

O papel da Assessoria Jurídica na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021)¹

Anderson Sant'Ana Pedra²

Ronny Charles Lopes de Torres³

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), foi sancionada no dia 1º de abril de 2021 e trouxe um grande conjunto de alterações no regime jurídico desse importante campo do direito administrativo que são as contratações públicas.

O objetivo deste artigo será tratar dessas mudanças, mas com olhos voltados especificamente para a atuação do órgão de assessoramento jurídico, avaliando os contornos inovadores traçados pelo legislador para sua atuação, seus novos deveres, suas novas responsabilidades e também quais os possíveis reflexos sistêmicos dessas mudanças legislativas.

-
- 1 Artigo baseado em texto escrito pelos autores, constante na obra coletiva: Temas controversos da Nova Lei de Licitações e Contratos (Editora Juspodivm, 2021).
 - 2 Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDUV/ES. Autor e Palestrante.
 - 3 Advogado da União. Doutorando em Direito pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Membro da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: Leis de Licitações Públicas comentadas (12ª ed.); Direito Administrativo (coautor. 12ª ed.); Licitações e Contratos nas Empresas Estatais (coautor. 2ª ed.) e Improbidade Administrativa (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm.

Não temos a perspectiva de esgotarmos essa discussão, longe disso. Temos a certeza de que se trata de um primeiro passo de uma longa jornada para a compreensão do novo *locus* da assessoria jurídica frente às licitações e às contratações públicas, num cenário em que o controle eminentemente burocrático, infelizmente, ganha projeção em detrimento de uma Administração Pública de resultados.

Há diversas oportunidades em que o legislador elencou como sendo necessária a manifestação da assessoria jurídica, em outras tantas induziu como que sugerisse uma desconfiança processual a ser suprida com a atuação da assessoria jurídica.

Ao enaltecer as “linhas de defesa” ou as “barreiras de controle” conforme prevê o art. 169 da NLLCA, tem-se a percepção de que os atos e contratos administrativos passarão por um depurado procedimento de “filtragem”. Óbvio que um procedimento de “filtragem” com diversas camadas de “elementos filtrantes” tende a ofertar um produto final depurado, v. g., uma água. Contudo, o que garantirá a eficiência dessa filtragem é a qualidade do produto inicial (importância do planejamento e governança) e a qualidade dos elementos filtrantes, mas não a quantidade de camadas.

Além da qualidade da filtragem, deve-se atentar para o volume filtrado por espaço de tempo – eficiência da filtragem. De nada adianta ter uma água pura, limpa, se o seu volume não supre a necessidade de dessedentação daqueles que dela necessitam. De igual modo, as contratações públicas devem se desenvolver num ambiente de governança, para que se tenha uma sintonia entre o volume de contratações, os recursos materiais, tecnológicos e humanos das “linhas de defesa” e a aferição dos resultados entregues.

É indispensável aliar eficiência e controle num processo simbiótico, direcionando o agir da Administração Pública e a sua governança para o controle de resultados e não focar no controle de meios.

Nossa abordagem irá na perspectiva de analisar o novo papel da assessoria jurídica numa Administração Pública moderna, eficiente e voltada para o controle de resultados.

2. ADVOCACIA PÚBLICA E SUA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL

A tripartição de matriz montesquiana não é mais suficiente para o Estado Constitucional de Direito moderno, e da leitura da Constituição brasileira de 1988 verifica-se que ela não ficou adstrita à doutrina tripartite de Montesquieu, nem a qualquer outra.⁴

A Constituição brasileira de 1988 (arts. 131 e 132) definiu peculiar configuração à Advocacia de Estado, posicionando-a entre as “Funções Essenciais à Justiça”.

Como ressaltado, a Constituição divide o seu Título IV, que trata sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos. O primeiro aborda o Poder Legislativo, o segundo se destina ao Poder Executivo e o terceiro discorre sobre o Poder Judiciário. O quarto, que também se encontra inserido no título “Organização dos Poderes”, mas separado dos três primeiros, denomina-se “Das Funções Essenciais à Justiça” e é dividido em quatro seções, designadas, respectivamente, “Do Ministério Público”, “Da Advocacia Pública”, “Da Advocacia” e “Da Defensoria Pública”.

Topograficamente se observa que a “Advocacia Pública” (arts. 131 e 132) está inserida no Capítulo IV, que cuida “Das Funções Essenciais à Justiça” (arts. 127 a 135), juntamente como Ministério Público e a Defensoria Pública, e não no Capítulo II, que cuida do “Poder Executivo” (arts. 76 a 91).

Assim, a Advocacia Pública deve ser considerada como *órgão*

4 PEDRA, Anderson Sant’Ana. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – uma conta que não fecha. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 117-141, mar./abr. 2013.

constitucional de soberania,⁵ não se devendo considerar este órgão como sendo integrante do Executivo.⁶

No entanto, essa relevância nem sempre é devidamente compreendida, muitas vezes confundindo-se a real compreensão do conceito de Advocacia de Estado, confundindo-a com uma Advocacia de Governo, vinculada aos interesses do grupo político eventualmente dominante.

A competência da Advocacia Pública “de Estado” é a de representar a respectiva unidade federativa (União, Estado, Distrito Federal ou Município) e não um determinado “poder” (Executivo), razão pela qual como *órgão constitucional de soberania* deve ser reconhecido, e não como um órgão infraconstitucional atrelado apenas ao Executivo, até porque sua atuação recai sobre a defesa de qualquer ato estatal legítimo, pouco importando o agente que o praticou e a sua localização funcional (Legislativo, Executivo, Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, Tribunal de Contas ou da própria Advocacia Pública).⁷

É necessária certa reflexão sobre a relevância de ter o constituinte deslocado as funções essenciais à Justiça para um capítulo próprio, inserido no título sobre a organização dos Poderes, mas autônomo em relação aos três anteriores, que discorrem sobre os Poderes da clássica repartição

5 *Órgãos constitucionais de soberania* são aqueles que recebem *competência* diretamente da Constituição para o exercício de determinadas *funções*. Para Canotilho, num rigor técnico e restrito, são aqueles órgãos: “(1) cujo *status* e competência são imediata e fundamentalmente ‘constituídos’ pela constituição; (2) dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controlo em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. [...]” Não basta, pois, que eles sejam “mencionados” na constituição; as suas competências e funções devem resultar, no essencial, da lei fundamental. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 549).

6 PEDRA, Anderson Sant’Ana. **A advocacia pública perante a cláusula da separação de Poderes**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/a-advocacia-publica-perante-clausula-separacao-poderes-25082020-1.html>. Acesso em: 07 abr. 2021.

7 PEDRA, 2021.

(Legislativo, Executivo e Judiciário), e de ter inserido entre elas a Advocacia Pública (ou Advocacia de Estado).

A concepção liberal clássica de Estado de Direito abrangeu um ordenamento jurídico constitucional fundado sobre o pilar institucional do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e sobre as noções de soberania nacional, de poderes públicos, de contrato social e de democracia.⁸ Contudo, as mudanças ocorridas durante o século XX repercutiram na configuração do Estado Moderno, exigindo que ele ampliasse suas atribuições e deveres perante a sociedade, passando a atuar ativamente em áreas como saúde, previdência, assistência e educação. Esse crescimento da máquina estatal, que passou a ser prestadora de serviços públicos, investidora e empresária, gerou um fortalecimento exacerbado do Poder Executivo e a ampliação da burocracia.

O Estado cada vez mais se imiscuiu em áreas econômicas e sociais por meio de novas estruturas, com o desenvolvimento de uma máquina burocrática que, embora aja sob as diretrizes político-governamentais, deve buscar uma atuação escoreita, que se impõe como direito da própria sociedade.⁹

Nessa linha, a atuação da burocracia estatal deve respeitar, com certa autonomia, valores consagrados pelo constituinte. Independentemente da postura ideológica do Chefe do Executivo federal, estadual ou municipal, o agente público da área de saúde, por exemplo, deve agir sempre tecnicamente sob a premissa constitucional de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, exigindo tomadas de decisões que permitam a entrega de uma política de saúde eficiente.

Isso significa que a burocracia deve contar com a necessária

8 FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 152-153.

9 SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 1961, p. 356.

independência orgânica em face do Governo,¹⁰ servindo como instrumento de controle da juridicidade diante da expansão estatal que privilegia o Executivo e cria certo descompasso na interdependência harmônica outrora defendida por Montesquieu.

Como já visto, a alocação topográfica realizada pelo Constituinte de 88, ao segmentar as funções essenciais à Justiça em capítulo apartado dos demais Poderes, não foi despropositada, mas buscando prestigiar funções imprescindíveis para o equilíbrio e para a harmonia dos Poderes estatais, e é sob esse aspecto que deve ser percebida a atuação do Ministério Público, da Advocacia Pública (de Estado), da Advocacia Privada e da Defensoria Pública.¹¹

Moreira Neto, importante fonte de escritos sobre o tema, explicava que:

A Constituição de 1998, no Título consagrado à Organização dos Poderes, além dos quatros tradicionais Capítulos, dedicados aos três Poderes do Estado, apresenta um quarto, cuidando, em apartado, das Funções Essenciais à Justiça.

