

# **A ADVOCACIA PÚBLICA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONALIZADO**

Rui Magalhães Piscitelli<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa a fazer uma primeira análise sobre as alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 4.253, de 2020, com Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, e remetido à sanção do Presidente da República, após o Parecer nº 181/2020-PLN/SF. Mas o enfoque do presente artigo é a previsão da atuação da Advocacia Pública nesse cenário. Entretanto, preliminarmente, contextualizar-se-á o Direito Administrativo, ramo no qual vêm tratadas as Licitações e Contratos Administrativos, sobretudo com suas profundas mudanças ocorridas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1.988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Constituição Federal. Licitações. Contratos Administrativos. Advocacia Pública. Alterações. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020.

## **1. INTRODUÇÃO:**

Em Sessão deliberativa remota do Senado Federal, datada de 10 de dezembro de 2020, foi proferido pelo Senador Antonio Anastasia o Parecer nº 181/2020-PLN/SF, concluindo pela aprovação do PL nº 4253/2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS nº 559/2013), com a apresentação das Emendas nºs 1 a 11 - PLN, de redação, e apresentação de ressalvas, bem como de complementação posterior.

Assim, pois, o escopo do presente artigo é a análise do Avulso inicial da matéria, vindo da Câmara dos Deputados, com as ressalvas contidas no referido Parecer, no âmbito do Senado Federal, do que, após, seguiu o texto para análise de sanção do Presidente da República.

Todavia, na presente assentada, o enfoque da referida análise será a atuação da Advocacia Pública nesse novo cenário legislativo.

---

<sup>1</sup> Advogado Público Federal. Especialista em Processo Civil. Mestre em Direitos Fundamentais. Professor de Graduação e de Pós-graduação em Direito Administrativo e Financeiro. Autor de diversas obras nas áreas de Direito Administrativo e Direito Financeiro. Certificado em notória especialização e em notória experiência em Administração Pública.

Mas, antes, iniciaremos por fazer uma contextualização das sensíveis mudanças que o Direito Administrativo vem passando desde a década de 90 do século XX, as quais passaram a pautar a necessidade de uma Administração Pública diferente em relação ao modelo até então adotado.

E tais reflexões levam à importância na análise do dever atribuído à Advocacia Pública de, com assento constitucional e como Função Essencial à Justiça, propiciar, na atividade de consultoria e de assessoria jurídicos, a análise prévia da juridicidade, no âmbito do Estado brasileiro, tanto do processo licitatório, quanto das sanções que porventura venham a ser aplicadas ao licitante ou ao contratado, sem descuidar da representação judicial e extrajudicial que venham a fazer, em relação aos agentes públicos, na medida de sua atuação em observância aos entendimentos previamente exarados pelos Advogados Públicos.

Boa leitura a todos, cômicos de que estamos restritos a uma primeira análise dessas alterações legislativas, as quais, com certeza, somente tornar-se-ão efetivas à medida de sua aplicabilidade, tanto no seio da Administração Pública, quanto na interpretação judicial a que vier ser conferida aos litígios que se apresentem.

## **2. UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONALIZADO:**

O Direito Administrativo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1.988, passou a sofrer fortes mudanças.

E isso passa, inicialmente, pelo seu papel dentro da organização do Estado Brasileiro.

Pois então, o Direito Administrativo, até então, era visto como um instrumento dos Governantes para que se pudesse estabelecer limites aos próprios cidadãos brasileiros.

O Direito Administrativo era tido como um rol de regras infraconstitucionais, interpretando-o em uma aplicação direta, sem uma hermenêutica iniciada a partir dos ditames constitucionais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1.988, então, a Administração Pública ganha assento constitucional, especificamente no Capítulo VII do Título III, da Organização do Estado.

Ou seja, a Administração Pública ganha o *status* constitucional, com tudo que isso possa representar, a partir de uma localização privilegiada dentro da própria organização do Estado Brasileiro, e de uma revolucionária mudança no método de interpretação do próprio Direito Administrativo, a saber, a partir da Constituição, dentro da Constituição, e não mais, infraconstitucional.

Esse cenário é bem apanhado por BARROSO, em artigo intitulado “A Constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito Administrativo”:

A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.<sup>3</sup> Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.<sup>2</sup>

Tal conquista, para o Direito Administrativo, foi de grande importância, na medida em que sua própria interpretação não mais se dá abaixo da Constituição, em um rol emaranhado de regras soltas, mas, sim, em um sistema, no qual, a partir da Carta Maior, desenha-se um novo sistema interpretativo, a saber, de normas jurídicas, com os princípios e as regras.

