

ABRIL DE 2021
www.sollicita.com.br



Aline de Oliveira - 2020

CASO O GESTOR TOME UMA DECISÃO CONTRÁRIA AO QUE INDICA O PARECERISTA ELE FICA SEM GARANTIA DE DEFESA?

ENTREVISTA COM MARÇAL JUSTEN FILHO



Um produto:

**NEGÓCIOS
PÚBLICOS**



MARÇAL JUSTEN FILHO

É sócio fundador da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Foi professor titular da Faculdade de Direito da UFPR de 1986 a 2006. É professor do IDP e autor de diversos livros, sendo os mais conhecidos Comentários à Lei de Contratos de Publicidade da Administração. Lei 12.232/2010, Introdução ao Estudo do Direito, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Curso de Direito Administrativo, Pregão, Comentários ao RDC, O direito das agências reguladoras independentes e Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Foi visiting fellow no Instituto Universitário Europeu, em Florença (1999) e visiting researcher na Yale Law School (2010/2011). É palestrante frequente em conferências internacionais e seminários e já ministrou centenas de cursos e palestras para órgãos governamentais e instituições de Direito em todo o Brasil. Membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. É membro da Red Iberoamericana de Contratación Pública, da Public Contracts in Legal Globalization Network, do Grupo Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, do Núcleo de Estudos sobre Federalismo e Relações Intergovernamentais e da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.



ENTREVISTA COM MARÇAL JUSTEN FILHO



A Nova Lei traz a obrigatoriedade do assessoramento jurídico na fase do planejamento?

MARÇAL JUSTEN FILHO -

Rigorosamente, não me parece que a Lei 14.133 inove ao tratar do tema. Em princípio, parece-me que o assessoramento jurídico durante a fase interna da licitação já era obrigatório em face da Lei 8.666. Serei mais explícito. Sempre foi exigida a manifestação da assessoria jurídica sobre o processo licitatório. Aguardar para ouvir a assessoria jurídica somente no momento final da licitação sempre envolveu o risco de identificação tardia de falhas e problemas.

A Lei 14.133 alude ao parecer jurídico por ocasião da conclusão da fase preparatória (art. 53). Esse parecer versará sobre o controle prévio de legalidade dos atos praticados. Isso significará avaliar todos os atos praticados desde a instauração da fase de instrução.

Ora, é muito mais razoável obter a manifestação da assessoria jurídica ao longo da fase de planejamento para evitar o desenvolvimento de ações destituídas de respaldo jurídico.

Deve-se ter em vista, no entanto, que a manifestação da assessoria jurídica em cada momento procedimental não se constitui em requisito de validade do processo licitatório. Nada impede que o parecer emitido ao final do processo de planejamento reconheça a validade dos atos praticados.



Podia explicar a garantia de defesa no caso de observância do parecer jurídico?

MARÇAL JUSTEN FILHO -

A questão apresenta menor relevância na hipótese em que o processo de investigação se inicia enquanto o gestor ainda se encontra no exercício de suas funções. Em tais casos, é usual que o órgão de assessoramento jurídico assuma a defesa dos atos praticados.

Mas um problema relevante é o desencadeamento de processos de investigação por órgãos de controle depois de o gestor ter deixado as suas funções. Em tais situações, era usual a estrutura burocrática negar-se a defender o antigo gestor. Isso impunha a ele o ônus de assumir as despesas pela contratação de advogados, com todas as implicações daí decorrentes.

Para enfrentar esse problema, o art. 10 da Lei 14.133 previu que o gestor terá direito de ser defendido pela “advocacia pública” se, a qualquer tempo, vier a ser demandado por atos praticados com fundamento em parecer jurídico. A meu ver, tal como exponho em obra a ser lançada proximamente (Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas, a ser publicada em maio pela Editora Revista dos Tribunais), o direito a ser defendido não pode ficar dependente de um julgamento prévio a ser realizado pela própria advocacia. Em princípio, presume-se que o agente público atuou de modo conforme ao direito.



O parecer jurídico é vinculante?

MARÇAL JUSTEN FILHO -

O parecer jurídico é vinculante na medida exata de sua adequação e satisfatoriedade em face do direito.



Portanto, o parecer será vinculante quando expuser a única solução compatível com o direito. Logo, vinculante é o direito, não o parecer jurídico. É evidente, no entanto, que nem sempre a lei contempla uma solução única.

Não é cabível admitir uma espécie de “divinização” do parecer jurídico, tal como se a manifestação do assessor jurídico fosse insuscetível de erro ou de questionamento. Nada impede que, diante da discordância quanto à fundamentação ou às conclusões atingidas no parecer jurídico, o gestor contraponha os seus argumentos e estabeleça uma espécie de diálogo com o assessor jurídico.