Surpreendentemente, ao que se nota, a literatura juspolítica nacional, com poucas e lúcidas exceções, parece não ter dado conta da transcendência dessa inovação e do que ela representa para a realização do valor justiça, aqui entendida como síntese da licitude, da legitimidade e da legalidade, no Estado contemporâneo, como aventam os jusfilósofos mais respeitáveis, como MIGUEL REALE, um valor básico e instrumental para a realização de todos os demais, por pressupor “uma composição isenta e harmônica de interesses”.¹²

10 MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008, p. 95.

11 TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139-144.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

Segundo Moreira Neto, as funções essenciais à Justiça possuem como objetivo a defesa da juridicidade, com atuação técnica e exercente de uma parcela do poder estatal, embora destacados dos Poderes do Estado.¹³

Entre elas, para fins do estudo pretendido por este artigo, focaremos na Advocacia de Estado (Advocacia Pública). A compreensão da Advocacia de Estado como parte da Advocacia Pública e como uma função essencial à Justiça permite identificar, com maior correção, seu papel na configuração disposta, pelo Constituinte, para o Estado brasileiro. É esse papel e seu *status* constitucional que deve orientar o jurista na tarefa de perceber as responsabilidades inerentes ao exercício das atribuições do Advogado de Estado, sob pena de, por uma intelecção inadequada, comprometer o sistema construído pelo Constituinte.

A Constituição brasileira de 1988 em seu art. 131, ao tratar sobre a Advocacia-Geral da União, define que ela 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.

Tal disposição inovou em relação à Constituição anterior, que delegava a representação judicial da União ao Ministério Público, que acumulava as funções de Advogado do Estado e de Advogado da Sociedade, embora esta última com uma amplitude bem menor do que a preconizada pela Constituição de 1988.

Na atual Constituição, compete à Advocacia-Geral da União a representação judicial e a representação extrajudicial da União, abrangendo todos seus Poderes, além das atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Executivo.

Quando trata sobre os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, diversamente, a Constituição faz remissão ao exercício da

13 MOREIRA NETO, 1992, p. 41-57.

representação judicial e da consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Necessário registrar a omissão em relação aos Municípios. O constituinte não fez expressa menção à Advocacia Pública dos entes municipais, omissão que não pode ser interpretada como uma permissão para que esta função, nessa esfera, seja regulada de maneira libertina e descompromissada com os vínculos necessários a uma atuação autônoma e eficiente.¹⁴

De qualquer forma, quando o texto constitucional trata sobre Advocacia-Geral da União ou quando alude às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, identificam-se remissões as três atividades, entendidas como intrínsecas à Advocacia de Estado. São elas: a representação judicial, extrajudicial e a consultoria jurídica.

São funções precípua do órgão de assessoramento jurídico e que devem ser corretamente exercidas para que se extraia de sua atuação os efeitos pretendidos pelo constituinte e pelo legislador.

Como ressalta Madureira, a atividade de consultoria jurídica desempenhada na esfera administrativa é fundamental, pois orienta os agentes públicos sobre como deve se dar a aplicação do Direito¹⁵ pela Administração Pública.

3. ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA LEI Nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993, ao definir a sequência de atos que deveriam constar na fase interna (preparatória) do “procedimento licitação”, em seu artigo 38, repetiu em grande parte o texto do art. 31 do Decreto-Lei nº 2.300/1986,

14 TORRES, 2009, p. 139-144.

15 MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 304.

diploma do qual ela herdou sua *plataforma legal*.

Nada obstante, houve uma relevante inovação no dispositivo da Lei nº 8.666/1993, em comparação com o art. 31 do referido Decreto-Lei. Esta inovação foi materializada no par. único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual, “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

Com o turbulento momento vivenciado em razão das denúncias de corrupção que afligiram o governo do Presidente Collor, culminando em seu *impeachment* no final de 1992, a Lei nº 8.666/1993 não apenas manteve a plataforma legal do Decreto-Lei nº 2.300/1986, como em alguns pontos deu ainda mais ensejo ao controle burocrático das contratações. Não por coincidência, 1993 é também o ano da aprovação da Lei Complementar nº 73, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU), efetivamente criada após seu nascimento no Texto Constitucional de 1988 e incumbida da atividade de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo Federal.

Aparentemente, a inovação materializada com o acréscimo do par. único ao art. 38 da Lei nº 8.666/1993 buscou utilizar o novel órgão de Advocacia Pública para reforçar o controle burocrático das contratações públicas, uma vez que, em 1993, a atuação dos órgãos de controle nas contratações públicas não se mostrava eficiente para combater desvios.

Ocorre que, ao prever a necessidade de aprovação das minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes, o par. único do art. 38, no âmbito federal, deslocou os membros da AGU para uma função atípica, de controle, que sobre a égide da Lei nº 8.666/1993 tornou-se o grande foco de atuação dos órgãos de assessoramento jurídico.

Convém frisar: o referido dispositivo é, na verdade, o único da Lei nº 8.666/1993 que regula a atuação do órgão de assessoramento jurídico no procedimento licitatório.

Na prática, muito por conta dele, no âmbito das licitações e contratações públicas, a principal atuação do órgão de assessoramento jurídico passou a ser a de fazer uma aferição de conformidade, avaliando se as minutas e o procedimento atendiam às exigências jurídico-normativas. Com o avanço da atuação dos órgãos de controle e o risco de responsabilização do parecerista, esta análise de conformidade passou a ser cada vez mais rígida e reativa, por um incentivo natural de autopreservação. Assim, ao analisar as minutas de editais e o processo, o órgão de assessoramento jurídico, em uma análise de conformidade, concentrava esforços em apontar eventuais erros formais ou materiais praticados durante o procedimento e fazer ressalvas ou reprovações a regras das minutas formuladas pelo órgão assessorado, muitas vezes se imiscuindo em temas técnicos relacionados à gestão propriamente dita.

Com esse enfoque na atividade de controle e diante do grande desafio de aprovação das minutas, que multiplicaram-se com o crescimento de demandas administrativas e ficam mais complexas a cada dia com as transformações que ocorrem na sociedade e no mercado, as funções típicas de consultoria jurídica e de representação extrajudicial passaram a ser exploradas com menor intensidade, afastando o órgão de assessoramento jurídico da atuação estratégica e necessária de auxiliar do gestor no aprimoramento das funções administrativas.

Com isso, o órgão de assessoramento jurídico passou a protagonizar muitas vezes uma atuação crítica (de controle), nada obstante nesse período tenha ocorrido um grande desenvolvimento dos órgãos de controle interno e externo, com relevante protagonismo na área, maior acesso a informações e a uma visão *macro* e *operacional* do processo de contratação, alterando o quadro que gerou o deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para esta área.

O velho modelo preconizado por uma leitura mofada do par. único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, que transformou o assessor jurídico em um agente “checador” do processo, sabotou o desenvolvimento da nobre vocação constitucional que o órgão de assessoramento jurídico possui nas

contratações públicas, que é de, enquanto Função Essencial à Justiça, expressamente indicada pelo Constituinte, contribuir para o aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico e representar legítimas opções do administrador público e do órgão que ele representa, mesmo quando contrárias às convicções de órgãos de controle, assim também contribuindo para um qualificado debate sobre políticas públicas e ações administrativas sensíveis.

4. ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NA LEI Nº 14.133/2021 (NLLCA)

A Lei nº 14.133/2021 propõe mudar o panorama normativo para atuação dos órgãos de assessoramento jurídico, o que certamente fomentará uma necessidade de adaptação pelos órgãos de Advocacia Pública.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a NLLCA dispõe diversas vezes sobre o órgão de assessoramento jurídico ou sobre seus integrantes. Além disso, embora ela preserve resquício da atuação de controle para o órgão de assessoramento jurídico, conforme preconiza a Lei nº 8.666/1993, a NLLCA induz a atuação de consultoria jurídica propriamente dita e também define a obrigatoriedade de representação extrajudicial e judicial dos agentes que atuam com as licitações e contratações públicas, o que ensejará uma reformulação estratégica da atuação da Advocacia Pública na área de licitações e contratos.

Adiante, trataremos de algumas regras da NLLCA que impactarão na atuação do órgão de assessoramento jurídico.

4.1 Formação do profissional de assessoria jurídica

Uma preocupação da nova Lei foi com a necessidade de capacitação e aperfeiçoamento dos agentes públicos que atuam com licitações. Nessa linha, o art. 7º da NLLCA definiu que cabe à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas internas definirem, promover gestão por

competências e a designação dos agentes públicos para as funções essenciais na área de licitações e contratos, exigindo alguns requisitos, entre eles: *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.

Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo define que deverá ser observado o princípio da segregação de funções, sendo 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; sendo que o § 2º, expressamente, define que essa norma também seja aplicada aos órgãos de assessoramento jurídico.

Desse regramento fica claro que o legislador teve uma especial preocupação com a qualificação e independência dos profissionais que atuam no órgão de assessoramento jurídico da Administração, os quais, preferencialmente, devem ser servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, possuir qualificação adequada para o exercício da função e não apresentar qualquer vínculo impeditivo que possa prejudicar a impessoalidade na sua atuação em razão de potencial conflito de interesses.

