

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE DE SEU COMPROMISSO COM OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E SUA FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA BRASILEIRA

Roger Gonçalves Saluci¹

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Elisa Helena Lesqueves Galante²

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

RESUMO

Com o artigo observar-se-á a ampliação das atribuições dos advogados públicos na nova lei de licitações brasileira, seu papel de controle e imprescindibilidade para a observância da legalidade e demais princípios da administração pública, como também, para o fortalecimento da democracia, no intuito de compreender como as mudanças promovidas pela nova legislação impactaram na atuação do advogado público no que se refere a orientação dos gestores em questões jurídicas relevantes para o bom funcionamento da administração e proteção do interesse público, analisando o impacto da responsabilização destes profissionais no contexto do controle prévio de legalidade da nova lei de licitações e contratos administrativos.

Palavras-chave: Licitação. Advocacia Pública. Parecerista. Controle Interno. Princípios Administrativos.

ABSTRACT

The article will observe the expansion of the duties of public lawyers in the new Brazilian bidding law, their role of control and indispensability for the observance of legality and other principles of public administration, as well as for the strengthening of democracy, in the with the aim of understanding how the changes promoted by the new legislation impacted the performance of the public lawyer in terms of guiding managers on legal issues relevant to the proper functioning of the administration

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio eletrônico: rogersaluci@gmail.com

² Doutora em Direito e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito: Políticas Públicas e Processo (FDC). Especialista em Direito Público (FCAM). Professora da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Membro do Conselho de Ética Pública do Estado do Espírito Santo, Brasil. Procuradora Municipal. Correio eletrônico: elisahlgalante@gmail.com

and protection of the public interest, analyzing the impact of holding these professionals accountable in the context of prior control of the legality of the new law on bidding and administrative contracts.

Keywords: Bidding. Public Advocacy. Reviewer. Internal Control. Administrative Principles.

1 INTRODUÇÃO

A licitação representa um dos grandes pilares que fornecem apoio para a preservação da moralidade administrativa e uso responsável dos recursos públicos, hodiernamente, o Brasil encontra-se sob a vigência síncrona de duas leis de licitação, trata-se de uma estratégia utilizada pelo legislador com a finalidade de proporcionar o tempo adequado para que os entes federados se adequem a nova lei, uma vez que, a Lei nº. 14.133/2021 que substituirá a Lei nº. 8.666/1993, representa um marco significativo na modernização das práticas licitatórias.

É relevante destacar que com o novo processo licitatório, a Lei nº. 14.133/2021 concedeu um papel de maior protagonismo aos órgãos de assessoramento jurídico, mais especificamente nas figuras dos advogados públicos, que os personificam durante o procedimento. Considerando a dinâmica inaugurada pela nova lei, o presente trabalho tratará de algumas das principais mudanças que atribuíram ao advogado público na sua atuação como linha de defesa das licitações, perpassando por uma visão constitucional de carreira essencial à justiça, que deverá pautar o seu exercício como um verdadeiro fiscal dos princípios de Direito Administrativo.

Conforme restará elucidado mais a frente, o advogado público por meio do controle prévio, emitirá parecer onde se realizará a análise jurídica da contratação, responsabilizando-se pelo controle interno de legalidade. Sendo assim, a responsabilidade dos advogados públicos na emissão de seus pareceres gera crescentes debates, de modo que concebe preocupações acerca da segurança jurídica referente a responsabilização dos profissionais da Advocacia Pública.

2 ADVOCACIA PÚBLICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1 Conceito de Advocacia Pública

Os advogados públicos somente passaram a existir no ordenamento brasileiro a partir da Constituição Federal de 1934, anteriormente, a função a qual hoje é atribuída a eles era exercida pelo próprio Ministério Público (Iustozza, 2017). O Decreto 848 de 1890 reforça esta antiga atribuição do Ministério Público ao prever em seu art. 24, alínea "c", que competia ao próprio Ministério Público Federal promover o bem dos direitos e interesses da União.