### 3. A ADVOCACIA PÚBLICA CONSTITUCIONALIZADA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA:

A Advocacia Pública foi, sabiamente, incluída como Função Essencial à Justiça na Constituição Federal.

Isso porque as funções da Advocacia Pública ultrapassam em muito a defesa propriamente dita de seus clientes diretos, quais sejam, os órgãos e entidades públicos.

A Advocacia Pública, sim, cumpre esse papel contencioso, mas, além disso, exerce a consultoria e o assessoramento jurídicos no âmbito do Estado brasileiro, garantindo, pois, a juridicidade dos atos administrativos a serem praticados.

Por isso, a Advocacia Pública não se confunde com Administração Pública. Na atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, os Advogados Públicos exercem uma função típica de controle daquela.

Esse cenário de controle estatal, através da Advocacia Pública, vem contextualizado por MOREIRA NETO. A saber<sup>3</sup>:

**Essas atividades, que se legitimam não pela investidura eleitoral, mas pela fidelidade republicana em seu próprio exercício e, sobretudo, pelos resultados que produzem,** progressivamente se estão impondo, tangidas pelos ventos da consensualidade e da flexibilidade, facilitando o atendimento de toda sorte de demandas que são próprias da complexidade e do pluralismo contemporâneos, como encontradas em sociedades cada vez mais densas (...)

**Importantes exemplos atuais dessas instituições híbridas podem ser apontados** nas cortes administrativas técnicas de controle, como o são os

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. RDA – Revista de Direito Administrativo, rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, set./dez. 2011.

tribunais de contas em geral,<sup>33</sup> e alguns órgãos específicos de controle externo no exercício de funções contramajoritárias;<sup>34</sup> nos Ombudsmen, de tradicional criação escandinava;<sup>35</sup> **nas várias modalidades de advocacias independentes, privadas e públicas, como, no Brasil, o são as Funções Essenciais à Justiça.** (grifos apostos)

Assim, pois, aos Advogados Públicos, cumpre, na função de consultoria e de assessoramento jurídicos, a defesa do próprio Estado Brasileiro, de maneira permanente, e com as prerrogativas que lhe são próprias, justamente para o exercício dessa função de controle governamental.

Nessa linha, também MOREIRA NETO dá o dever aos Advogados Públicos de buscarem a interpretação jurídica mais consentânea com o ordenamento jurídico. Bem assim.<sup>4</sup>

Ao se tratar da aplicação dos princípios jurídicos, houve uma referência à ponderação, como método para se solucionar os aparentes conflitos principiológicos, daí este princípio da ponderação ou da ponderabilidade. Aparentes, diz-se, porque, distintamente dos preceitos, a colidência entre princípios antagônicos não leva à derrogação de nenhum deles, mas a um dever jurídico do aplicador de bem harmonizá-los, o que também se ressaltou na apresentação do instituto. **Ora, se existe este dever de ponderação, tem-se aqui muito mais do que de um método ou de um resultado de sua aplicação, mas de um autêntico princípio jurídico, tão importante quanto qualquer outro de natureza instrumental, pois sua função é a de concorrer tanto para conduzir o legislador à formulação do melhor preceito em abstrato, quanto para orientar o aplicador para atingir a mais perfeita observância da ordem jurídica no caso concreto. O objeto da ponderação está mais no nível dos processos interpretativos, onde se situam os valores, os interesses, os bens, as liberdades e, coroando-os, os direitos fundamentais** (grifos apostos)

Assim, pois, a hermenêutica jurídica faz parte da prática diária de tais intérpretes.

Nesse sentido, ganha relevo a manifestação jurídica prévia dos Advogados Públicos nos processos licitatórios, a fim de assegurar a segurança jurídica necessária aos Gestores Públicos.

Mas outro enfoque que não pode escapar à nossa análise, é a segurança jurídica que as manifestações jurídicas prévias proporcionam à aplicação de sanções, no âmbito de tais processos administrativos, que envolvem, além de vultosos recursos públicos, a concreção dos princípios constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

---

<sup>4</sup> MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p 94.

O Direito Administrativo Sancionador, firmado sobre os direitos fundamentais, é o ramo especializado que traz normas, ou seja, regras e princípios, a fim de que as penalidades administrativas sejam aplicadas, de maneira, também, constitucionalizada.

A inobservância de tais garantias, além de sujeitar o Estado à judicialização, provoca o rompimento da promessa constitucional do devido processo sancionador, insculpida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, como direito fundamental.

