

O Papel da Assessoria Jurídica Como Aliada No Processo De Contratação e De Fiscalização de Contratos Administrativos

- Michelle Marry
- Advogada da União
- Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitação e Contratos







Hely Bolado
@hely_bolado



No consultivo dorme tranquilo quem diz "pode, desde que observado o ordenamento jurídico e precedentes de todos os tribunais, a ser atestado pelo gestor, que, inclusive, pode divergir deste entendimento, por sua conta e risco".

16:50 · 24/08/2022 · [Twitter for iPhone](#)

- 
- **Governança** (art. 11, parágrafo único da NLLC/ Portaria-SEGES nº 8.678 de 2021);
 - **Art. 2º, inciso III: Governança das contratações públicas:** conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para **avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas**, visando a **agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis**;
 - **Art. 1º, § 1º: A alta administração dos órgãos e entidades de que trata o caput deve implementar e manter mecanismos e instrumentos de governança das contratações públicas**;
 - **Art. 5º, IX: padronização e centralização de procedimentos**, sempre que pertinente.
- 




➤ Art. 16. Compete ao órgão ou entidade, quanto à gestão de riscos e ao controle preventivo do processo de contratação pública:

I - estabelecer diretrizes para a gestão de riscos e o controle preventivo que contemplem os níveis do metaprocessos de contratações e dos processos específicos de contratação;


II - realizar a gestão de riscos e o controle preventivo do metaprocessos de contratações e dos processos específicos de contratação, quando couber,

IV - metaprocessos de contratação pública: rito integrado pelas fases de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato, e que serve como padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados;





➤ **Fases do Procedimento licitatório:**

- 1) **Preparatória.** Planejamento da contratação (instrução do processo. Planejamento alinhado com o plano de contratações anual, que é elaborado a partir das diretrizes do Plano de Logística Sustentável, que deverá estar alinhado ao planejamento estratégico do órgão. Art. 10, par. único);
 - 2) **Seleção do fornecedor,** e;
 - 3) **Execução/gestão do contrato.**
- 

Insumo:
Necessidade
de
negócio/Esco
lha da
solução:
DFD/ETP



AP/TR/PB



Edital




Contrato



Contratação :
Atender à
necessidade do
órgão ou
entidade; garantir
a isonomia na
competição entre
os possíveis
fornecedores;
buscar o preço
compatível com o
mercado;





Art. 18. **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:**

I - **a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar** que caracterize o interesse público envolvido;

II - **a definição do objeto para o atendimento da necessidade**, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - **a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;**





IV - **o orçamento estimado**, com **as composições dos preços utilizados para sua formação**;

V - a **elaboração do edital de licitação**;

VI - a **elaboração de minuta de contrato**, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - **o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia**, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - **a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto**;





[GUIA NACIONAL DE CONTRATAÇÕES SUSTENTÁVEIS - 5ª EDIÇÃO
JUL/2022](#)