Com o advento da Constituição de 1988, se consolidou a separação entre Ministério Público e Advocacia Pública que fora realizada na Constituição de 1934, assim sendo, objetivamente o advogado público pode ser conceituado como o "mandatário que representa judicial ou extrajudicialmente o Estado, o Município, a autarquia e fundação pública." (Diniz, 2022, p.2225).

Contudo, com a chegada da Constituição Federal de 1988, e consoante será evidenciado mais a frente, perceber-se-á que a atuação da Advocacia Pública está muito além do que a objetividade pode oferecer, consagrando-se cada vez mais pelo papel de defesa institucional e da moralidade administrativa do próprio ente público a qual pertence.

2.2 Visão constitucional e defesa do Estado

A Constituição Federal de 1988 atribuiu uma visão valorizadora do Advogado Público em nosso vigente ordenamento, enquadrando a Advocacia do Estado como uma das funções essenciais à justiça, exercida por meio dos órgãos encarregados de representação dos entes federativos na defesa de seus interesses.

No âmbito da União os advogados públicos integram a Advocacia-Geral da União enquanto nos Estados é a Procuradoria do Estado, consoante previsto no texto constitucional em seus artigos 131 e 132 da Constituição da República (Brasil, 1988).

Embora inexista menção direta as Procuradorias Municipais³, as Leis Orgânicas poderão dispor sobre a sua criação. Os referidos órgãos desempenham atividades preventivas e postulatorias na defesa dos interesses do Estado. Novelino (2022) ministra que as atividades preventivas se materializam por meio de consultoria e assessoramento, ou seja, na orientação da atuação da própria Administração Pública, visando coibir a prática de atos ilegais, enquanto as atividades postulatorias se manifestam durante a representação judicial realizada pelo advogado público na atuação de defesa dos interesses estatais.

Assim sendo, a Advocacia Pública carrega todos os múnus da advocacia privada tradicional, contudo, sua atuação jurídica transporta obrigações um pouco maiores em número, na medida em que com o aumento das atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito (Silva, 2002). É de suma importância ressaltar que a defesa do Estado não se embaraça com a defesa do governo, este se caracteriza pela momentaneidade, característica que é fundamental em uma democracia, neste sentido ilustra o constitucionalista:

Como função essencial à Justiça, o dever principal do advogado de Estado é a manutenção e o aperfeiçoamento da ordem jurídica (interesses primários), embora também desenvolvam atividades de natureza jurídica ou administrativa voltadas à sustentação de medidas governamentais, à assessoria jurídica e à direção de corpos jurídicos (interesses secundários). Moreira Neto (1988) pondera que, no caso de conflito entre ambos os interesses, por terem radical constitucional, os primários sempre deverão prevalecer. No mesmo sentido, Cláudio Granzoto (2007) sustenta que “todo órgão com status constitucional deve atuar na busca do interesse público”, seja ele primário ou secundário, desde que este não colida com aquele. (Novelino, 2022, p. 857).

Portanto, resta evidente que nas atividades de consultoria e assessoramento não há subordinação hierárquica, vigorando, portanto, o regime de liberdade funcional, devendo o advogado de Estado analisar independente de quaisquer amarras a legalidade dos atos.

³ O Supremo Tribunal Federal firmou a dimensão constitucional da advocacia pública municipal ao fixar o Tema 510, reconhecendo os procuradores municipais como categoria da Advocacia Pública dentre as funções essenciais à Justiça, dado que atuam na preservação de direitos fundamentais e preservação do Estado Democrático de Direito.

Nesta pesquisa, será realizada uma análise do papel da Advocacia Pública no contexto das licitações, tendo como ponto de partida a nova legislação promulgada em 2021. Antes disso, haverá uma necessária contextualização sobre o processo de licitação no âmbito do Estado brasileiro.

3 LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

3.1 Conceito

Na República Federativa do Brasil, cabe ao administrador público a tarefa de gerir a máquina estatal observando todos os princípios expressos e implícitos da administração, assim sendo, o procedimento de licitação surge como um mecanismo para auxiliar na observância dos princípios administrativos durante as contratações públicas, com relevante destaque ao princípio da impessoalidade que está disposto no caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Deste modo, a fim de evitar a deturpação da moralidade administrativa durante a celebração dos contratos, o poder constituinte originário determinou na própria Constituição Federal que qualquer contrato administrativo deve ser precedido de licitação pública, nos termos do art. 37, XXI, da CRFB/88:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Brasil, 1988).