Bem verdade que essas regras parecem manifestar disposições materialmente específicas e não normas gerais aptas a vincular órgãos e entidades dos demais entes federativos. A exigência contida no art. 7º, inc. II, por exemplo, de certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público, é claramente uma disposição que adentra minúcias incompatíveis com o conceito de norma geral.

No mesmo diapasão, a definição de que, preferencialmente, os agentes públicos do órgão de assessoramento jurídico serão servidores efetivos dos quadros permanentes (art. 7º, inc. I) se choca com a carência de recursos humanos aptos ao exercício dessa função em grande parte dos municípios deste país, que costumam recorrer a empresas ou profissionais terceirizados para tal atividade.¹⁶

De qualquer forma, é fundamental perceber a preocupação do legislador com a profissionalização dos quadros que atuam na área de licitações e contratos, inclusive em relação ao órgão de assessoramento jurídico. Essa preocupação não pode ser desprezada de maneira a favorecer uma contínua precarização desses quadros.

Deve-se, portanto, ser fomentada uma profissionalização dos quadros dentro da realidade e das possibilidades de cada órgão e entidade, prestigiando o exercício dessa função por agentes integrantes do quadro efetivo, o que tutela a memória administrativa e fortalece o vínculo de responsabilidade, embora eles possam ser assessorados por empresas ou profissionais terceirizados, como costumeiramente ocorre com gestores ou fiscais de contratos.

A profissionalização dos quadros que atuam em órgãos de assessoramento jurídico é fundamental, tendo em vista os novos papéis definidos pela Lei nº 14.133/2021 para atuação do órgão de assessoramento jurídico que irá envolver não apenas uma atividade de controle, como também de consultoria propriamente dita, e também a defesa judicial ou extrajudicial do agente público que atua com contratações públicas, mesmo que este agente não mais faça parte dos quadros da Administração.

Vale lembrar que, assim como ocorre na indicação de agentes públicos para o exercício de outras atividades relacionadas às licitações e

16 Registra-se que nos termos do *caput* do art. 176 da NLLCA, os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos para cumprir os requisitos estabelecidos no art. 7º e no art. 8º, *caput*.

contratações públicas, a ausência da devida capacitação para os profissionais que atuam na atividade de assessoramento jurídico ou mesmo a indicação de profissional sem a qualificação adequada pode fazer com que eventuais falhas decorrentes de sua atuação ineficiente sejam também imputadas ao agente público que desidiosamente indicou profissional incapaz de exercer tão relevante atividade pública.

4.2 Papel de controle da contratação

Ainda mantendo o viés de atuação de controle burocrático, repetindo um pouco daquilo que foi iniciado com a Lei nº 8666/1993, a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) define que, ao final da fase preparatória (art. 53, *caput*), o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico para que ele realize controle prévio de legalidade, mediante análise jurídica da contratação.

Como se não fosse suficiente, o art. 169, inc. II trouxe como “segunda linha de defesa” para o controle das contratações as “unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade”.

Tratam-se de disposições que mantêm para órgãos de assessoramento jurídico a função atípica de controle, embora, atualmente, órgãos de controle interno e externo tenham evoluído muito e ganhado protagonismo no ambiente das contratações públicas, em comparação com aquilo vivenciado em 1993. Diante da notável atuação de tribunais de contas, controladorias e órgãos de controle interno, o deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para esta atividade não parece ser mais uma medida necessária.

Em outra perspectiva, o legislador parece também ter ignorado que o próprio desenvolvimento tecnológico e a evolução do Painel Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (art. 174) farão com que esta análise de conformidade jurídica seja feita pelo próprio sistema e não pelo órgão de assessoramento jurídico. Isso porque, com a utilização da inteligência artificial (IA), o sistema conseguirá de maneira mais eficiente aferir a submissão das decisões administrativas dispostas durante a fase de planejamento

e das regras editalícias à normatividade definida pelo ordenamento jurídico. Uma vez padronizadas rotinas e assimilada a normatização, a alimentação dos dados pertinentes à contratação já induzirá de per si atos e minutas padronizados¹⁷ e conformes às premissas definidas anteriormente com reduzidíssimo espaço para “desvios”.

Diante das inovações tecnológicas, a preocupação do legislador com o formato e o conteúdo do parecer (art. 53, § 1º) certamente, além de adentrar no ambiente das regras materialmente específicas, que dispensam disciplinamento legal e seriam melhor tratadas por regulamentação interna, ainda ignora que muito em breve este ato de análise de conformidade jurídica, mesmo quando necessário, deverá ser feito de maneira mais otimizada e despida das liturgias burocráticas e formatos tradicionais.

Assim como ocorreu em 1993, houve um deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para uma atividade materialmente relacionada ao órgão de controle interno, o que parece despropositado diante da evolução que o controle alcançou na burocracia administrativa e da possibilidade evidente de utilização da inteligência artificial para a análise de conformidade.

Isso fica ainda mais evidente quando é sabido que alguns dos principais órgãos de Advocacia Pública do país, como a AGU, a PGEES e outras procuradorias estaduais e municipais, têm evoluído para atuação proativa, com confecção de modelos padronizados de minutas para utilização pelas unidades assessoradas, além de pareceres referenciais que otimizam a análise de processos repetitivos ou de baixa complexidade.

Criando a possibilidade de uma solução para que os órgãos de assessoramento jurídico mais desenvolvidos possam superar ou continuar superando o gargalo burocrático gerado por essa visão burocrata e defasada do processo de contratação pública, o § 5º do art. 53 admite que a análise jurídica seja dispensável nas hipóteses definidas previamente pela

17 “Art. 25. [...] § 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.”

“autoridade jurídica máxima competente”. Trata a hipótese da possibilidade de, por exemplo, pareceres referenciais ou mesmo da definição, por ato da referida autoridade jurídica, de espécies de processos nos quais a análise jurídica não seria obrigatória, opção que, nos termos da lei, deverá considerar fatores como: baixo valor, baixa complexidade, entrega imediata do bem ou utilização de minutas previamente padronizadas pelo órgão de assessoramento jurídico, entre outros.

Importante destacar que, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, que fazia referência apenas à aprovação jurídica das minutas, o texto do art. 53 da Lei nº 14.133/2021 faz referência a um controle prévio de legalidade.

A natureza jurídica desse controle prévio de legalidade exige a percepção de duas interessantes nuances: *i*) a análise do órgão de assessoramento jurídico, quando necessária, deverá ser prévia, anterior à divulgação do edital de licitação, oportunidade ou momento similar ao indicado pela Lei nº 8666/1993; e, *ii*) diferentemente do que prescreve a Lei nº 8.666/1993, a análise jurídica não se restringe à aprovação das minutas, mas a uma “análise jurídica [quanto à legitimidade] da contratação”.

De qualquer forma, nessa análise jurídica da legalidade da contratação, não deve o órgão de assessoramento jurídico imiscuir-se em matéria técnica ou opção discricionária do gestor, exceto quando descambarem para evidente ilegitimidade ofensiva aos princípios publicistas e desde que perceptível, *prima facie*, para um “agente público médio”¹⁸ com formação estritamente jurídica.

Apesar do enunciado normativo (art. 53, *caput*) sugerir que o órgão de assessoramento jurídico deva exercer o controle prévio de legalidade, não se pode perder de vista que o dispositivo menciona expressamente que

18 Trata-se de uma métrica fluida e baseada, muitas vezes, na idealização de um perfil perseguido e desejado para o agente público. (PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, jul. 2020, p. 15).

se trata de uma “análise *jurídica* da contratação”, sendo que o § 3º do mesmo art. 53 destaca em seu texto os aspectos “técnico” e “jurídico”, por se tratar de searas distintas e que cada uma deve ser analisada por agente públicos com formação específica.

Dito de outra forma, embora tenha o parecerista jurídico a incumbência de realizar controle prévio de legalidade e análise jurídica da contratação, não lhe cabe substituir a decisão do setor técnico, em relação, por exemplo, à solução escolhida do mercado ou mesmo à decisão político-administrativa do gestor público, autoridade competente que, diante das nuances envolvidas no caso concreto, opta por um determinado modelo de contratação admitido pela legislação. A aferição da conveniência e da oportunidade pertence à autoridade competente pela tomada de decisão, não ao órgão de assessoramento jurídico ou mesmo aos órgãos de controle.

Também não é o parecerista jurídico responsável por analisar (“controlar”) a legalidade de um Estudo Técnico Preliminar, de um Termo de Referência, de uma Matriz de Risco, de uma Pesquisa de Preço ou outros instrumentos similares. Cada um desses *artefatos* ou *instrumentos* possui especificidades técnicas que lhe são inerentes e o parecerista jurídico não tem formação técnica para realizar essa análise.

Aqueles que acham que o parecerista jurídico deve analisar um Termo de Referência para “controlar” um possível direcionamento do objeto estão a exigir que o parecerista jurídico entenda as particularidades e o mercado de objetos absurdamente distintos: medicamento, veículo, computador, helicóptero, limpeza, produto químico etc., para então concluir se há ou não direcionamento. E seria competência do parecerista jurídico “controlar” um projeto básico de engenharia e um suposto superdimensionamento estrutural? Crê-se que não!