MOREIRA NETO E GARCIA trazem-nos a importância de garantir a plena juridicidade a esse processo sancionador:<sup>5</sup>

E é a partir do núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito que se espraiam elevados princípios que são hoje parâmetros essenciais na aplicação do poder punitivo estatal: segurança jurídica, devido processo legal, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, legalidade e tipicidade. Do Estado, exige-se, portanto, coerência e unidade de critérios para que se garanta essa imprescindível segurança jurídica aos cidadãos, notadamente quando se pretende tipificar comportamentos proibidos e apená-los, admitindo que a liberdade e o patrimônio dos particulares possam ser constrangidos.

Dessa maneira, então, dentro do processo licitatório, ou, mesmo, durante a execução contratual, pode surgir outro processo, o sancionador, o qual, também, demandará prévia análise jurídica por parte da Advocacia Pública.

Nesse sentido, é digna de aplauso a inovação no sentido de obrigatoriedade de prévia manifestação do Órgão da Advocacia Pública quando da aplicação, pela Administração Pública, das sanções previstas na Lei nº 12.846, de 2013, a lei anticorrupção. Nesse sentido, o contido no parágrafo 2º do seu artigo 6º: “ A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.”

No nosso ponto de vista, é inaceitável, inclusive, que, no âmbito de quaisquer processos administrativos, a Advocacia Pública não seja chamada para opinar previamente à aplicação das sanções que vierem a ser aplicadas aos particulares, quer pessoas físicas ou jurídicas.

Isso porque, além de preservar a Administração de futura judicialização (em face, de regra, da precária instrução e análise de proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas), também, e sobretudo, a própria efetividade do devido processo administrativo-sancionador, enquanto direito fundamental insculpido na Constituição

---

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e GARCIA, Flavio Amaral. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

Federal, deve ser buscada. E a obrigatória prévia manifestação jurídica, com certeza, muito contribuirá para a pacificação da relação Estado-administrado.

Ao final, também trazida na novel legislação, vêm trazidas previsões, já existentes no ordenamento jurídico, de que os agentes públicos, uma vez agindo em conformidade com a prévia análise exarada pela Advocacia Pública, são merecedores da representação judicial e extrajudicial por parte daquela.

Tal atividade se sustenta, também, por previsão constitucional, e, na medida em que a Advocacia Pública vem a atestar a prévia juridicidade dos atos praticados pelos agentes públicos, é o próprio Estado brasileiro que é representado por aquela, através de atos praticados por seus agentes.

Assim, pois, a Advocacia Pública, como patrimônio da sociedade brasileira, contando com prerrogativas próprias, necessárias que as são, a fim de evitar sua captura pelos interesses governamentais temporários, deve, sempre, mirar no interesse maior, a saber, do Estado Brasileiro.

#### **4. UMA PRIMEIRA MIRADA NAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS NO PROJETO DE LEI Nº 4.253, DE 2020, COM SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, E REMETIDO À SANÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA APÓS O PARECER Nº 181/2020-PLEN/SF, COM ENFOQUE NA ADVOCACIA PÚBLICA:**

##### **4.1 Os antecedentes das alterações legislativas:**

Primeiramente, não devemos olvidar que as licitações e os contratos administrativos têm assento constitucional, vindo o constituinte a prevê-los em dois dispositivos, a saber:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pois, então, nesse cenário, então, a União veio a editar, após a Constituição de 1988, a Lei nº 8.666, de 1993, como normas gerais de licitações e de contratos administrativos, para todos os Entes.

Destaque-se, pois, em 2002, a edição da Lei nº 10.520, a lei do pregão, editada em um cenário de Administração gerencial, principalmente com as influências da década de 90 do século XX.

Com ela, a maior parte dos processos administrativo licitatórios foram retirados da própria Lei nº 8.666, de 1993, posto, em se tratando de bens e serviços comuns, conceito este, aliás, cada vez mais alargado, a sua utilização, inclusive, veio a tornar-se obrigatória, com a edição do Decreto nº 5.450, de 2005, no âmbito federal.

Ademais, tal Decreto, ainda, trouxe a forma eletrônica no processamento das licitações, o que veio a aumentar a competitividade, e, assim, a forçar uma queda brusca nos preços contratados pela Administração Pública.

Assim, a agilidade, sobretudo com o procedimento da inversão de fases, que, na fase externa, vem a se definir com o julgamento da proposta antes dos procedimentos de checagem de habilitação dos licitantes, e a forma eletrônica, que veio a aumentar a competitividade, são grandes conquistas de um sistema licitatório mais adaptado à contemporaneidade do Direito Administrativo.

Todavia, mais avanços sucederam-se.