Desta maneira, o próprio texto constitucional referencia a obrigatoriedade de licitar ao Estado, que pode ser compreendida de acordo com a complementação da definição de Justem Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (Justen Filho, 2016, p. 546).

Nesta linha de conceituação, o citado doutrinador desenvolve que a licitação se trata de um procedimento administrativo por envolver diretamente a prática de uma série ordenada de atos jurídicos que permitem aos privados competirem entre si de forma isonômica frente a Administração Pública, conseqüentemente, ocasionando na redução da discricionariedade de escolha do administrador, vencendo o procedimento aquele particular que melhor satisfazer os critérios objetivos previamente definidos pelo procedimento licitatório.

O conceito acima não se destoa das conceituações difundidas pelos demais doutrinadores, a título de exemplo pode-se citar Di Pietro (2022), que formula o seu conceito de licitação a partir de José Roberto Dromi (1975) também entendendo como um procedimento administrativo utilizado pelos entes públicos, no qual abre a todos os interessados que se enquadrem nas condições convocatórias a possibilidade de formularem propostas, que competirão entre si para que a mais conveniente seja a selecionada para a celebração do contrato.

Por último, cumpre asseverar que é de competência da União legislar sobre as normas gerais do procedimento administrativo das licitações, consoante previsto no art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal. No entanto, os demais entes federados poderão expedir normas específicas para a regulamentação de seus procedimentos licitatórios, desde que haja respeitado as normas gerais que se encontram positivadas na Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021.

3.2 Princípios Gerais da Administração Pública

Consoante trabalhado acima, resta elucidado que uma das razões de existir da licitação pública é a defesa dos princípios administrativos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, pois bem, os princípios consistem nas regras gerais identificadas pela doutrina como expressões dos valores fundamentais de um sistema, no Direito Administrativo brasileiro, em virtude da ausência de codificação os princípios exercem função sistematizadora e unificadora entre as diversas leis administrativas esparsas no ordenamento (Mazza, 2023).

No campo de estudo do Direito Administrativo é comum a divisão entre os princípios expressos e implícitos para fins didáticos, sendo que os expressos são aqueles diretamente previstos na Constituição, tais como os descritos no *caput* do Art. 37 da CRFB/88, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Brasil, 1988).

Para Di Pietro (2022, p. 243), “a Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta”. Além dos princípios do art. 37, outro importante princípio que encontra amparo constitucional é o do controle, este que está positivado no Art. 70 da Carta Magna, e estabelece a importância da fiscalização no âmbito da Administração Pública, conseqüentemente, solidificando o sistema de controle interno.

Como as licitações integram um ramo de prática do Direito Administrativo, fica evidente que os princípios gerais que incidem sobre a administração pública recaem também sobre a prática licitatória, contudo, sem excluir o sistema principiológico próprio e norteador da licitação. Assim sendo, conclui-se que além dos princípios específicos, o procedimento licitatório deverá observar todos aqueles expressos na Constituição Federal, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inclusive o

princípio do controle inculcado no Art. 70 da CRFB/88, bem como, todos implícitos da própria juridicidade administrativa.

Deste modo, Carvalho (2022) leciona que a realização de todo o procedimento deve observar a legalidade, no que se refere às normas que são aplicáveis ao procedimento, a impessoalidade como uma de suas finalidades, ou seja, uma seleção sem favoritismos, a moralidade, que pressupõe uma licitação conduzida em conformidade com os padrões éticos e morais e a eficiência que é inerente a todo o Poder Público.

3.3 Princípios Específicos das Licitações

Além dos princípios gerais que norteiam todo o direito administrativo, a Lei nº. 14.133/2021 como um microsistema jurídico próprio também está carregada de princípios norteadores das licitações, estes que deverão ser observados e fiscalizados pelos órgãos de assessoramento jurídico da Administração Pública.