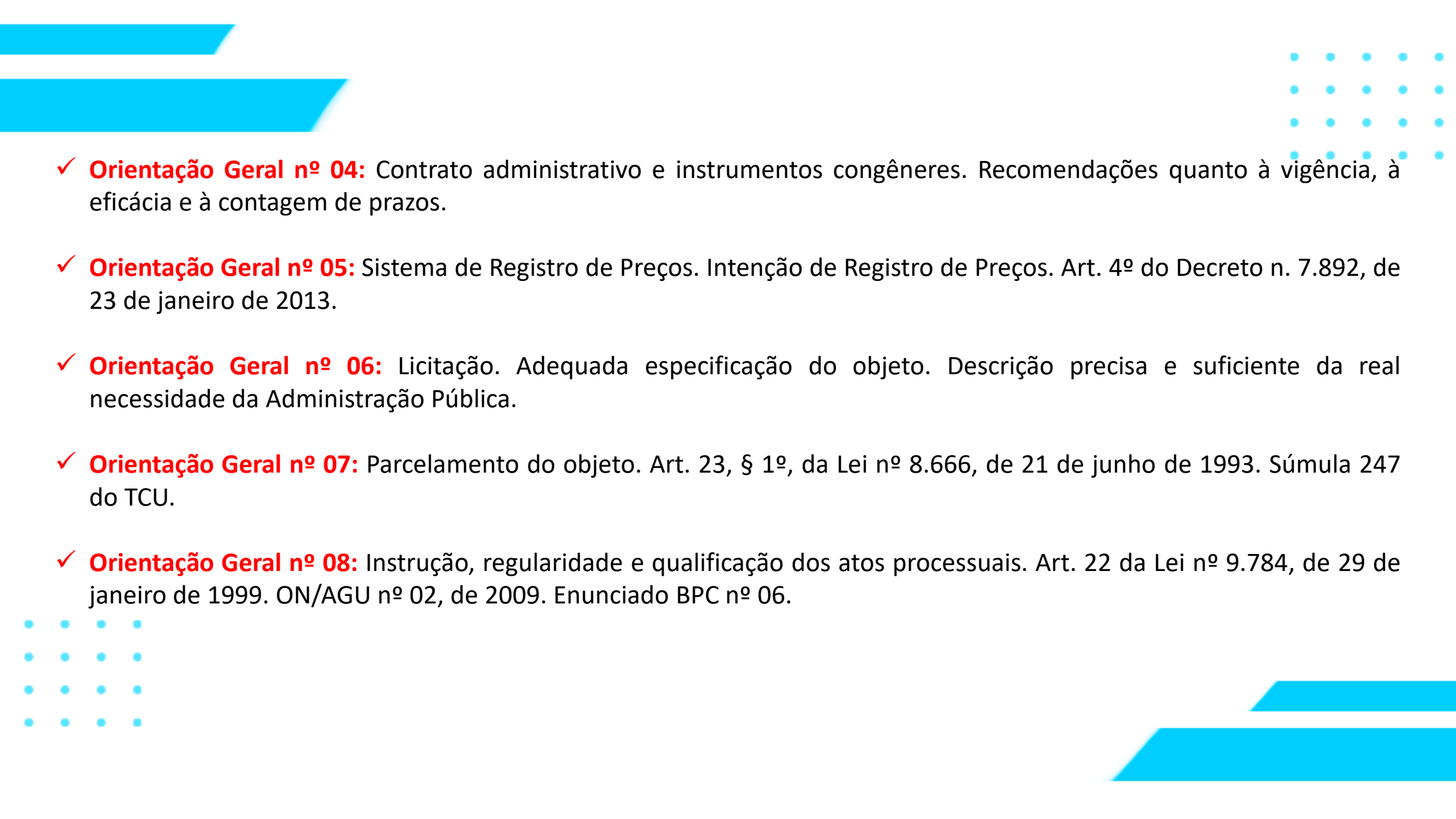
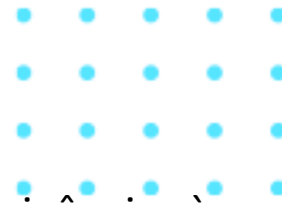

IX - a **motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto**, e de **qualificação econômico-financeira**, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, **e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio**;

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

XI - a **motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação**, observado o art. 24 desta Lei.



- 
- 
- Em 2020, foram editadas as **Orientações Gerais da Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para a instrução de processos de Licitações e Contratos**, as quais trazem um compilado de oito Orientações Gerais endereçadas aos órgãos assessorados e a **Padronização de Procedimentos de Contratação**;
 - ✓ **Orientação Geral nº 01:** Contrato administrativo. Análise da vantagem da contratação. Pesquisa de mercado para estimativa de preços e preços referenciais.
 - ✓ **Orientação Geral nº 02:** Decreto n. 10.193, de 27 de dezembro de 2019. Limites e instâncias de governança do Poder Executivo Federal.
 - ✓ **Orientação Geral nº 03:** Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Entrada em vigor de novo normativo que dispõe sobre execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal.
- 
- 

- 
- 
- ✓ **Orientação Geral nº 04:** Contrato administrativo e instrumentos congêneres. Recomendações quanto à vigência, à eficácia e à contagem de prazos.
 - ✓ **Orientação Geral nº 05:** Sistema de Registro de Preços. Intenção de Registro de Preços. Art. 4º do Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013.
 - ✓ **Orientação Geral nº 06:** Licitação. Adequada especificação do objeto. Descrição precisa e suficiente da real necessidade da Administração Pública.
 - ✓ **Orientação Geral nº 07:** Parcelamento do objeto. Art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Súmula 247 do TCU.
 - ✓ **Orientação Geral nº 08:** Instrução, regularidade e qualificação dos atos processuais. Art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. ON/AGU nº 02, de 2009. Enunciado BPC nº 06.
- 