Em 2011, com a edição da Lei nº 12.462, criando o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, inicialmente, exclusivo para as grandes obras de infraestrutura preparatórias aos Jogos, os mais variados, que o Brasil, a partir, de então, passaria a sediar, agora também as obras, e as mais complexas, passaram a ter instrumentos análogos ao próprio pregão, que vieram a garantir agilidade às contratações públicas, ressaltando-se que, quanto aos preços, devido à falta de planejamento estatal, e à baixa concorrência em alguns setores do Brasil, como o de construção civil de grandes obras, e não aos instrumentos da lei do RDC, não houve grandes conquistas.

Nesse cenário, então, incorporando tais avanços, e, aqui, já fazemos nossa primeira avaliação, a saber, o Projeto de Lei nº 4.253, de 2020, com o Substitutivo da Câmara dos Deputados, representa uma grande compilação de tudo o quê discorremos acima, a saber, a Lei do pregão, a Lei do RDC, além de entendimentos do Tribunal de Contas da União e contribuições da Advocacia-Geral da União, bem como, ainda, de normas administrativas do Órgão central no âmbito federal.

E essa compilação observaremos na grande maioria dos seus dispositivos, vindo, se sancionado, e na sua medida, a revogar as Leis nº 8.666, de 1993, a Lei nº 10.520, de 2020, e a Lei nº 12.462, de 2011, no ponto de que trata sobre o RDC.

#### **4.2 Análise do PL nº 4.253, de 2020, com o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS nº 559, de 2013, com as ressalvas do PARECER Nº 181, DE 2020 - PLEN/SF, com enfoque na atuação da Advocacia Pública:**

Neste ponto, então, trataremos sobre as disposições afetas à Advocacia Pública no Projeto de Lei atualmente em análise para sanção por parte do Presidente da República.

Ou seja, analisaremos o Avulso inicial do PL nº 4.253, de 2020, com o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS nº 559, de 2013, com as ressalvas do PARECER Nº 181, DE 2020 - PLEN/SF.

Assim, pois, quando não mencionarmos recusa expressa trazida no referido Parecer, subentende-se que a redação aqui trazida, contida no Avulso oriundo da Câmara dos Deputados, foi mantida pelo Senado Federal.

Mas, antes, destaque-se, no art. 5º do Avulso, ao excerto que introduz a aplicação “assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

Nesse sentido, destacamos a harmonização da nova lei geral de licitações e contratos administrativos ao novo cenário contemporâneo do Direito Administrativo Brasileiro.

Sobre a inclusão dos arts. 20 a 30 na LINDB, também já nos manifestamos favoravelmente, do que assim deixamos já assentado:<sup>6</sup>

Enaltecemos e saudamos bravamente tal introdução legislativa, haja vista a necessidade de observância à segurança jurídica, como princípio basilar do Direito Administrativo. (...)

Continuam as alvissareiras inclusões no ordenamento jurídico brasileiro, desta feita no seu art. 26, abaixo, que reconhece a função constitucional da Advocacia Pública como órgão permanente e isento, do próprio Estado, sem ligações governamentais, como fiscal da própria Administração Pública: (...)

Também no art. 30 a segurança jurídica é expressamente valorizada, ao lado, inclusive, do controle social da Administração Pública: (...)

Renovamos, então, em muito boa hora estão sendo feitas inclusões na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Mas, do que elas tratam? Em essência, sobre a maximização dos recursos públicos. (...)

---

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/sejam-bem-vindas-mudancas-lindb-sociedade-brasileira-agradece> Acesso em: 03/01/21.

Poder-se-ia, ainda, perguntar: esse projeto representa os Governos, temporários? As ideias ora trazidas na inclusão dos arts. 20 a 30 na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro representam alguma novidade? Cremos que não, como resposta a ambas perguntas, senão constituem garantias para o próprio Estado que melhor maximize os recursos públicos. Tanto é assim que, nos idos de 2009, uma Comissão de juristas renomados no Direito Administrativo apresentou um anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, do que recortamos, assinalando que a Comissão de juristas, constituída que o foi através da Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, tinha nomes como Carlos Ari Sundfeld, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros expoentes administrativistas brasileiros: (...)

Assim, pois, saudamos a inserção expressa da aplicação dos arts. 20 a 30 da LINDB às licitações e aos contratos administrativos, pois vão exatamente ao encontro do que defendemos, a saber, a constitucionalização do Direito Administrativo Brasileiro a partir da década de 90 do século XX.

Atente-se que a ponderação jurídica por parte dos Advogados Públicos que deverá ser promovida, com base nas novas disposições consequencialistas trazidas nos arts. 20 a 30 da LINDB.

No art. 10 do Avulso oriundo da Câmara dos Deputados, a representação judicial e extrajudicial dos agentes públicos que atuaram nos processos licitatórios e na execução dos contratos administrativos é prevista com defesa pelo Órgão de Advocacia Pública.

