADO);

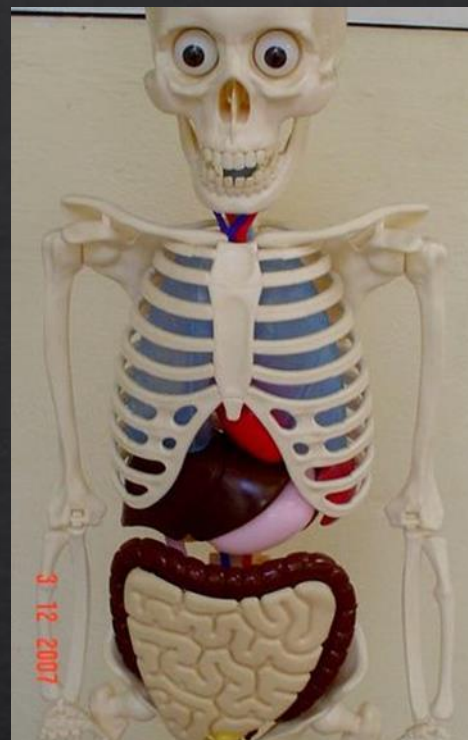
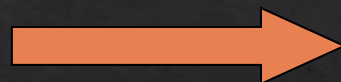
II - provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

§ 2º Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.



~~“I — o responsável
pela elaboração do
parecer jurídico
não pertencer aos
quadros
permanentes da
Administração;”~~

QUEM É ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO?



ÓRGÃO



Unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado.

Unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado.

QUEM COMPÕE O ASSESSORAMENTO JURÍDICO?

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

- I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
- II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
- III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

QUEM COMPÕE O ASSESSORAMENTO JURÍDICO?

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo 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.

QUEM COMPÕE O ASSESSORAMENTO JURÍDICO?

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

§ 2º O disposto no caput e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos **órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.**

Mediante justificativa, podem ser designados detentores de cargo em comissão.

Não é possível, no entanto, designar terceirizados para desempenhar as funções de agentes da contratação... Mas e a assessoria jurídica???

QUEM COMPÕE O ASSESSORAMENTO JURÍDICO?

O órgão de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo federal, é a **Advocacia-Geral da União**, nos termos do art. 131 e, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, as respectivas Procuradorias, conforme 132, ambos da Constituição Federal.



ASSESSORAMENTO JURÍDICO

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, **representa a União**, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A QUESTÃO DAS CARREIRAS

O cargo de Procurador Municipal é **eminente técnico**, permanente e afeto à defesa dos interesses jurídicos do ente municipal. Por essas razões, sua natureza é incompatível com o provimento em comissão já que as atribuições do cargo podem (e devem) ser exercidas independentemente de um excepcional vínculo de confiança com o Chefe do Poder Executivo.

Processo nº 225.221-8/17 - Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

A QUESTÃO DAS CARREIRAS

Em recente decisão (Acórdão nº. 769/21), o plenário do TCE -PR entendeu **NÃO SER POSSÍVEL** a emissão de Parecer Jurídico por servidor que não pertença ao Quadro Permanente do Município.

A decisão argumenta que constitui função típica da advocacia pública a emissão de Parecer concernente aos Procedimentos Licitatórios realizados pela Administração Pública Municipal.

CONCLUSÕES

- órgão de assessoramento jurídico

Composição – cargos de provimento efetivo,
cargos em comissão, empregados públicos

- Mas e os contratados????



FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

Orientações informais



Serve para orientações pontuais e sem complexidade. As respostas têm caráter provisório e condicionado, e serão sempre *em tese*, já que a consulta não vem acompanhada dos autos.

O gestor deverá estar ciente de que não é adequada a juntada de mensagens de correio eletrônico ou de *prints* de aplicativos de mensagens nos autos do processo, pois as manifestações são superficiais.

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

Orientações informais

Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU

Enunciado nº 30

É recomendável que a assessoria consultiva informal seja registrada em termo específico que contenha o resumo da consulta e as conclusões jurídicas apresentadas, devendo alertar-se o consulente quanto à indispensabilidade de manifestação formal para os casos complexos ou de natureza incompatível com análise informal.