➤ **Orientação Geral nº 06:**


- a) o Projeto Básico e/ou o Termo de Referência devem trazer o conjunto de elementos necessários e suficientes de caracterização do objeto a ser contratado, com nível de precisão adequado para a correta compreensão dos potenciais licitantes;
- b) a incorreta descrição do objeto pode constituir-se em razão do afastamento de licitantes aptos a atender à necessidade administrativa;**
- c) a descrição detalhada do objeto não pode resultar na previsão de características excessivas, impertinentes e irrelevantes que restrinjam injustificadamente a ampla competitividade e o tratamento isonômico dos participantes;
- d) o gestor deverá tomar as cautelas necessárias para assegurar que as especificações correspondam àquelas essenciais ao bem, sem as quais, não poderão ser atendidas as necessidades da Administração, evitando por outro lado, detalhes considerados supérfluos ou desnecessários, que possam limitar a competição indevidamente;
- e) como medida excepcional, admite-se a indicação de marca, características ou especificações exclusivas, desde que tecnicamente justificável por meio de critérios objetivos, seja para fins de padronização, seja para fins de parâmetro/referência;





➤ **SÚMULA Nº 177/TCU:**

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão;





➤ **Portaria nº 8.678, de 2021:**


❖ **Política de interação com o mercado fornecedor e com associações empresariais**

Art. 15. **Compete ao órgão ou entidade, quanto à interação com o mercado fornecedor e com associações empresariais:**


I - promover regular e transparente diálogo quando da confecção dos estudos técnicos preliminares, de forma a se obterem insumos para a otimização das especificações dos objetos a serem contratados, dos parâmetros de mercado para melhor técnica e custo das contratações, e das obrigações da futura contratada, conforme dispõe o art. 21 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (audiência pública/consulta pública);

II - observar a devida transparência acerca dos eventos a serem conduzidos na fase da seleção do fornecedor, respeitados os princípios da isonomia e da publicidade;



- 
- **Consultoria:** Orientação pontual. Entende o caso e apresenta solução. **Pode ser atuação preventiva.**
 - **Assessoramento Jurídico:** Orientação no desenvolvimento de uma atividade/projeto. **Orientação constante.**
 - **BPC nº 45/AGU;**

Nos termos da legislação específica, a **atividade de consultoria jurídica** compreende pronunciamentos típicos exteriorizados em expedientes e mediante figuras de manifestação formais, ao passo que **a atividade de assessoramento jurídico** abrange outras atividades decorrentes do exercício das atribuições próprias da função de **Advogado Público Federal**, a exemplo de orientações jurídicas prestadas em reuniões, por interlocuções telefônicas, por mensagens eletrônicas ou por outros meios de exteriorização de menor formalismo, conforme também **disciplinadas em lei ou norma específica da AGU.**









➤ **Art. 1º, incisos I e II da Lei nº 8.906/1994** (Estatuto da OAB/Atividades privativas de advocacia. I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – consultoria, assessoria e direção jurídicas;).

➤ **Legislação específica:** Art. 1º, par. único, da Lei Complementar 73/1993 (AGU: À **Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo**, nos termos desta Lei Complementar).

➤ **Lei nº 9028, de 12 de abril de 1995.** Arts. 21 e 22 (ADI 2888/falta de interesse de agir. Trânsito em julgado 23.02.2022):

✓ **Art. 22: A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente:**




- 
- 
- 1) os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição;**
 - 2) os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais;**
 - 3) de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.**
- 
- 




➤ **Lei nº 13.327/2016, art. 37, inciso XVII:**

Art. 37. Respeitadas as atribuições próprias de cada um dos cargos de que trata este Capítulo, **competete a seus ocupantes:**

XVII - **atuar na defesa de dirigentes e de servidores da União**, de suas autarquias e de suas fundações públicas quando os atos tenham sido praticados dentro das atribuições institucionais e nos limites da legalidade, **havendo solicitação do interessado;**





➤ **Art. 8º, § 3º da NLLC - Apoio dos órgãos de assessoramento jurídico à atuação do agente de contratação e sua equipe de apoio.** Art. 11, incisos I e III da Lei Complementar nº 73/1993. Fiscais também?


➤ **“Conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado.”**
Capítulo **dos agentes públicos** (Capítulo IV do Título I da NLLC);

➤ **Art. 117, § 3º da NLLC:**

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

§ 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.







§ 3º **O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração**, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

➤ **Estados e Municípios:** Municípios sem procuradorias próprias podem contratar profissional para fazer a defesa? **Funções essenciais à justiça:** Arts. 131 (AGU) e 132 (Procuradores dos Estados e do DF) da CF. **Acórdão nº 1.053/22 – Tribunal Pleno TCE/PR (Parecer jurídicos em procedimentos licitatórios e/ou contratações diretas sejam elaborados pelos Procuradores Jurídicos concursados, titulares de cargos efetivos).**

➤ **Art. 10 da NLLC – Representação Judicial e Extrajudicial das autoridades competentes e dos servidores públicos** (a seu critério) em razão de ato praticado com fundamento em parecer jurídico (com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico). Esferas **administrativas, controladora e judicial.**





➤ **O que é um parecer?** Agentes administrativos emitem opiniões sobre matérias submetidas para sua apreciação;

➤ **Vinculação ao entendimento do órgão?**

➤ **BPC nº 19 Enunciado:**

Se a consulta possibilitar mais de uma solução jurídica igualmente plausível e sustentável, convém que a manifestação consultiva leve ao conhecimento do consulente também o entendimento jurídico alternativo e sua respectiva fundamentação.