No âmbito Federal, tal disposição já se faz presente, não somente para atos de licitações e de contratos administrativos, mas para todos os atos praticados por Autoridades e Agentes públicos; contudo, há regulamentação própria para que a defesa pelo Órgão da Advocacia Pública seja dirigida somente em casos em que não se constatou dolo ou em que não se discrepou das recomendações postas nos Pareceres jurídicos.

No âmbito federal, o art 22 da Lei nº 9.028, de 1995, prevê tal atuação, através da Advocacia-Geral da União. Recentemente, também, tal representação judicial e extrajudicial, com prévia análise da juridicidade pela Advocacia Pública, é prevista na Lei nº 13.327, de 2016, no inciso XVII do seu art. 37. A propósito, tanto a Advocacia-Geral da União, quanto a Procuradoria-Geral Federal, no âmbito da Administração indireta, têm regulamentação que pode servir de modelo aos demais Entes da Federação para a assunção de tais defesas de agentes públicos. Como dever da Advocacia Pública, mas com prévia análise do caso pela própria Advocacia Pública, a fim de preservar a defesa somente dos atos dos agentes públicos que atendam à plena juridicidade.

No art. 17 do Substitutivo vindo da Câmara dos Deputados é estabelecida a ordem dos procedimentos no processo licitatório, a saber:

- I – preparatória;
- II – de divulgação do edital de licitação;
- III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

- IV – de julgamento;
- V – de habilitação;
- VI – recursal;
- VII – de homologação.

Tal sequência, mais uma vez, é disposição trazida da Lei nº 12.462, de 2011, a Lei do RDC, destacando-se que, desde a edição da Lei nº 10.520, de 2002, como regra geral, a “inversão de fases” vem sendo adotada, ou seja, na fase externa do processo licitatório, após a divulgação do Edital, o julgamento das propostas antecede à habilitação dos licitantes, o que, como já gizamos neste Artigo, vem a maximizar o tempo nas licitações, o que vai ao encontro das mudanças efetivadas na Administração Pública desde a década de 90 do século XX.

A elaboração das minutas de documentos que regerão a fase externa estão contidas na fase preparatória, ou interna, as quais culminam com a prolação de Parecer jurídico.

A propósito do prévio Parecer jurídico, vem ele previsto no final da fase preparatória, ou interna, no art. 52 do Projeto. Na forma, deve a manifestação jurídica observar:

§ 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;
- 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.

Aqui, trazemos, que a Advocacia-Geral da União disponibiliza o Manual de Boas Práticas Consultivas, com Enunciados a orientar a atuação do Advogado Público que atua na consultoria e no assessoramento jurídicos, cuja leitura recomendamos em grau máximo pelos Advogados Públicos<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaversaopadrao.pdf>

A Boa Prática Consultiva nº 02, da AGU, já assim determinava a forma de redação das manifestações jurídicas, bem assim:

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.

Exemplificativamente, ainda, e sobre tema tormentoso, trazemos a diferenciação entre as próprias atividades de consultoria e de assessoramento jurídicos, trazida na Boa Prática Consultiva nº 45, a saber:

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.

Sobre tal controle por parte da Advocacia Pública, tão relevante às licitações e contratações públicas, passou a constar, no *caput* do art. 52 do Projeto ora analisado, em fase de análise de sanção pelo Presidente da República, que o referido Órgão jurídico “realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.”

Assim, em boa hora, entendemos ampliado o controle por parte dos Órgãos Jurídicos, que, hoje, com base no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8666, de 1993, poder-se-ia interpretar, ainda que enviesadamente, somente como obrigação da análise da minuta do Edital e do Contrato Administrativo. Assim, pois, toda a instrução processual passa a ser objeto das manifestações jurídicas, reiteramos, como boa medida, haja vista outros documentos, como Termo de Referência, Projeto Básico, bem como outros, também merecerem considerações jurídicas por ocasião da lavra do Parecer obrigatório, ainda que não vinculativo à Administração.

A propósito, a Boa Prática Consultiva nº 07, da Advocacia-Geral da União, autoriza as recomendações, ainda que não de caráter exclusivamente jurídico, por parte dos seus Membros, a saber;

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

Em boa hora também, até para corroborar que a representação judicial ou extrajudicial dos gestores públicos, prevista no art. 10 do Projeto, somente será realizada se o ato administrativo foi praticado em consonância com as prévias recomendações jurídicas, o parágrafo segundo do referido art. 52 assim estabelece:

O parecer jurídico que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderá ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.