O que se seria exigível do parecerista no exercício de sua função atípica de controle prévio de legalidade da contratação (art. 53, *caput*, da NLL-CA), cujo texto foi mais além do que a análise das minutas trazida pelo art. 38, par. único da Lei nº 8.666/1993, é que verificasse o cumprimento

das *macroetapas* que compõem o procedimento, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao seu conhecimento, não sendo exigível que a *análise jurídica* a seu cargo alcance todos os dados e informações técnicas que não sejam de sua área de formação e de atuação.¹⁹

Vale acrescentar que, nos termos do § 4º do mesmo art. 53, o órgão de assessoramento jurídico também realizará controle prévio de legalidade das contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres, além de seus termos aditivos.

Por fim, é necessário registrar os providenciais vetos aos §§ 2º e 6º do art. 53, por parte do Presidente da República.²⁰

O § 2º definia que a reprovação da continuidade da contratação pelo parecer jurídico, embora pudesse ser superada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade, tornaria esta responsável pessoal e exclusivamente por eventuais irregularidades! Era uma disposição infeliz que criava incentivos equivocados. Caso persistisse esse dispositivo, haveria estímulo para que o parecerista jurídico, diante de uma medida arrojada e, por isso, insegura, fosse reativo e contrário, reprovando a solução, mesmo que aparentemente vantajosa para o Poder Público, já que isto lhe resguardaria de qualquer responsabilidade. Na mesma linha, o agente público tomador da decisão, mesmo convicto de que sua decisão era legítima e vantajosa ao interesse público, tenderia a abrir mão do arrojo e de eventual eficiência da medida a ser adotada, pelo risco da responsabilização que o dispositivo lhe outorgava.

As razões do veto, de certa forma, adotaram essas premissas:

19 Conferir nesse sentido analisando a responsabilidade da autoridade que homologa a licitação: TCU, Plenário, Acórdão nº 3.178/2016.

20 Quando da conclusão desse artigo (15 abr. 2021) o veto ainda não havia sido apreciado pelo Congresso Nacional.

A propositura legislativa estabelece que 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.

No entanto, a interpretação do dispositivo pode levar a crer que o parecerista é co-responsável pelo ato de gestão, contrariando a posição tradicional da jurisprudência pátria e trazendo insegurança a atividade de assessoramento jurídico.

Ademais, o dispositivo desestimula o gestor a tomar medidas não canceladas pela assessoria jurídica, mesmo que convicto da correção e melhor eficiência dessas medidas, o que pode coibir avanços e inovações.

Outro dispositivo vetado, o § 6º, também poderia gerar interpretação indutora da quebra de autonomia do órgão de assessoramento jurídico pois, ao definir que o membro da Advocacia Pública seria civil e regressivamente responsável quando agisse com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico, poderia dar ensejo à interpretação de que, em relação à responsabilidade administrativa do parecerista, esta poderia ocorrer por mera ação culposa. O correto veto deste dispositivo também foi adequadamente fundamentado:

Razões do veto

A propositura dispõe que 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.

Todavia, em que pese a boa intenção do legislador, no objeto específico deste artigo, o advogado, público ou privado, já conta com diversas outras disposições sobre a sua responsabilização profissional (Lei nº 8.906, de 1994; art. 184 do CPC; e, para os profissionais da Advocacia Geral da União, também na Lei nº 13.327, de 2016), as quais não estão sendo revogadas e nem harmonizadas com essa propositura.

Ademais, o artigo não faz referência a eventual responsabilização administrativa ou mesmo penal daquele advogado, o que pode causar incerteza jurídica quanto à

eventual instituição de responsabilidade “cível” (excludente das possíveis responsabilidades administrativa e/ou penal, em indevido recrudescimento do sistema atualmente vigente).

Por fim, o dispositivo parece potencializar a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos junto aos procedimentos licitatórios, razões todas essas que justificariam o seu veto por contrariedade ao interesse público.

Como bem disposto nas razões do veto, o dispositivo apenas potencializaria a geração de celeuma acerca do nível de responsabilização dos pareceristas jurídicos, ignorando que o tema já é deveras tratado por outras disposições legais²¹ e criando insegurança para que a Advocacia Pública cumpra seu mister de apoiar decisões legítimas de gestores públicos honestos, mesmo que em aparente conflito com entendimento de outros órgãos, inclusive de controle.

Com muitas normas genéricas (moralidade, honestidade, eficiência, economicidade, interesse público etc.), os órgãos de controle externo passaram a manusear de modo disfuncional as normas sobre contratação, servindo essas normas genéricas como lanças de longo alcance; contundentes para qualquer ataque, mas sem qualquer precisão e por vezes atingindo agentes públicos que cometeram meras irregularidades ou realizaram escolhas administrativas equivocadas.

A cada dia se escuta falar mais na “Administração Pública do medo” e no “apagão das canetas” e esse comportamento não pode pautar os órgãos de assessoramento jurídico que estejam exercendo o “papel de controle da contratação” (art. 53), sob pena do risco da paralisia que acomete quem está numa situação de perigo por receio de ser responsabilizado.

Como se nota, a inovação jurídico-administrativa é colocada à prova, pois soluções disruptivas, inclusive jurídicas, possuem riscos que lhe são

21 Por todas: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” (LINDB).

inerentes, inclusive de não darem certo ou de não serem compreendidas pelo controle externo. Quem ousaria inovar, numa espécie de empreendedorismo jurídico, com risco de ser responsabilizado?

Não se trata de buscar uma atuação sem qualquer compromisso ou responsabilidade, mas de afastar um controle burocrático e formalista da atuação da assessoria jurídica. E que não venham falsos profetas afirmando que a necessidade de responsabilização é medida necessária para “combater a corrupção”. Na essência, a retórica desse discurso impede o importante e bom debate que precisa ser feito com urgência, a fim de evitar o que vem ocorrendo dia a dia em diversas administrações públicas, principalmente as menores: o afastamento de profissionais capacitados e íntegros da atuação junto ao processo de contratação pública em razão do receio de serem alcançados pelos órgãos de controle.

E que fique aqui uma reflexão: quando pessoas de bem evitam exercer determinadas atribuições perante a Administração Pública é porque algo está errado!

4.3 Papel de apoio aos agentes públicos envolvidos na contratação

Como visto no item anterior, embora tenha mantida a atividade de controle para o órgão de assessoramento jurídico, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ampliou as atividades a serem exercidas pela assessoria jurídica, referindo-se a sua necessária atuação em outros momentos do processo de contratação pública. Por outras palavras, mesmo mantendo o órgão de assessoramento jurídico com a atividade de controle de legalidade da contratação, de maneira similar (mas não idêntica) ao que ocorreu na Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 fez questão de, em diversos momentos de seu texto, definir, por exemplo, a necessidade de exercício do papel de consultoria jurídica propriamente dita, que envolve o apoio jurídico aos agentes públicos assessorados na tomada de decisão.

Com isso, o órgão de assessoramento jurídico é deslocado para uma função típica, que exigirá readaptação aos membros da Advocacia Pública.

Isto porque, quando exerce a atividade de consultoria jurídica, para além da análise de conformidade e avaliação de eventuais erros, deve o jurista enfrentar o dilema da decisão, analisando se há respaldo jurídico para a pretensão administrativa, a solução desejada ou a decisão aventada pela autoridade, avaliando os riscos e, quando for o caso, apresentando opções alternativas.

É importante frisar que o legislador, ao tratar sobre a atuação do órgão de assessoramento jurídico no apoio aos agentes públicos que atuam com licitações, não se restringiu ao assessoramento apenas do ordenador de despesas, mas também se referiu expressamente à atuação da Advocacia Pública no auxílio à tomada de decisão por parte de diversos agentes.

Assim, por exemplo, o § 3º do art. 8º, ao definir que as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, da comissão de contratação e dos fiscais e gestores deveriam ser estabelecidas em regulamento, impõe que “deverá” ser prevista a possibilidade de que esses agentes contem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico para o desempenho das funções essenciais necessárias à execução do disposto na Lei.

Na mesma linha, o § 3º do art. 117 estabelece que 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.

O art. 163, inc. V elencou como exigência para a reabilitação de particular sancionado com pena de restrição de direito a “análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo” ao cumprimento dos demais requisitos legais.

O parágrafo único do art. 168, por sua vez, ao tratar sobre recursos administrativos, prescreve que 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.

Esses dispositivos mostram a intenção do legislador em induzir uma

atuação do órgão de assessoramento jurídico também para o apoio aos agentes públicos tomadores de decisão, sejam eles ordenadores de despesas, agentes políticos ou técnicos que atuam direta e diariamente enfrentando dilemas para aplicação do regime jurídico da contratação pública.

Em todas essas hipóteses, em todas essas situações, a atuação do órgão de assessoramento jurídico ou do membro da Advocacia Pública não significará a supressão da competência do agente público tomador de decisão, este sim competente e responsável pela decisão político-administrativa tomada e pelo ato administrativo praticado, mas estabelecerá uma relação de apoio jurídico que poderá, inclusive, repercutir juridicamente diante de eventuais questionamentos em razão do ato administrativo praticado. Da mesma forma, em sua atividade de apoio, o membro da Advocacia Pública não pode se limitar a ser um mero chancelador de decisões administrativas, sobretudo quando elas se apresentarem ilegítimas. Diante de eventual ilegalidade ou ilegitimidade deve o parecerista alertar a autoridade assessorada sobre esse vício, orientando-a a adotar atitude diversas da pretendida.