Por outro lado, não cabe ao assessor jurídico substituir-se ao gestor no tocante às competências discricionárias. Se a lei reconhecer a legitimidade de soluções diversas e determinar que a decisão caberá à autoridade administrativa, é evidente que o assessor jurídico deverá limitar a sua atuação à indicação dos limites e pressupostos para as escolhas.

E como fica a autonomia do gestor?

MARÇAL JUSTEN FILHO -

A autonomia do gestor permanece inalterada. Mais precisamente, a autonomia do gestor é reconduzida aos limites que sempre existiram. Não é possível que o assessor jurídico infrinja a competência reservada ao gestor. O juízo de conveniência e oportunidade deve ser realizado privativamente pelo gestor. Mas daí não se segue que o gestor disponha de autonomia para decidir contra a lei ou de modo imotivado ou em termos arbitrários.

Colocada a questão em outros termos: o parecer jurídico não se destina a ser uma justificativa para toda e qualquer decisão adotada pelo gestor público. O advogado público tem como “cliente” a Administração Pública, não o gestor público. Por isso, o assessor jurídico tem o dever de identificar e apontar qualquer defeito identificado na atuação do gestor. Lembre-se que o art. 169 da Lei 14.133 estabelece a existência de uma “primeira linha de defesa” da regularidade da atividade administrativa. Ela é constituída por todos os servidores e empregados públicos que atuam no âmbito da atividade administrativa. Mas há uma “segunda linha”, que é “integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade” (inc. II). Isso significa que o assessor jurídico tem o dever formal de apontar todos os defeitos e falhas na atividade do gestor. Se não o fizer, o assessor jurídico será pessoalmente responsabilizável.

Em suma, o gestor público não dispõe de autonomia para infringir a lei. Cabe ao assessor jurídico opor-se a todos os atos que reputar ilegítimos praticados pelo gestor. Dentro dos limites da legitimidade, não cabe ao assessor jurídico qualquer interferência.

Caso o gestor tome uma decisão contrária ao que indica o parecerista ele fica sem garantia de defesa?

MARÇAL JUSTEN FILHO -

A Essa é uma questão complicada. O § 2º do art. 53 da Lei 14.133 determinava que a rejeição pelo gestor do entendimento constante no parecer acarretava a sua responsabilidade pessoal e exclusiva pelas eventuais irregularidades que viessem a lhe ser imputadas. Esse dispositivo foi vetado. Portanto, não existe dispositivo legal estabelecendo que o gestor público será responsabilizado em caso de decisão contrária ao constante de parecer da assessoria jurídica.

Mas a questão não pode ser resolvida de modo formal. Como eu disse, não é defensável a ideia da “divinização” do parecer jurídico.



É imperioso tomar em vista que o conteúdo do parecer jurídico pode conter equívoco. Esse equívoco não desaparece simplesmente por constar de um parecer jurídico.

Suponha-se o gestor identifique o equívoco no parecer jurídico e repute que a solução mais compatível como direito é deixar de observar o referido parecer. Em tal hipótese, seria uma imprudência simplesmente ignorar o parecer e agir tal como se ele não existisse. É indispensável apontar o equívoco, insistir com a revisão do entendimento pelo parecerista. Se insistir no equívoco, surge a possibilidade da responsabilização do parecerista. Lembre-se que a responsabilidade pessoal por atos eivados de dolo ou erro recai não apenas sobre o gestor, mas também sobre o parecerista.

Em último caso, o gestor tem a alternativa de afastar o parecer equivocado. Mas isso deve ser acompanhado de cautelas relevantes. Se for viável obter outro parecer, de outro órgão ou assessor jurídico, isso será de grande valia.

Se o gestor público deliberar ignorar o parecer jurídico, sem expor motivos e fundamentos, há o risco de que, posteriormente, tenha dificuldade de obter a defesa da advocacia pública.



Acredita que isso coíbe os gestores, já que eles não vão querer discrepar do parecer jurídico (mesmo que esteja errado) e correr o risco de ficar sem apoio jurídico depois?

MARÇAL JUSTEN FILHO -

Sim, parece-me que a finalidade da lei é precisamente essa. Trata-se de reconhecer que o risco de equívoco em caso de observância de um parecer jurídico é menor do que aquele em que o gestor atue sem respaldo em parecer algum ou de modo contrário ao parecer jurídico. A Lei parte do pressuposto de que o parecer jurídico realiza a avaliação mais satisfatória quanto à regularidade da ação administrativa.

Nesse contexto, é fundamental tomar em vista a relevância do assessoramento jurídico e a necessidade de contar com profissionais qualificados.

Mais ainda, sempre que existir um “parecer jurídico errado” é indispensável apontar formalmente a ocorrência. Tal como incumbe ao assessor jurídico identificar e apontar os erros do gestor, cabe idêntica atribuição ao gestor público.



Um produto:

**NEGÓCIOS
PÚBLICOS**

www.sollicita.com.br
www.negociospublicos.com.br