Logo, isso é a comprovação de que a Advocacia Pública fala pelo próprio Estado Brasileiro, devendo os agentes públicos que discordarem de suas manifestações jurídicas, além de não se valer da representação judicial ou extrajudicial dos Advogados Públicos, quando eventualmente demandados, também responderão pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que lhe forem imputadas.

É o controle da juridicidade sendo muito valorizado pelo novel texto, recordando-se que tal lei, por ser geral, será aplicável a todos os Entes, da União até os Municípios, fazendo, o quê denominamos, de um círculo virtuoso de controle da juridicidade, no qual os gestores públicos ainda mais importância passarão a conferir às recomendações exaradas nas manifestações jurídicas.

Por oportuno, o caráter não vinculativo das manifestações jurídicas vem trazido no parágrafo segundo do referido art. 52:

Integrando-se ao disposto no art. 10 do referido Projeto, entendemos que, nesses casos, nos quais os agentes públicos desviaram-se das recomendações jurídicas, a Advocacia Pública não poderá fazer a representação judicial ou extrajudicial de tais agentes ou Autoridades.

Aliás, corrobora nosso entendimento a previsão expressa trazida no referido art. 10, do Projeto ora em análise, a saber, “em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 52 desta Lei“, o que demonstra a importância, para os Agentes públicos, da observância das recomendações postas nas manifestações jurídicas.

Também, enaltecemos a previsão trazida no parágrafo quarto do seu art. 52, a saber:

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

Veja-se que, nesses processos, justamente os cuidados devem ser maiores, sobretudo nos de contratação direta, sem prejuízo da importância de análise jurídica prévia nos demais ajustes de interesses recíprocos, como convênios, hoje disciplinados hoje, com verbas federais, no Decreto nº 6.170, de 2007, termos de parceria, objeto da Lei nº 9.790, de 1999, contratos de gestão, aplicável às Organizações Sociais, conforme Lei nº 9.637, de 1998, e, ainda, os Termos de Colaboração e de Fomento, objeto do Marco de Regulação das Organizações da Sociedade Civil, através da Lei nº 13.019, de 2014.

Aliás, no art. 184 do Projeto ora em análise, remetido à sanção do Presidente da República, em substituição ao vigente art. 116 da Lei nº 8666, de 1993, encontramos:

Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal .

Também homenageamos tal previsão legislativa, posto os ajustes convenientes e congêneres, com interesses recíprocos, não deverem se submeter à disciplina dos contratos, com interesses opostos.

No seu art. 19, vêm previstas medidas que as Administrações devem priorizar, a fim de melhorar a segurança jurídica, a saber, preferencialmente as contratações centralizadas (via Central de compras, por exemplo), a adoção de Catálogo Eletrônico de padronização (hoje já previsto também no RDC) e a adoção de minutas padronizadas de documentos, estas, hoje, já disponibilizadas pela AGU.

A propósito da dispensa de prévia manifestação jurídica, trazida no parágrafo quinto do referido artigo, a Advocacia-Geral da União tem, prudentemente, adotado algumas excepcionalidades, como contratações de baixo valor. A saber, bem assim da sua Orientação Normativa nº 46, de 2014:

SOMENTE É OBRIGATÓRIA A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DE PEQUENO VALOR COM FUNDAMENTO NO ART. 24, I OU II, DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, QUANDO HOVER MINUTA DE CONTRATO NÃO PADRONIZADA OU HAJA, O ADMINISTRADOR, SUSCITADO DÚVIDA JURÍDICA SOBRE TAL CONTRATAÇÃO. APLICA-SE O MESMO ENTENDIMENTO ÀS CONTRATAÇÕES FUNDADAS NO ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993,

DESDE QUE SEUS VALORES SUBSUMAM-SE AOS LIMITES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993

Acerca, ainda, da adoção de minutas padronizadas de documentos, como Edital, Termo de Referência e Contratos Administrativos, já é exigência prevista atualmente, conforme se constata do art. 29 da IN nº 05, de 2017, no âmbito federal, a saber:

Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral da União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

Tais minutas devem ser incentivadas para uso da Administração, sem prejuízo da análise prévia de cada processo licitatório, sendo que, sua adoção, traz maior segurança jurídica à instrução processual.

A AGU tem disponibilizado, no seu sítio eletrônico, vários desses documentos, inclusive, *check lists*, para que a Administração possa antecipar os pontos requeridos de aperfeiçoamento nos Pareceres jurídicos obrigatórios em licitações, sem prejuízo, também, de minutas em convênios e demais ajustes congêneres.