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO



FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

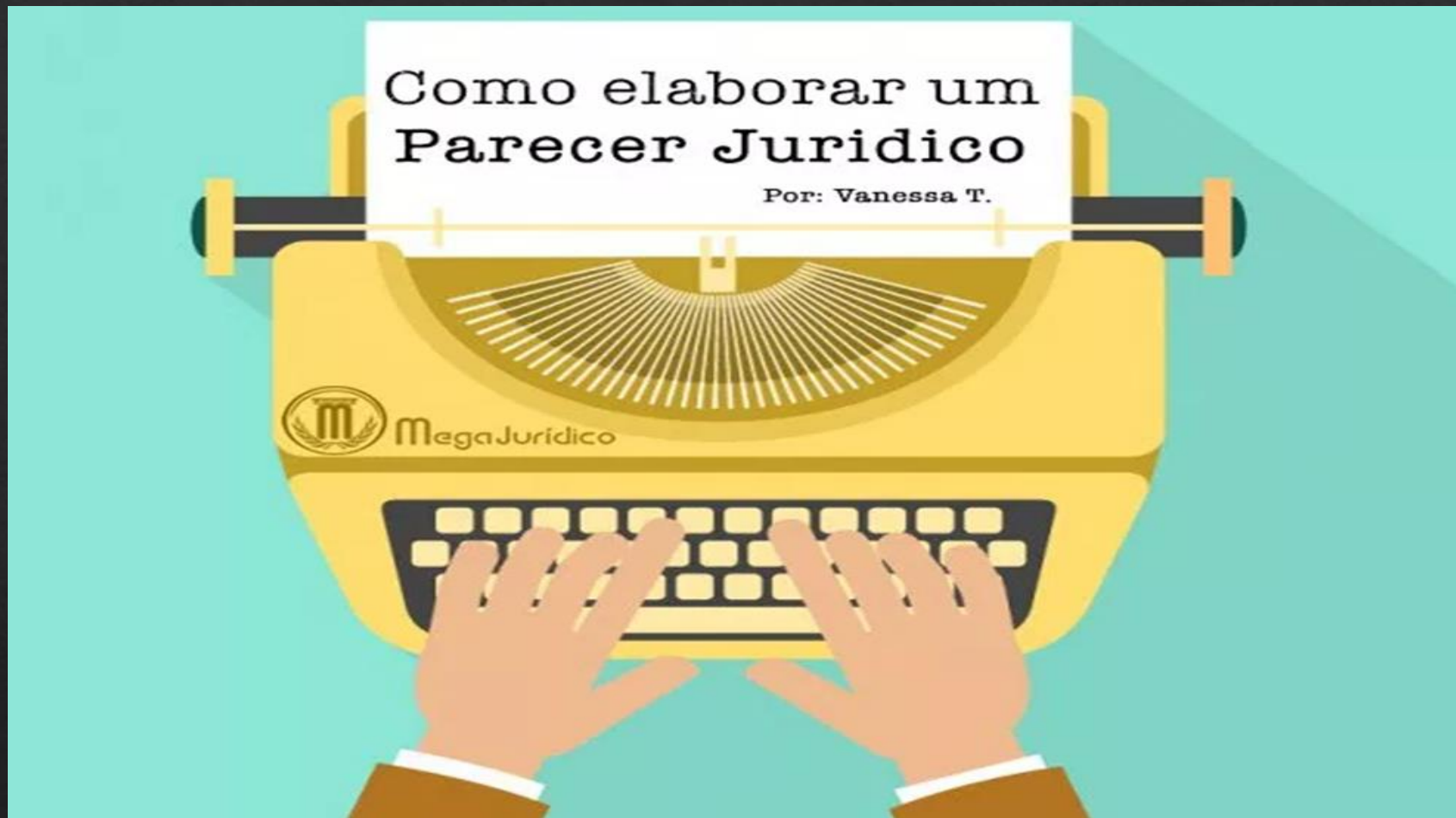
Reuniões pessoais

Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU

Enunciado nº 18

É recomendável que os Órgãos Consultivos tenham por rotina reunir-se periodicamente com os gestores assessorados e respectivas equipes, para apresentação de seus serviços jurídicos e eventual capacitação, especialmente quando houver significativa permuta de integrantes, a fim de evitar a solução de continuidade dos procedimentos administrativos sob a orientação consultiva.

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO



PARECER

Art. 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 :
III- (VETADO),

~~“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.”~~

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

Parecer

Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU

Enunciado nº 21

A análise consultiva em processos administrativos exige o exame da viabilidade jurídica do ato proposto pelo gestor e a indicação da adequada alternativa legal porventura existente.

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

Parecer



“Não haverá necessidade de retorno dos autos para nova análise jurídica, sequer para conferência das providências adotadas, pois o órgão de assessoramento jurídico não deve ser desvirtuado em auditoria de conformidade dos atos da gestão”.

(Lucas Hayne Dantas Barreto)

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO

Nota

Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU

Enunciado nº 1

As manifestações consultivas devem dar-se principalmente sob a forma de Parecer, reservando-se a Nota para hipóteses caracterizadas por análise de questão jurídica repetida ou de resolução simplificada, salvo as situações em que a utilização de Parecer decorra de observância de previsão normativa específica.

O ADVOGADO PÚBLICO E SUAS FUNÇÕES

- Apoiar o agente de contratação
- Elaborar/auxiliar nos modelos de minutas de editais e outros instrumentos
- Apreciar todo o processo licitatório e contratações diretas (controle prévio de legalidade)
- Redigir o parecer
- Auxiliar o fiscal do contrato, dirimindo suas dúvidas
- Auxiliar a autoridade no julgamento dos recursos
- Integrar a segunda linha de defesa (impropriedades = saneamento / irregularidade + dano = providências de apuração)
- Defesa das autoridades nas esferas administrativa, controladora ou judicial

O ADVOGADO PÚBLICO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES



OBRIGADA!!!!