➤ **Manifestação jurídica facultativa** (não está obrigada a emitir) x **obrigatória** (lei obriga);

➤ **É vinculante? Quem opina pode decidir?**



➤ **STF AgReg no HC nº 155.020)**

Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de **natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória** (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), **porém não vinculante**". Publicação: 05/11/2018

➤ **BPC nº 07 Enunciado:**

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, **evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos**, tais como **os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade**, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.




➤ **Exceção: Prova da prática do ilícito doloso?** Art. 10, § 1º da NLLC.

➤ **Art. 19, IV** - Instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno modelos de minutas de editais, TR, contratos etc. Art. 11, inciso VI, da Lei Complementar nº 73/1993;

➤ **BPC nº 33/AGU:**

Como o Órgão Consultivo desempenha importante função de estímulo à padronização e à orientação geral em assuntos que suscitam dúvidas jurídicas, **recomenda-se** que **a respeito elabore minutas-padrão de documentos administrativos e pareceres com orientações in abstrato**, realizando capacitação com gestores, a fim de evitar proliferação de manifestações repetitivas ou lançadas em situações de baixa complexidade jurídica.





➤ **Pode outros documentos? Estados e Municípios podem** adotar as minutas padronizadas do Poder Executivo federal?

➤ **Art. 53 da NLLC:** Controle prévio de legalidade pelo órgão de assessoramento jurídico do processo licitatório x Controle preventivo de juridicidade dos atos administrativos.

❖ **Portaria AGU nº 2, de 5 de janeiro de 2021;**

➤ **Art. 72, inciso III da NLLC:** Necessidade de parecer jurídico na contratação direta;


➤ **Art. 168, par. Único da NLLC** (impugnação, pedido de esclarecimento e recurso);





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.**

§ 1º **Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:**


- I - **apreciar o processo licitatório** conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;
 - II - **redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;**
- 



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

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração **também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.**

§ 5º **É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente**, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.





➤ **Art. 169 – Controle Preventivo** das Contratações Públicas:

- **Primeira linha de defesa**: Exercida por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
- **Segunda linha de defesa**: Exercida por análise feita por unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
- **Terceira linha de defesa**: Feita por órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

➤ **Autotutela – Súmula 473 do STF;**






➤ **PARECERES REFERENCIAIS:**

✓ **ON/AGU nº 55, de 2014:**

I - **Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial**, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão **dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos**, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) **o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar**, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) **a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos**.






➤ **Dois requisitos para que seja elaborada a manifestação jurídica referencial:** (a) o volume de processos com matéria repetida; e (b) a natureza da atividade jurídica de mera verificação de atendimento às exigências legais, a partir da conferência de documentos.

➤ **Pareceres referencias CONJUR/MJSP:**

2) n. 00003/2018/CONJUR-MJ/CGU/AGU: Prorrogação prazo de vigência Acordo de Cooperação Técnica;

3) n. 00001/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU: Prorrogação do prazo de vigência de convênio (Portaria Interministerial nº 507/2011);

4) n. 00003/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU: Termo aditivo a contrato de serviço continuado. Prorrogação do prazo de vigência;





5) n. 00006/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU: ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA NACIONAL. ÓRGÃO, ENTE OU ENTIDADE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE REPASSE FINANCEIRO;

6) n. 00001/2021/CONJUR-MJSP/CGU/AGU: Aditivo. Convênio firmado com Estados-Membros e Municípios sob a égide da Portaria Interministerial n. 424/2016. Prorrogação do prazo de vigência. Ausência de parcela de recursos a liberar;

7) n. 00008/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU: Parecer referencial para celebração de termo de execução descentralizada pelas unidades do Ministério da Justiça e da Segurança Pública;

8) Convênios: Secretaria Nacional de Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, Fundo de Defesa de Direitos Difusos, Secretaria de Gestão e Ensino em Segurança Pública (Segen), Secretaria Nacional de Justiça;

9) n. 00001/2022/CONJUR-MJSP/CGU/AGU: Termo de doação;



“Nada que seja realmente importante e capaz de mudar a vida das pessoas se constrói sozinho.”

Insta: @michellemarryadv

 Obrigada!