A partir do art. 88 do Projeto, então, vêm as disposições sobre os Contratos Administrativos, lembrando que, mesmo no RDC, por disposição expressa contida no art. 39 da Lei nº 12.462, de 2011, as disposições sobre a matéria existentes na Lei nº 8.666, de 1993, aplicam-se ao RDC. Tal observação é importante, haja vista que a Lei do RDC é, eminentemente, licitatória, não sobre contratos administrativos.

No art. 146 do Projeto enviado à Sanção do Presidente da República, temos a possibilidade de anulação do contrato administrativo; todavia, como homenageamos, deve haver prévia análise, e, aqui, recomendamos obrigatória oitiva dos Órgãos jurídicos, posto a anulação, nas alterações promovidas com a inclusão dos arts. 20 a 30 na LINDB, ter passado a ser ponderada, com a manutenção do ato, dentro de requisitos pré-estabelecidos. A convalidação, em não havendo prejuízo a terceiros, aliás, conforme preceitua o art. 55 da Lei nº 9784, de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, é dever da Administração Pública.

Nesse caso, então, os incisos trazidos ao seu art. 146, bem como as disposições trazidas no seu art. 147, deverão ser minuciosamente analisados, com manifestação da área técnica, bem como jurídica da Administração.

Os arts. 150 a 153 vêm trazer a possibilidade de previsão, nos Contratos Administrativos, da resolução extrajudicial dos conflitos. A propósito, lembramos que as Advocacias Públicas têm importante papel nesse instituto, já previsto desde 2015, na Lei nº 13.140, já previsto a Estados, DF e Municípios, todavia, ainda não sentimos a operacionalização estendida de tal instituto.

Podemos, no âmbito federal, trazer a importante atuação da Câmara de Conciliação de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal, que funciona no âmbito da Consultoria-Geral da União, em se tratando de litígios envolvendo Órgãos e Entidades públicos Federais.

E, no âmbito setorial, ligada às entidades supervisionadas, de Direito Privado, também trazemos a destacada atuação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem, sob a guarda da Procuradoria Federal junto à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PFPrevic.

Exemplos setoriais, como esse, inclusive, deveriam ser espreitados pela Administração Pública Federal, além da Administração Pública dos demais Entes federativos.

Lembremo-nos de que as Advocacias Públicas não fazem parte da Administração Pública *stricto sensu*, senão são Função Essencial à Justiça, com assento constitucional, daí sua imparcialidade para a atuação nessas Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem.

As sanções contratuais vêm previstas no art. 155 do Projeto enviado à sanção, com análise jurídica prévia obrigatória no caso de declaração de inidoneidade, que extrapola seus efeitos para todas as Administrações Públicas, de todos os Entes Federados. Eis uma boa inovação para o maior controle da juridicidade, o da prévia manifestação jurídica nos casos de declaração de inidoneidade, o qual recomendamos que, também, aos impedimentos de licitar, ao menos, também deveria ser estendida. O rito processual da defesa do contratado também vem estabelecida no art. 155 e seguintes.

Em boa hora, a aplicação do impedimento para licitar bem como da declaração de inidoneidade passará a exigir a abertura de processo próprio, denominado processo de responsabilização, a ser conduzido por 2 (dois) ou mais Servidores estáveis. Por essa mesma razão, entendemos que, no mínimo, também a aplicação do impedimento de licitar deveria também ter prevista como obrigatória a prévia manifestação da Assessoria jurídica.

O Direito Administrativo Sancionador tem princípios e regras próprios que a Administração deve contar com o apoio de sua Assessoria Jurídica.

Importante previsão vem trazida no art. 158 do Projeto enviado à sanção do Presidente da República, a saber:

Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Nesses casos, a Lei nº 12.846, de 2013, já prevê a figura do Processo de Apuração de Responsabilidade – PAR, no seu art. 8º, o que deverá ser seguido no caso de infrações conjuntas com as previstas na novel legislação de licitações e contratos administrativos.

Veja-se, a propósito da prévia manifestação jurídica na aplicação das sanções (o que, repetimos, deveria ser estendido no caso das sanções da novel legislação de licitações e contratos administrativos), assim consta previsão no parágrafo segundo do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013: “A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.”

No entanto, o art. 167 do Projeto ora em análise remetido à sanção do Presidente da República, assim previu na análise dos recursos apresentados pelos apenados com sanções previstas administrativamente :

Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias .

Mais uma vez, insistimos: por que, então, não tornar obrigatória a prévia manifestação jurídica, tanto à aplicação de quaisquer sanções, quanto à análise dos Recursos a serem julgados pelas Autoridades Administrativas ? Defendemos tal alteração legislativa, a fim de contemplar tal previsão. Como medida de segurança jurídica, a fim, inclusive, de evitar judicializações contra a Administração Pública.