Nesta atividade de apoio, convém que o parecerista jurídico atue de maneira ativa, harmonizando a busca pelo interesse público com as *soluções possíveis*, os *riscos jurídicos* e o *consequencialismo decisório*²² envolvidos na tomada de decisão; aconselhando ou orientando o agente público competente pela prática do ato e munindo-o de informações necessárias para uma tomada de decisão eficiente e segura.

Diante da realidade atual, na qual o gestor público costumeiramente se depara com situações sensíveis, nas quais a melhor solução aparente para o atendimento ao interesse público não encontra consonância com posições conservadoras, ou mesmo quando a aplicação irrefletida da normatização parece gerar disfuncionalidade, prejudicial ao próprio interesse

22 Nos termos do art. 20 e 21 da LINDB qualquer decisão administrativa deverá levar em consideração suas consequências práticas, jurídicas e administrativas, devendo sua motivação demonstrar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da escolha realizada.

público, o efetivo apoio do órgão de assessoramento jurídico pode ser fundamental para que medidas necessárias sejam praticadas com segurança jurídica e que velhas interpretações sejam revisitadas, quando não mais atendem à plenitude das situações postas à dinâmica da realidade.

Por mais que o legislador ou mesmo o regulamentador busquem definir regras para todas as situações experimentadas, a prática administrativa é heterogênea, fractal, multifacetada e repleta de nuances que exigem uma necessária acomodação da norma jurídica à situação concreta. É justamente nesses dilemas, nessas questões complexas, nessas especificidades concretas, que o órgão de assessoramento jurídico se apresenta como um personagem relevante para auxiliar o gestor público a identificar a solução jurídica mais adequada, eficiente, segura e funcional, construindo juridicidade com percepção de que o direito a ser aplicado, a norma jurídica, não podem ser extraídos sempre de maneira automática dos enunciados normativos postos.

Como explica Nobre Júnior,

a concepção hodierna de legalidade superou a noção da lei formal, ampliando o rol das fontes do Direito Administrativo, englobando, destarte, não apenas a lei aprovada pelo Parlamento, mas todo o Direito, ou seja, o sistema jurídico em sua integralidade.²³

O necessário desenvolvimento de técnicas de gestão pública, a simplificação de procedimentos (desburocratização), a flexibilização da execução de políticas públicas, o uso preferencial de processos convencionais e a garantia de estabilização mínima das relações jurídicas surgiram como valor fundamental para modificar essa base filosófica, que fundamentou a limitação estatal através da legalidade estrita.²⁴ Tudo isso exige um esforço do jurista para compreender o direito atento aos valores que conformam

23 NOBRE JR., Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 215.

24 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. I, p. 44.

o ordenamento jurídico e a questões relacionadas a ambientes outros (não propriamente jurídicos), como a economia, a administração, a sociologia e outras áreas que, no mundo real, interferem ou afetam a atuação administrativa.

Diante da superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à Lei e a consequente consagração do princípio da juridicidade administrativa, que não mais aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito,²⁵ a atividade consultiva assume uma face ativa de orientação jurídica. Nessa atuação, o Advogado Público deve apresentar os caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e a responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria jurídica permite o desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral, mas sempre com o cuidado de não substituir a autoridade competente e o seu inafastável juízo de ponderação político-jurídica para a decisão administrativa ótima.

Com o apoio aos agentes públicos que atuam em licitações de contratos, a Advocacia Pública retorna forças para o exercício de sua atividade típica mais nobre, que é a atuação de consultoria jurídica, fundamental para o aperfeiçoamento de nosso regime jurídico de direito administrativo, tendo em vista o grande desafio do poder público diante das mudanças ocorridas no mundo real e da necessidade de encontrar soluções para problemas complexos que exigem inventividade, sensibilidade, coragem, mutabilidade, altivez e capacidade de adaptação.

25 PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, e a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 74.

O trabalho de compreensão do Direito por intermédio da hermenêutica e da interpretação utilizada para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis,²⁶ ou através dos métodos de resolução das aparentes antinomias do ordenamento,²⁷ exige uma atividade de pesquisa (e não apenas a conservadora aplicação dos enunciados normativos apresentados), criadora de novas normas e novos entendimentos que podem aperfeiçoar o sistema normativo dado.²⁸ Nesse sentido, compete à Advocacia Pública o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhando, persuadindo ou induzindo os agentes públicos a adotarem as providências que conduzam à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos.²⁹

Essa atuação de apoio, pouco explorada pelos agentes públicos tomadores de decisão, na maioria dos órgãos administrativos, tende a ser ampliada por intermédio dos incentivos criados pelo próprio legislador (art. 10) ao definir que o apoio pelo órgão de assessoramento jurídico pode resguardar o agente público tomador de decisão, garantindo-lhe a posterior representação judicial ou extrajudicial, pela Advocacia Pública, quando o ato praticado conformar-se à opinião exposta no parecer jurídico (item 4.5).

4.4 Papel de padronização e de enunciação

Nos termos do que foi delineado acerca do papel do órgão de assessoramento jurídico no controle da contratação (item 4.2) e notadamente

26 NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

27 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora UnB, 1999 (reimpressão 2006), p. 34.

28 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

29 MOREIRA NETO, A. Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Debates em Direito Público**. Ano IV, nº 4, outubro de 2005, p. 36-65.

no papel de apoio aos agentes públicos envolvidos na contratação (item 4.3), dessume-se que um volume enorme de trabalho se projeta para um futuro próximo e caso tal situação não seja enfrentada com inteligência e técnica adequadas, ter-se-á o comprometimento da atuação eficiente da Advocacia Pública e, por consectário lógico, das entregas que devem ser realizadas pela Administração Pública.

A Lei nº 13.655/2018, ao promover alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei nº 4.657/1942), buscou promover segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, e impôs às autoridades públicas o dever de atuarem por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta (art. 30).

Como se nota, existe uma tônica em conceder segurança jurídica e eficiência ao agir estatal, principalmente por meio de ferramentas que respeitam a homogeneidade e a integridade buscando homenagear os precedentes administrativos,³⁰⁻³¹ não podendo o órgão de assessoramento jurídico ignorar suas próprias decisões anteriores e partir do nada (*ex nihilo*). Deve o órgão de assessoramento jurídico laborar de modo a sedimentar um “romance em cadeia” (*chain novel*)³² e evitar um decisionismo em que a Advocacia Pública viesse a se manifestar com uma liberdade (discrecionalidade) que demonstrasse uma incoerência com suas decisões anteriores.

De modo não diferente, o art. 19, inc. IV da NLLCA prescreve que a Administração deverá, com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico,

30 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Gen/Forense, 2018.

31 “Não se desconhece que a aplicação da Teoria dos Precedentes Administrativos já teria aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, em razão do disposto no art. 15 c/c art. 927, I a V, do CPC/2015. Nada obstante, alçar tal sistemática à qualidade de uma norma interpretativa e, por assim dizer, ‘levar os precedentes administrativos à sério’.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018: lei da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 164).

32 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279.

instituir “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos”, admitindo-se ainda a adoção das minutas do Executivo federal por todos os entes federativos.³³

Na mesma toada, o art. 53, § 5º da NLLCA afirma ser dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar, dentre outros, “a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”.

De uma vez por todas: eventual atuação com padronização, adoção de enunciados e sistematicidade do procedimento contribuirá sobremaneira para que não ocorra uma eventual lentidão ou paralisia no exercício dos papéis dos órgãos de assessoramento jurídico, principalmente o papel de assessoramento aos demais agentes públicos envolvidos na contratação (item 4.3) em razão da sua importância e das múltiplas possibilidades de utilização.

4.5 Papel de representação judicial ou extrajudicial dos agentes envolvidos na contratação

Evidente que nas últimas duas décadas houve uma grande evolução dos órgãos de controle interno e externo no país. O Tribunal de Contas da União e a Controladoria Geral da União são exemplos de órgãos públicos de controle que alcançaram grande protagonismo no ambiente das contratações públicas. A evolução desses órgãos pode ser resultado de diversos fatores, entre eles: a qualidade de seu corpo técnico e seus membros, a decisão institucional de avançar sobre novas competências, o exercício de seu poder punitivo e a conquista de visibilidade social legitimadora.

Como o avanço e a evolução desses órgãos de controle talvez tenha se dado de maneira mais intensa do que ocorreu com a grande maioria

33 Nada impede que os demais órgãos e entes das outras esferas federativas, numa decisão volitiva, adotem as minutas do Executivo federal.

dos órgãos de execução, restou patente a dificuldade de se atuar em conformidade com todas as exigências por eles estabelecidas. Isso acabou se ampliando em razão da complexidade das regras disciplinadas para atuação dos agentes públicos na área de licitações e contratos, materializada em centenas e centenas de normatizações diferentes, com condições, requisitos e exigências diversas para a prática dos variados atos administrativos.