O primeiro princípio que se pode citar é o da vinculação ao edital. Carvalho Filho (2017), entende que o edital funciona como uma lei interna da licitação, vinculando tanto os próprios licitantes quanto a Administração, cuja inobservância enseja invalidade do procedimento. Portanto, deve o instrumento convocatório definir tudo que for de importante para o certame, contudo deve-se atentar para o fato que o edital jamais poderá ser formulado em desacordo com as próprias disposições legais.

Princípio de suma importância que se desdobra da vinculação ao edital e que também deve ser observado é o do julgamento objetivo, quanto a este princípio, assim segue a doutrina de Di Pietro (2022, p. 938):

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de

acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

Assim sendo, não restam dúvidas de que o princípio do julgamento objetivo determina que o julgamento há de ser realizado em conformidade com o edital, sendo que, os critérios de julgamento estão previstos no Art. 33 da Lei nº. 14.133/2021, podendo o edital estipular como critério o menor preço, maior desconto, maior lance, melhor técnica ou conteúdo artístico, critérios conjugados de técnica e preço e o maior retorno econômico (Brasil, 2021).

O princípio do sigilo das propostas é outro existente dentre os princípios específicos das licitações, ele exerce um papel de garantidor da isonomia e encontra sua previsão legal no art. 13, parágrafo único e inciso II da Lei nº. 14.133/2021:

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.
Parágrafo único. A publicidade será diferida:
I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; (Brasil, 2021).

Consoante se depreende da leitura do supracitado dispositivo legal, a licitação é pública e em regra os atos praticados durante o procedimento não podem ser sigilosos ou secretos, contudo, as propostas apresentadas pelos licitantes são sigilosas até o momento de abertura dos envelopes em sessão pública. A violação do princípio do sigilo das propostas representa ato de improbidade administrativa, bem como, crime tipificado pela própria lei de licitações (Carvalho, 2022). Por conseguinte, o princípio da competitividade é o responsável por fundamentar a própria existência das licitações, neste sentido leciona Mazza:

A busca pela melhor proposta é uma das finalidades da licitação. Por isso, não podem ser adotadas medidas que comprometam decisivamente o caráter competitivo do certame. Assim, as exigências de qualificação

técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI, da CF) (Mazza, 2023, p. 664).

Frustrar o caráter competitivo inerente das licitações costuma ocorrer em prol da pessoalidade, assim, usurpando os interesses públicos, caracterizando, portanto, ato ilícito. Por sua vez, o princípio da isonomia ou igualdade visa garantir a igualdade de direitos entre os licitantes na competitividade, não se admitindo tratamento diferenciado que não tenha sido previamente estipulado em lei. Deste modo também abarcando uma isonomia material, ou seja, permitindo o tratamento desigual na medida das desigualdades, desde que previamente estipulado. Com base nesta ideia de materialidade “está em conformidade com esse princípio o tratamento diferenciado dispensado a microempresas e empresa de pequeno porte pela lei complementar 123/06” (Carvalho, 2022, p. 581).

Di Pietro (2022) entende que dentre os princípios das licitações também é possível encontrar o princípio da sustentabilidade da licitação ou da licitação sustentável, este que está conectado diretamente com a ideia de o procedimento administrativo da licitação deve incentivar a proteção do meio ambiente.

Para encerrar a abordagem entre os princípios imprescindíveis das licitações, não se pode esquecer de citar o princípio da segregação de funções que também é adotada internamente nos órgãos da Administração Pública, no âmbito das licitações. Este princípio determina que cada etapa do procedimento deve ser desempenhada por um agente público diferente. A principal finalidade desta segregação de funções é evitar a ocorrência de fraudes, impedindo que o mesmo agente atue em funções diversas e incompatíveis entre si (Carvalho, 2022).

A nova lei de licitações confere à advocacia pública um relevante papel no controle da legitimidade do processo de licitação, conforme restará devidamente evidenciado de forma específica nos capítulos seguintes ao se realizar a comparação entre as atividades de controle do advogado sob a vigência da Lei nº. 8.666/1993 e posteriormente sob a nova lei de licitações, Lei nº. 14.133/2021.