No seu art. 168, são previstas, como inovação, linhas de defesa para o controle das licitações e da execução dos Contratos administrativos, e, mais uma vez, trazida a Advocacia Pública, a saber:

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. (grifo apostro)

Também, no parágrafo terceiro do referido art. 168 do Projeto enviado à sanção presidencial, vêm trazidas as responsabilidades das linhas de defesa, a saber:

§ 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 do *caput* deste artigo, adotarão as providências necessárias para apuração das infrações administrativas, observadas a a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para apuração dos demais ilícitos de sua competência.

Ao final, como não poderia deixar de sê-lo, os Advogados Públicos respondem pelos seus atos, nos limites trazidos no parágrafo sexto do art. 52 do Projeto enviado à sanção presidencial: “O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo.”

Mas, tal responsabilização, vem nos limites também impostos na Lei nº 13.327, nos seus parágrafos segundo e terceiro do seu art. 38, a saber:

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

§ 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares.

Por oportuno, os arts. 89 a 108 hoje disciplinados na Lei nº 8666, de 1993, são revogados e levados, com adaptações, inclusive com algumas penas maiores, como disciplinamento de crimes, para o lugar, aliás, de onde nunca deveriam ter sido privados, a saber, o Código Penal Brasileiro.

Por fim, o Projeto enviado à sanção do Presidente da República estabelece a sua vigência, nos seus arts. 190 e 191, a saber:

Art. 190. Ficam revogados:  
I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;  
II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei

Art. 191. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Anote-se, assim, que os dispositivos sobre crimes previstos na Lei nº 8666, de 1993 ficam revogados imediatamente, com a entrada em vigor dos dispositivos penais previstos, desta feita, no Código Penal, na publicação desta novel legislação. E, quanto às demais disposições, somente após 2 (dois) anos da publicação do Projeto enviado à sanção presidencial.

Por fim, como regras de transição, necessárias a qualquer alteração legislativa substancial, vêm estas previstas no art. 191, a saber:

§ 1º O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.  
§ 2º Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 190, a Administração poderá optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.  
§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do *caput* do art. 190 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Logo, privilegiando a segurança jurídica, inclusive em observância às recentes inclusões na LINDB e objeto do Decreto nº 9.830, de 2019, o período de transição foi estabelecido, visando à segurança jurídica.

## 5. BREVES CONCLUSÕES:

Encerrando, então, essas breves linhas, podemos, inicialmente, concluir que a Advocacia Pública vem, com todas suas funções constitucionais, prevista na novel legislação licitatória e de contratos administrativos.

Com destaque para a atuação consultiva e de assessoramento jurídico, mas, também, com a representação judicial e extrajudicial, a Advocacia Pública terá vários momentos dentro do processo licitatório e da execução dos contratos administrativos, desde a manifestação jurídica prévia obrigatória à divulgação do Edital e de seus Anexos, passando por manifestações a consultas da Administração, a qualquer momento, durante o processo, inclusive, através do assessoramento jurídico, em reuniões ou outros esclarecimentos prestados sob qualquer forma, até a manifestação jurídica também obrigatória prévia à sanção capital de declaração de inidoneidade, e culminando com a representação judicial ou extrajudicial dos agentes públicos envolvidos.

Todas essas atribuições são consentâneas com as previsões constitucionais e legais da Advocacia Pública, a qual, conforme entendimentos solidamente firmados pelo Supremo Tribunal Federal, é Órgão de Estado, necessariamente pertencente ao quadro funcional permanente do Ente.<sup>8</sup>

Assim, tais Membros, quer no âmbito Federal, estadual, distrital ou Municipal, devem ter suas prerrogativas próprias a fim de bem defender o Estado Brasileiro, de maneira permanente.

Todavia, não poderão olvidar de que o Direito Administrativo, desde a promulgação da Carta de 1988, vem passando por grandes mudanças, e todas no sentido da maior defesa da juridicidade e do atendimento à sociedade brasileira.

Nesse sentido, pois, cômicos de seus deveres, a Advocacia Pública, de Carreira, está apta a exercer seu *munus* constitucional, e, em todas as suas previsões, também, na nova legislação licitatória e de contratos administrativos.

Abaixo, deixamos nosso e-mail à disposição para avançarmos no debate em prol do interesse público.

Avançemos !

Brasília, janeiro de 2021.

Rui Magalhães Piscitelli  
ruimagalhaes@terra.com.br

---

<sup>8</sup> “A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da CF. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.” [ADI 4.261, rel. min. Ayres Britto, j. 2-8-2010, P, DJE de 20-8-2010.]