Embora este cenário tenha gerado uma maior profissionalização no âmbito da gestão pública e seu aperfeiçoamento, com captação de bons quadros e sua devida capacitação, por outro lado, notadamente diante do risco de punição ao agente público tomador de decisão, há preocupação com o exacerbamento da atuação do controle, notadamente em sua perspectiva punitiva, o que pode gerar disfuncionalidades, como a redução de incentivos a que bons quadros ocupem cargos que importem em maior responsabilidade, o desestímulo à tomada de decisões arrojadas, disruptivas e eficientes, além da indução a estratégias de fuga da responsabilização.³⁴

O risco de responsabilização passou a atuar como desestímulo ao arrojo e à inovação. Ausência de incentivos para a tomada de decisões potencialmente eficientes, mas arriscadas, produziu uma generalização do comportamento reativo e burocrata de muitos agentes públicos, induzindo aquilo que muitos autores denominaram de “apagão das canetas”.

Diante da dificuldade na tomada de decisões arrojadas e da falta de apoio jurídico para a superação desses dilemas, além do risco de responsabilização inclusive do parecerista jurídico, o direito administrativo deixou de ser um instrumento para regular ações administrativas voltadas para o atendimento ao interesse público, para se restringir a um conjunto de regras de conformidade cuja aplicação é vetorizada pela tentativa de autopreservação dos agentes públicos envolvidos, o que precipita disfuncionalidades, externalidades várias e a modelação de um regime chamado por muitos de “Direito Administrativo do Medo”.

34 SANTOS, Rodrigues Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 324-332.

Mas como combater tal disfuncionalidade?

Uma solução parece ser a redução do risco que aflige alguns agentes públicos tomadores de decisão. Aparentemente, foi neste sentido que o art. 10 da Lei nº 14.133/2021 definiu que se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico, a Advocacia Pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

Vale dizer, esse direito persistirá mesmo que o agente público não mais ocupe o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado (art. 10, § 2º).

Segundo o art. 10, § 1º, inc. II da NLLCA, o direito de representação pela Advocacia Pública não ocorrerá apenas quando as provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

O modal deontico aqui versado, na essência, não é inédito. Alguns entes federativos já contemplam previsão normativa para que a sua Advocacia Pública atue ao lado do agente público fazendo sua representação judicial e extrajudicial.

Nesse quadrante e de forma exemplificativa, tem-se o art. 22 da Lei nº 9.028/1995³⁵ com suas alterações, que reza:

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no

35 “Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências”.

Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e 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.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no *caput*, e ainda:

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nº 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica;

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

Importante firmar que ao defender o agente público envolvido na contratação a Advocacia Pública estará defendendo o próprio ato administrativo praticado outrora, com o seu devido apoio jurídico, prestigiando a boa-fé e a segurança jurídica. Esse tipo de defesa favorecerá os agentes públicos honestos e arrojados que não encontravam incentivo e segurança para tomar decisões não ortodoxas ou arriscadas, mesmo que imbuídas dos mais nobres intuitos de atendimento ao interesse público.

Essa representação judicial e extrajudicial será também importante para que o debate das diversas posições admitidas pelo ordenamento, em dilemas sensíveis, seja realizado de maneira equilibrada, para a construção de um consenso que busque evitar desvios, superar falhas e também compreender as dificuldades da atuação concreta e as finalidades públicas a serem alcançadas.

Podemos citar como exemplo os diversos dilemas experimentados pelo Poder Público nas ações de enfrentamento à pandemia da Covid-19 no ano de 2020. É certo que a aprovação de um regime jurídico excepcional para as contratações públicas, notadamente por meio da Lei nº 13.979/2020 e as medidas provisórias seguintes, entre elas a MP nº 961/2020,³⁶ geraram regras mais flexíveis e bem diferentes daquelas ordinariamente experimentadas pelo agente público ao admitir, v. g.: pagamento antecipado, contratação de fornecedor exclusivo sem regularidade fiscal e relativização do preço estimado para efeito de contratação.

Ocorre que os problemas inspiradores das alterações normativas, naquele momento excepcional, precederam a aprovação das referidas regras e muitas vezes exigiram atuação corajosa e destemida de gestores públicos que, na vida real, depararam-se com dilemas sensíveis, nos quais a aplicação do regime jurídico tradicional era ineficiente ou incompatível para as ações que visavam salvar vidas.

Por mais que o número de responsabilizações pelos órgãos de controle seja muito inferior ao costumeiramente alardeado, é fato que o protagonismo e a relevância desses órgãos no ambiente das contratações públicas acabam por intensificar a preocupação com suas reprimendas, notadamente para os agentes públicos que, embora honestos, convivem com situações sensíveis e não ortodoxas. Se para um agente público corrupto o risco da responsabilização pode ser mitigado pelo financiamento escuso que a sua atividade ilícita gera, para o agente público honesto o risco da responsabilização pelo erro se torna deveras desestimulante a um exercício ativo de suas funções.

4.5.1 Eficácia condicionada

Nos termos do art. 194, a Lei nº 14.133 é vigente e tem potencial

36 Posteriormente convertida na Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020.

*aplicabilidade e eficácia*³⁷ a partir da sua publicação, que ocorreu no dia 1º de abril de 2021.

Contudo, nos termos do art. 191, *caput* e parágrafo único a aplicabilidade e a eficácia da NLLCA, no biênio estabelecido pelo art. 193, inc. II, restará ao alvedrio de cada Administração apenas naquilo que concerne às licitações (procedimento), às contratações diretas e aos respectivos contratos delas decorrentes. Durante o entretempo bienal poderá a Administração optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a NLLCA ou de acordo com as normas que estão se esvaindo (Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011).

Durante esse prazo, que se estende até o dia 1º de abril de 2023, a Administração Pública poderá licitar ou contratar diretamente a partir do regime jurídico que julgar mais conveniente e oportuno: o estabelecido pela NLLCA ou o trazido pelas legislações que se esvaem.

Assim, nos termos do *caput* do art. 10 da NLLCA os agentes públicos envolvidos somente poderão utilizar do direito (“incentivo”) à representação judicial e extrajudicial pela Advocacia Pública quando verificadas 2 (duas) condições (requisitos objetivos): *i*) a licitação ou a contratação ocorrer no regime jurídico inaugurado pela NLLCA; e, *ii*) o parecer jurídico tiver sido elaborado nos termos do art. 53, § 1º da NLLCA.

5. “NOVAS” RESPONSABILIDADES

O art. 5º, *caput, in fine*, da NLLCA trouxe que na sua aplicação deverão

37 “A *eficácia* vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.” (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao direito civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51).

ser observadas as disposições da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Poder-se-ia firmar que tal dispositivo é inócuo, afinal, a natureza jurídica da LINDB como uma *norma normarum*, como mecanismo de integração e de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, de per si, já fundamentava que seus modais deônticos devessem espriar para todas as leis, passadas e futuras. Contudo, com a menção expressa no art. 5º afastou-se um argumento que já foi utilizado pelo STJ³⁸ e que, inadvertidamente, poderia também se aplicar ao microssistema das contratações públicas.

5.1. Dever de motivação ótima

Todos os atos administrativos devem conter motivação, que é a exposição dos motivos (pressupostos). Os motivos trazidos na motivação devem compreender os motivos (pressupostos) de fato, de direito e de ordem econômica-social – não diferente devem ser os atos administrativos de opinião (pareceres).

38 STJ entendeu pela inaplicabilidade da Lei nº 13.655/2018 à ação de improbidade administrativa por entender que norma especial (improbidade) prevaleceria sobre norma geral (LINDB) o que, obviamente não concordamos por ofender a própria essência da LINDB. “[...] 1. Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04/2011. [...] 3. É inviável o acolhimento do pedido de suspensão do processo, a fim de que sejam buscados os meios de compensação da conduta ímproba praticada, à luz da Lei 13.655/2018, uma vez que deve prevalecer a regra especial contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992. 4. Na forma da jurisprudência do STJ, “tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)” (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013). [...] 7. Agravo interno improvido.” (STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp nº 1.654.462/MT, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 14.06.2018).

A obediência ao *princípio da motivação* implica para o parecerista o dever de justificar seu entendimento, apontando-lhes os fatos e os fundamentos (dispositivo legal *lato sensu*, enunciados administrativos, doutrina e/ou jurisprudência) que conduziram à conclusão, bem como a correlação lógica entre a situação instalada, as possíveis consequências (administrativas, fáticas, jurídicas e econômico-sociais) e o entendimento jurídico sugerido – é consignar explicitamente no texto do parecer tudo o que foi utilizado para lapidar a conclusão.

A motivação é importantíssima e não pode o parecerista, notadamente em *questões fáticas* ou *jurídicas* mais *complexas* ou *delicadas*, deixar de correlacionar com o parecer as demais análises técnicas, pareceres, informações e/ou fatos ocorridos; bem como apontar outras hipotéticas conclusões ou condicionantes, mas desde que necessário e relacionado com a análise jurídica daquilo que foi provocado a se manifestar.