4 O ADVOGADO PÚBLICO NA LEI Nº. 8.666/1993

Desde a edição da nova lei de licitações o ordenamento jurídico pátrio vivencia um momento de transição entre a regulamentação anterior que é realizada pela Lei nº 8.666/1993 e a nova regulamentação dada pela Lei nº 14.133/2021. Assim sendo, o legislador determinou um período de vigência síncrona no ordenamento jurídico brasileiro. Ao se analisar o papel prestado pelo órgão de assessoramento na égide da antiga lei de licitações, inicialmente deve-se voltar a atenção para o Art. 38 que inaugura a seção do procedimento e julgamento. De pronto, observa-se que o referido artigo dispõe em seus incisos os documentos que serão oportunamente juntados após abertura do procedimento da licitação.

Outrossim, é no parágrafo único do Art. 38 (Lei nº. 8.666/1993) que se encontra a materialização do papel desempenhado pelo órgão de assessoramento, do qual, assenta que “as minutas dos editais de licitação, bem como, as dos contratos, acordos, convênio ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração”. Assim sendo, a atuação do órgão de assessoramento jurídico no âmbito da Lei nº. 8.666/1993 restava inteiramente fundamentada por um único dispositivo, dado que somente o Art. 38, parágrafo único regulamentou o seu papel nas licitações, e que somente institui uma função de examinador de minutas.

Seguindo esta linha de pensamento, Pedra e Torres (2022, p.98-99) asseveram crítica de que a Lei nº 8.666/93 sabotou a vocação do órgão:

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.

Consoante se observará a frente, a supracitada crítica não encontra amparo para subsistir sob a égide da Lei nº. 14.133/2021, uma vez que a nova lei disciplinou um diferente modelo de atuação para o órgão de assessoramento jurídico e uma conseqüente alteração em sua função de mero examinador ocasionada pela lei anterior.

5 O ADVOGADO PÚBLICO NA LEI Nº. 14.133/2021

5.1 O advogado público como linha de defesa

Mediante a análise do papel do órgão de assessoramento na Lei nº. 8.666/1993, resta evidente a primeira diferença existente entre a regulamentação disposta pela antiga lei e a nova lei, uma vez que a nova lei de licitações e contratos administrativos firma inúmeras vezes os dispositivos que regem os órgãos de assessoramento que são constituídos pelos advogados públicos. Ademais, na concepção defendida por Souza e Cruz Junior (2021) a recente Lei nº. 14.133/2021, reconhece a Advocacia Pública como linha de defesa das contratações públicas, possuindo o poder-dever de sanear as irregularidades que configurarem dano à Administração.

Ao todo existem três linhas de defesas que estão dispostas nos incisos do Art. 169 da Lei nº. 14.133/2021, sendo que, a primeira linha de defesa é integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade, enquanto a segunda linha de defesa é justamente composta pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade, e por fim, temos a terceira linha de defesa, que é integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Embora todas as linhas de defesa integrem papel fundamental na nova conjuntura

licitatória, o enfoque de análise do presente trabalho é a segunda linha de defesa, que consoante doutrina Couto e Capagio (2022) seus integrantes necessariamente precisam trabalhar em cooperação com os gestores, a fim de que seja prematuramente constatadas falhas no procedimento, bem como, oportunidades de melhoria.

A nova lei evidencia a necessidade de um enquadramento dos agentes públicos atuantes na licitação em alguns requisitos disposto na própria lei, dado que pela leitura do Art. 7º é possível depreender o amplo interesse do legislador em promover gestão por competências, e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução, com base nos requisitos dispostos nos incisos do artigo citado, quais sejam:

- 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. (Brasil, 2021).

Depreende-se que tais requisitos apresentam intima relação com a preservação do correto procedimento licitatório e observância dos princípios da Administração Pública, uma vez que há a preferência para servidores efetivos dos quadros permanentes com a formação profissional compatível, bem como, que não seja cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados, para que deste modo, seja preservado o princípio da impessoalidade que deve moldar o processo licitatório.