Não se trata de proferir pareceres longos, repetitivos ou com transcrição daquilo que já consta nos autos; nem mesmo atuar como órgão de controle interno realizando um *check list* de tudo o que se encontra nos autos – isso deve ser repellido! O parecer jurídico deve ser o mais sintético possível, mas sem deixar de dialogar minimamente com o conteúdo fático e técnico dos autos a fim de evitar³⁹⁻⁴⁰ os chamados pareceres “pró-forma” que, na “essência”, trazem um texto vago, genérico que não tem correlação jurídica com as questões e/ou situações postas para análise. Tal conduta, além da boa prática, presta-se como mecanismo de defesa de eventual tentativa de responsabilização do parecerista.

39 TCU, Plenário, Acórdãos nº 1.944/2014, 1.485/2019.

40 Exemplifica-se: num processo de contratação de um artista por inexigibilidade será o Setor requisitante que afirmará a sua consagração e tal afirmação deverá constar no parecer, no mínimo, o número da folha em que tal afirmação foi proferida. Caso se trata de uma contratação emergencial de determinado insumo de saúde em razão de pandemia, deverá ser o Setor requisitante a afirmar os riscos da demora da contratação. Em ambos os casos e em todos os outros não é responsabilidade do órgão de assessoramento jurídico as questões técnicas relacionadas a contratação.

Deve ainda o parecer ser redigido em “linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação” (art. 53, § 1º, inc. II da NLLCA).

O art. 20 da LINDB prescreve que as manifestações, inclusive na esfera administrativa, deverão demonstrar a “necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Já o art. 21, do mesmo diploma legislativo, traz que as decisões administrativas devem “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”, destacando ainda que a decisão deverá, quando for o caso, indicar as condições para que o agir administrativo ocorra de modo proporcional e harmônico ao interesse público *lato sensu*, não impondo aos particulares ou à sociedade ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

5.2. Observar o primado da realidade

O *primado da realidade* encontra-se albergado no art. 22 da LINDB, o qual prescreve que na “interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Continua o dispositivo (§ 1º do art. 22) prescrevendo que pelo *primado da realidade* deverão ser “consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Como se observa, é importante para a motivação do parecer jurídico que os fatos e as dificuldades reais que circunscrevem(iam) o espaço e o momento da Administração Pública estejam muito bem delineados, pois essa realidade será considerada para efeito de uma posterior verificação da integridade do parecer jurídico, principalmente pela corregedoria da Advocacia Pública.

Pelo *primado da realidade* deve o órgão de assessoramento jurídico trazer para dentro da sua análise todas as circunstâncias e as dificuldades

que circunscrevem(iam) a manifestação, a fim de conceder legitimidade a sua conclusão.⁴¹

Nesse aspecto, todos os fatos, circunstâncias e dificuldades que direta ou indiretamente servem para caracterizar determinado tempo de crise e influenciam o contexto decisório, devem ser colacionados aos autos para que não reste dúvida sobre o acerto da decisão.

5.3. Considerar as consequências que podem advir do parecer

Na motivação do parecer jurídico também deverão estar bem demonstradas as possíveis consequências jurídicas, administrativas, práticas e econômico-sociais da conclusão,⁴² trata-se do *consequencialismo decisório*, *in casu*, o consequencialismo da conclusão do parecer.

A consideração das consequências do parecer deve-se limitar aos fatos e aos fundamentos de mérito e jurídicos que se espera de um parecerista jurídico no exercício diligente de sua atuação, ou seja, não se pode exigir uma visão prospectiva que ultrapasse a capacidade de um “parecerista médio”.⁴³

Consequências (mediatas e imediatas) com reflexos importantes na sustentabilidade econômico-social, por exemplo, deverão ser levadas em

41 PEDRA, Anderson Sant’Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Improbidade administrativa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 307.

42 Nesse sentido o art. 20, caput da LINDB prescreve que a motivação de qualquer decisão administrativa deverá demonstrar as consequências da decisão, bem como a “necessidade e a adequação da medida imposta [...], contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (par. único do art. 20).

43 Sobre “administrador médio” conferir os seguintes julgados: TCU, Plenário, Acórdão nº 599/2019, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Plenário, Acórdão nº 2.420/2015, Rel. Min. Benjamim Zymler: “17. Ao analisar a existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotarei como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo – o equivalente ao princípio romano do *bonus pater familiae*”.

consideração em qualquer análise envolvendo as contratações públicas: invalidação de um procedimento licitatório, prorrogação contratual, alterações quantitativas e qualitativas etc.

5.4. Dever de consensualidade

A NLLCA trouxe em seus arts. 151 a 154 um capítulo dedicado aos “meios alternativos de resolução de controvérsias”, tanto na perspectiva da resolução como da prevenção.

Durante um bom tempo entendeu-se que a tarefa de resolver esses conflitos, de encontrar soluções quando envolvessem questões jurídicas entre pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, seria exclusivamente do processo contencioso, administrativo ou judicial – isso foi ultrapassado!

A busca da prevenção e de uma solução consensual a ser atingida por meio da mediação, da conciliação, do comitê de resolução de disputas (*dispute board*)⁴⁴ e também da arbitragem, conforme prescreve o art. 151, *caput* da NLLCA, vem se apresentando como mecanismos que integram⁴⁵ o conjunto de ferramentas para a prevenção e a busca da solução de conflitos. Se o processo litigioso (judicial ou administrativo) foi, por muito tempo, a primeira escolha para a resolução de conflitos, vários fatores têm impulsionado uma mudança em curso na sociedade em direção à maior utilização de outros métodos.⁴⁶

44 O *dispute board* ou comitê de resolução de disputas é um grupo constituído por especialistas no(s) tema(s) e objeto de um determinado contrato administrativo e que são indicados pelas próprias partes tendo como função prevenir e/ou resolver eventuais disputas advindas do contrato.

45 Não entendemos adequado a utilização da *consensualidade* como “meio alternativo” para a solução de conflitos afinal, “alternativo” sugere uma “segunda opção”, uma subalternidade em relação a que seria “primeira opção” – o processo contencioso; preferimos a utilização da expressão *meio de integração para a solução de conflitos*, formando um modelo de solução de conflitos (justiça) *multiportas*.

46 MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origem e norteadores da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 52.

Trata-se de um novo “enfoque de acesso à justiça” e que deve ser sempre levado em consideração pelo órgão de assessoramento jurídico, naquilo que Cappelletti e Garth analisaram como a “terceira onda” para a busca de solução de conflitos, com a diminuição de formalismo e, por consectário lógico, uma maior proximidade das partes.⁴⁷

Nessa senda não se pode olvidar da *Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos* que se mostra como um mecanismo que deve ser apresentado pela Administração e buscado pelo particular-contratado e que deve ser criada pela Administração Pública, em todas as suas órbitas, objetivando a busca de soluções consensuais em conflitos no âmbito do direito administrativo, inclusive em sede de licitações e contratos administrativos.

Em relação à necessária construção da consensualidade na resolução de conflitos, importa destacar que a Lei nº 13.140/2015 destinou especial papel para os órgãos de Advocacia Pública, ao expressamente definir que a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, pelos entes federativos, deveria ocorrer no âmbito de seus respectivos órgãos.⁴⁸

O legislador corretamente identificou a Advocacia Pública como instituição a protagonizar as respectivas Câmaras justamente por conta do papel reservado a ela pelo Constituinte, pelas suas competências de representação judicial, extrajudicial e de consultoria jurídica e, sobretudo, pela vocação à construção da juridicidade, aperfeiçoamento de nosso ordenamento jurídico e da própria atividade administrativa, nuances

47 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

48 “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

fundamentais para o enfrentamento dos intrincados dilemas e construção das pertinentes soluções.⁴⁹

A atuação qualificada e autônoma da Advocacia Pública pode ampliar a legitimidade das Câmaras, tornando-as um ambiente crescente de resolução eficiente e prevenção de potenciais litígios, inclusive com os administrados.

Isso, no âmbito das contratações públicas, pode arrefecer riscos e custos transacionais que costumam restringir a competitividade dos procedimentos licitatórios e ampliar os preços pagos pela Administração para o atendimento de suas pretensões contratuais. Em momentos de crise, isso pode ser fundamental para uma atuação administrativa não apenas eficiente, mas equilibrada e justa, na composição dos complexos interesses envolvidos.⁵⁰

5.5. Dever de inovação

Apesar do veto⁵¹ ao § 6º do art. 53 da NLLCA,⁵² não se pode olvidar que norma semelhante se encontra no art. 28 da LINDB, a saber: “[o] agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Como se nota, para um parecerista responder por sua opinião técnica, exigir-se-á, no mínimo, um *grau acentuado de culpa (culpa grave)* que se

49 PEDRA, Anderson Sant’Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Contrato administrativo e as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos: a necessária consensualidade em tempos de crise. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida *et al.* **O novo papel da advocacia pública consultiva no século XXI**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D’Plácido, 2020, p. 110.