No que se refere ao inciso I, presencia-se uma clara preocupação com a independência dos servidores que atuam no processo de licitação, uma vez que previu preferência aos servidores efetivos, estes que possuem maior campo de proteção em sua atuação no que se refere aos conflitos de interesses que eventualmente poderão surgir. Contudo, em que pese os pontos elencados no parágrafo acima, o que se verifica no dia a dia é a insuficiência de servidores efetivos para comporem o quadro completo, nesta linha de

pensamento acompanha Pedra e col. (2022, p.101):

[...] 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.

Além do mais, o §1º do Art. 7º nos faz revisitar os princípios específicos das licitações, uma vez que menciona expressamente que a autoridade máxima do órgão ou entidade deverá observar o princípio da segregação das funções, desta maneira, 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. Para não restar dúvidas quanto a aplicabilidade do dispositivo e seus requisitos aos advogados públicos, assim dispõe o §2º do art. 7º: “§ 2º O disposto no caput e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração”. (Brasil, 2021).

Logo, a inclusão dos advogados públicos no escopo do dispositivo e seus requisitos, assegura uma abrangência mais completa e coerente, reforçando assim a importância de sua observância e cumprimento por todos os profissionais envolvidos, a fim de garantir a integridade, a transparência e a eficiência.

5.2 Parecer jurídico e o papel de controle exercido pelo advogado público

O Art. 53 da nova lei positivou em seu *caput* que após o final da fase preparatória, o processo seguirá ao advogado público, a fim de que se realize o controle prévio de legalidade por meio da análise jurídica da contratação, assim, revelando a indispensabilidade do parecer jurídico para atestar a fase preparatória.

Por conseguinte, este supracitado controle prévio dar-se-á mediante parecer jurídico

realizado pelos advogados públicos, ao analisar o §1º do Art. 53, fica elucidado que o parecer deve apreciar todo o processo licitatório conforme os critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade (inciso I), bem como, redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direitos levados em consideração na análise jurídica (inciso II).

Com o Art. 53 e a designação do controle prévio de legalidade, resta evidente que o legislador não restringiu a atuação do Advogado Público a mera aprovação de minutas, mas sim, uma análise jurídica que envolva todo o princípio da juridicidade administrativa. No entanto, em que pese a incumbência de se realizar uma análise jurídica, ao advogado público não caberá ultrapassar a esfera da decisão emitida pelo setor técnico, assim doutrina Pedra e Torres (2022, p.105):

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 [...] 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.

Outrossim, consoante dispõe o §4º do Art. 53, também compete ao advogado público o controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos. No que se refere ao parecer emitido, Carvalho (2022) leciona que este não tem caráter vinculativo, mas sim, opinativo e de orientação ao gestor público acerca das eventuais falhas existentes no procedimento licitatório e a possibilidade de correção dessas falhas. Entretanto, caberá ao gestor explicitar os motivos pelos quais decidiu em divergência com o parecer emitido pelo advogado público.

Pois bem, após o parecer jurídico favorável ao procedimento, a autoridade determinará a publicação do edital convocatório, como bem termina o §3º do Art. 53 Lei nº.

14.133/2021, que em sua literalidade assenta: “§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54”.

5.3 Responsabilização do advogado público por emissão do parecer

Com a evidenciação do indispensável controle exercido pela Advocacia Pública, gera-se também maior responsabilidade de atuação dos respectivos profissionais e conseqüentemente emerge o risco da responsabilização acerca do parecer emitido no processo licitatório. No que tange a responsabilização dos Advogados Públicos por emissão de Parecer, Galante (2015) assevera crítica de que há uma corrente de “criminalização” da Advocacia Pública, uma vez que o Ministério Público tem incluído os advogados públicos nas ações de responsabilização, sob a argumentativa de que os pareceristas dos atos administrativos também devem ser responsabilizados.

Logo, o que se verifica é uma presunção de que o advogado público agiu em conspiração para a realização de ato jurídico improbo, deste modo, violando a presunção de inocência do profissional, por isso, leciona Galante (2015 p.180) que:

se o parecer está devidamente fundamentado e se esteia em tese jurídica aceitável, com amparo em lição doutrinária ou jurisprudencial, não deve presumir a responsabilidade do advogado público se não houver um lastro mínimo de indício.