50 PEDRA; TORRES, 2020, p. 111.

51 Quando da conclusão desse artigo (15 abr. 2021) o veto ainda não havia sido apreciado pelo Congresso Nacional.

52 “§ 6º 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.”

equipara ao dolo, e também ao *erro grosseiro*, comportamento que já vinha sendo utilizado pela jurisprudência há algum tempo e que ganhou positividade pela Lei nº 13.655/2018, que inclui novos dispositivos à LINDB. Em relação à Advocacia Pública Federal, há previsão legal expressa no sentido de que, no exercício de suas funções, os membros da Advocacia Geral da União não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.⁵³

Não se tem dúvidas de que a *mens legis* da Lei nº 13.655/2018 foi a de conferir segurança jurídica para a atuação dos agentes públicos, afastando-os de qualquer responsabilidade, desprovidas de qualquer intenção e por vezes ocasionadas ou influenciadas por uma realidade que não será considerada posteriormente pela esfera controladora ou judicial.

A Lei nº 13.655/2018, ao inserir o art. 28, *caput* na LINDB, prescreveu que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de *dolo* ou *erro grosseiro*”. Embora haja algumas críticas à utilização da expressão “erro grosseiro” e ao seu significado, deve-se destacar que essa expressão, juntamente com “erro crasso”, “erro teratológico”, são muito utilizadas pelos Tribunais Superiores, notadamente na verificação de responsabilidade dos pareceristas, ou seja, o legislador apenas se apropriou de uma expressão comum da jurisprudência.

Com a segurança proporcionada pelo dispositivo espera-se que o parecerista tenha a altivez e a compromisso com a coisa pública e com a sociedade para que afaste o “medo” de sua atuação e consiga buscar alternativas para a efetivação do interesse público por meio de escolhas administrativas que sejam eficientes.

53 Lei Federal nº 13.327/2016: “Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:(...) § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais 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 correccionais ou disciplinares.”

O órgão de assessoramento jurídico não pode restar entrincheirado por trás do princípio da legalidade, com comportamento reativo e imbuído por autopreservação para, diante de qualquer dificuldade ou complexidade, lançar um parecer em que todos fiquem “protegidos”⁵⁴ dos órgãos de controle e a sociedade exposta às suas mazelas.

Ao parecerista lhe foi atribuído o dever de ser inventivo, de buscar soluções alvissareiras, disruptivas, embora sempre de acordo com os valores republicanos.

Diante de determinado contexto jurídico, deve o parecerista concluir pelo “não”, mas antes deve apontar a possibilidade e os mecanismos de se desbravar um novo caminho na busca de um “sim”.

Em situações recentes, em torno do enfrentamento da pandemia da Covid-19, quantas soluções jurídicas inovadoras tiveram que ser construídas em razão da ineficiência do ordenamento jurídico ordinário para dar respostas a todas situações postas? Situações extremas, urgentes, são apresentadas dia a dia e exigem comportamentos inovadores, já que o ordenamento jurídico não apresenta, em regra, soluções satisfatórias para esses momentos de extrema anormalidade.

A insuficiência do ordenamento jurídico, a necessidade de soluções consensuais e a busca da juridicidade administrativa deixaram de ser temas in abstrato de artigos e teses para serem discutidos in concreto⁵⁵ – o *law in the books* migrou para o *law in action*.⁵⁶

54 Diz-se da existência de uma infeliz assertiva atribuída ao parecerista: “Diga não, indefira, e durma tranquilo.”

55 MOREIRA, Egon Bockmann. **Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou resignificado?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-resignificado>. Ano 2020. Num. 447. Acesso em: 10 abr. 2021.

56 PEDRA; PÉRCIO, 2020, p. 12-13.

Tem-se a aceitação doutrinária⁵⁷ de que em tempos de crise (situações extremas, urgentes, calamitosas) seja tolerável uma atuação administrativa excepcional, inovadora, inventiva, com possibilidade de decisões administrativas alheias ao *princípio da legalidade*, numa espécie de *legalidade extraordinária* ou *legalidade alternativa*, inclusive, para a solução dos conflitos administrativos; trata-se de um “estado de necessidade administrativa” decorrente de circunstâncias excepcionais instauradas e que demandam um agir administrativo urgente e eficaz, podendo, inclusive, preterir as normas administrativas elaboradas para serem aplicadas em período de normalidade, numa espécie de “exclusão de ilicitude de uma actuação administrativa contra *legem*”.⁵⁸

6. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

Deve a regulamentação orgânica de cada órgão/entidade definir as competências para as práticas dos papéis aqui relacionados aos órgãos de assessoramento jurídico que atuam nas licitações e contratos administrativos.

Os novos papéis (competências) atribuídos aos órgãos de assessoramento jurídico merecem rápida e plena regulamentação, notadamente tendo em vista que 3 (três) desses papéis relacionam-se à fase preparatória ou até mesmo à organização estrutural e procedimental da contratação.

Nos termos do art. 8º, § 3º da NLLCA, as

regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe

57 Destaca Amaral: “A teoria do *estado de necessidade* é aceite pela doutrina e jurisprudência de todos os países democráticos – e já vem do Direito Romano: *necessitas non habet legem*.” (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II. p. 61).

58 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 997-998.

de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei, serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Importante que essa regulamentação seja elaborada a partir da realidade e das limitações de cada estrutura administrativa, buscando concretizar ao máximo aquilo que foi desenhado pelo legislador para os órgãos de assessoramento jurídico, sem olvidar ainda das condições de atuação dos assessores jurídicos.

Deve a regulamentação orgânica, de forma específica e explícita, reger a competência dos agentes envolvidos na contratação e a forma de relacionamento e de diálogo entre esses agentes e o órgão de assessoramento jurídico: sistema informatizado, e-mail, mediante autorização de autoridade competente, mediante remessa de processo físico etc.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/2015 trouxe nova roupagem para os órgãos de assessoramento jurídico nas licitações e contratações públicas. Seu protagonismo salta aos olhos e deve ser compreendido como uma mola propulsora para licitações e contratações públicas eficientes.

Mas como nos ensina a palavra: “A quem muito foi dado, muito será exigido; e a quem muito foi confiado, muito mais será pedido.” (Lucas 12:48).

A partir do que consta na NLLCA, na LINDB e que aqui foi abordado, bem como a lição profética anteriormente destacada, tem-se que para a Advocacia Pública um importante papel foi reservado, com muita responsabilidade para a consecução de importantes políticas públicas.

Ao órgão de assessoramento jurídico não é mais dada a possibilidade

de apenas dizer o “não”, de se posicionar contrariamente à legítima vontade administrativa ou de elencar inúmeras condições apenas para impedir a contratação. Alguns órgãos de assessoramento jurídico devem se reinventar, sob pena de se tornarem imprestáveis, devendo aprender a “dizer o não”, construindo formulações legítimas para “dizer o sim”, inclusive, se for o caso, com a necessidade de inovação legislativa.

Como visto, ao singelo e inadequado “papel de controle” da Advocacia Pública foram adicionados três outros papéis, esses inquestionavelmente mais importantes e capazes de contribuir, direta e indiretamente, para o aprimoramento da Administração Pública e das funções administrativas por ela exercidas.

Ao exercer o papel de apoio aos agentes públicos envolvidos na contratação, a Advocacia Pública exercerá seu mister constitucional como órgão de Estado, assessorando a todo e qualquer personagem que se relacione com a contratação; tanto com o devido assessoramento preventivo como, se for o caso, com a sua representação judicial e extrajudicial.

Não temos a perspectiva de esgotarmos qualquer discussão aqui tratada, longe disso. Temos a certeza de que se trata de um primeiro passo de uma longa jornada para a compreensão do novo *locus* dos órgãos de assessoria jurídica frente às licitações e às contratações públicas, num cenário em que o controle eminentemente burocrático, infelizmente, ganha força e projeção em detrimento de uma Administração Pública de resultados.

O futuro pertence a nós, operadores imediatos da novel Lei nº 14.133/2021, a partir do que faremos com seus enunciados normativos.

Não temos dúvida de que, para fazermos um bom trabalho exegético no presente, para melhor trabalharmos no futuro, dependeremos de um pensamento profilático, disruptivo, estratégico e que permita uma perfeita simbiose entre o órgão de assessoramento jurídico e todos os demais órgãos e agentes públicos envolvidos no processo de licitação ou de contratação, afinal, “como tiveres semeado, assim ceifarás” (Cícero).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999 (reimpressão 2006).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. I.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao direito civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origem e norteadores da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018**: lei da segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou ressignificado?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-ressignificado>. Ano 2020. Num. 447. Acesso em: 10 abr. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. **A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito.** Debates em Direito Público. Ano IV, nº 4. out.2005. p. 36-65.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

NÁDER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOBRE JR., Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais.** Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo.** São Paulo: Gen/Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, e a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Contrato administrativo e as câmeras de prevenção e resolução administrativa de conflitos: a necessária consensualidade em tempos de crise. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida *et al.* **O novo papel da advocacia pública consultiva no século XXI.** Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 93-114.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP,** Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência para utilização profissional.** Salvador: JusPodivm, 2019.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – uma conta que não fecha. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 117-141, mar./abr. 2013.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. *In*: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41-82.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A advocacia pública perante a cláusula da separação de Poderes**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/a-advocacia-publica-perante-clausula-separacao-poderes-25082020-1.html>. Acesso em: 07 abr. 2021.

SANTOS, Rodrigues Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 1961.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do advogado de estado em sua função consultiva. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139-144.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. (no prelo). Salvador: Jus Podivm, 2021.