Por conseguinte, para que o parecerista seja responsabilizado, far-se-á necessário a observância do Art. 28 inserido em 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, responsável por positivar que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” Conseqüentemente, resta evidente que o próprio legislador pátrio acompanhou critérios que até então estavam sendo utilizados pela jurisprudência brasileira, ocasionando em uma maior segurança jurídica, consoante orientam Pedra e Torres (2022, p.129):

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.

À vista disso, com os órgãos de controle externo sucedendo-se de forma generalizada na inclusão dos advogados públicos em processos de responsabilização, sem quaisquer indícios de dolo ou erro grosseiro, ocasionará na efetiva instauração do Direito Administrativo do Medo, que fora definido por Santos (2020, p. 30) como:

a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.

Por todos esses aspectos, a responsabilização do advogado parecerista gera relevantes debates a nível nacional, tanto que, a Ordem dos Advogados do Brasil no ano de 2022, representando os interesses da classe, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal proposta para a elaboração de Súmula Vinculante acerca dos pareceres dos advogados públicos e privados, com base na proposta encaminhada, ela teria a seguinte redação: “Viola a Constituição Federal imputação de responsabilidade ao advogado pela emissão de parecer ou opinião jurídica, sem demonstração de circunstâncias concretas que o vinculem subjetivamente ao propósito ilícito”

A existência da supracitada Súmula Vinculante representaria um marco significativo na defesa da independência e imparcialidade dos advogados pareceristas, uniformizando as posturas dos Tribunais buscando preservar a integridade do exercício da livre advocacia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta inequívoco que a licitação é um importante mecanismo procedimental para a

preservação da moralidade administrativa no decorrer das gestões públicas, visando satisfazer as necessidades da Administração por meio da redução da discricionariedade do administrador, alcançando a concretização por meio de critérios prévios e objetivos estabelecidos para o procedimento. Assim sendo, a execução das licitações deverá atentar-se para o fiel cumprimento de todos os princípios inerentes do Direito Administrativo, de modo a resguardar a impessoalidade, que representa uma das finalidades pelas quais o Poder Constituinte Originário previu o dever de licitar na CRFB/88.

Ante o exposto, é notório a crucial importância que o advogado público desempenha no contexto da Lei nº. 14.133/2021, uma vez que ela evidenciou o papel ativo a ser empreendido como expressão de uma das linhas de defesa, assim sendo, a atuação do advogado deverá ser pautada na orientação dos gestores públicos, a fim de que seja garantido a observância da legalidade. Dentro desta perspectiva, o dever de manutenção da moralidade administrativa através do controle prévio de legalidade disposto na nova lei, que é especialmente incumbida à Advocacia Pública, sinaliza a efetivação do emanado constitucional de função essencial à justiça, que ultrapassa a mera representação judicial ou extrajudicial, mas sim, como uma parte impreterível do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Regulamenta o novo regime de licitações e contratos administrativos, instituído pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do Canto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico Universitário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E- book.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. [2. Reimp.]. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Uma leitura crítica da “criminalização” do advogado público com fundamento no “in dubio pro societate”. *In*: ACCIOLY, Leonardo (Org.). **Prerrogativas do Advogado**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015. p. 175-191.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Advocacia Pública: Atuação Prática Judicial e Extrajudicial**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Formato ePUB.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

PEDRA, Anderson Sant’Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. O papel da Assessoria Jurídica na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). **Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 13, p. 89-136, 2022. Disponível em: <https://www.pge.pr.gov.br/Revista-Juridica-da-Procuradoria-Geral-do-Estado>. Acesso em: 22 mar. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Curitiba, 2020.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e estado democrático de direito. **R. Dr. Adm., Rio de Janeiro**, n. 230, p. 281-289, out.-dez. 2002.

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE DE SEU COMPROMISSO COM OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E SUA FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA BRASILEIRA
Roger Gonçalves Saluci & Elisa Helena Lesqueves Galante

SOUSA, Artur Leandro Veloso de; CRUZ JUNIOR, Josevan Carmo da. A advocacia pública enquanto linha de defesa da execução orçamentária das políticas públicas. *In*: Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, **Anais...**, Distrito Federal, 2021.