

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E OS DESAFIOS PARA A ADVOCACIA¹

Ronny Charles L. de Torres²

A Constituição Federal definiu peculiar configuração para a Advocacia Pública, posicionando-as entre as “Funções Essenciais à Justiça”³. Como ressaltado, ela divide o seu título IV, sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos. O primeiro trata sobre o Poder Legislativo, o segundo se destina ao Poder Executivo e o terceiro discorre sobre o Poder Judiciário. O quarto, também inserido no título “Organização dos Poderes”, mas separado dos três primeiros, foi denominado “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”.

É necessário retornar 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 a eles. Isso se deu porque as mudanças ocorridas durante o século XX, com a ampliação da atuação estatal e a ampliação da complexidade das pertinentes relações jurídicas, repercutiram na configuração do Estado Moderno, lastreada no pilar institucional do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), exigindo a formatação de novas estruturas jurídicas.

¹Texto baseado em trecho do nosso livro Leis de licitações públicas comentadas.

² Advogado, Consultor e Parecerista. Doutor em Direito do Estado pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Advogado da União licenciado. Foi Membro fundador da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: Leis de Licitações Públicas comentadas (15ª ed.); Direito Administrativo (coautor. 14ª ed.); Licitações e Contratos nas Empresas Estatais (coautor. 3ª ed.) e Improbidade Administrativa (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm, além de Análise Econômica das licitações e contratos (coautor. 2ª edição, Ed. Fórum).

³ Aqui neste texto adotaremos a expressão genericamente mais conhecida “Advocacia Pública”, embora em outros escritos adotemos a relevante classificação lastreada na doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que adota a denominação “Advocacia de Estado”, para as *Procuraturas Constitucionais* responsáveis pela representação judicial e extrajudicial dos entes públicos, tendo em vista que a expressão “Advocacia Pública” indicaria um gênero, que englobaria outras *Procuraturas Constitucionais*, como a Defensoria Pública e o Ministério Público. Sobre o tema, vide: 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.

Diante deste desafio, inspirado em mutações constitucionais ocorridas no mundo, o Constituinte brasileiro de 88 segmentou funções essenciais à Justiça, definindo estruturas jurídicas imprescindíveis para o equilíbrio dos poderes e para o aperfeiçoamento da atuação estatal. É sob essa perspectiva que deve ser percebida a atuação do Ministério Público, da Advocacia Pública (de Estado), da Advocacia Privada e da Defensoria Pública⁴. Conforme ensinou o célebre e saudoso Professor Diogo de Figueiredo 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.⁵

A compreensão da Advocacia Pública como 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 compreender o papel a ser desenvolvido pela Advocacia Pública.

Quando o texto constitucional trata sobre a Advocacia Pública, identificam-se remissões a atividades definidas como funções constitucionalmente típicas. São elas: a consultoria jurídica, o assessoramento jurídico, a representação judicial e a representação extrajudicial. Tais funções típicas representam o que fora esquadrihado na Constituição de 1988 para a atuação do Advogado Público, tem por pressuposto a atuação deste para aperfeiçoamento jurídico da atuação estatal e para defesa das ações legitimamente realizadas, devendo ser corretamente exercidas para que se extraia de sua atuação os efeitos pretendidos pelo constituinte.

Transpassando o tema para o mundo das licitações, importa lembrar que a Lei nº 8.666/93, ao definir como seria 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 artigo 31 do Decreto-Lei nº 2.300/1986, diploma do qual herdou sua “plataforma legal”. Nada obstante, houve uma relevante inovação no dispositivo da Lei nº 8.666/93, em comparação com o artigo 31 do referido Decreto-Lei. Esta inovação foi materializada no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual, as minutas de editais

⁴ 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.

⁵MOREIRA 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.

de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes deveriam ser previamente examinadas e “aprovadas” por assessoria jurídica da Administração.

Com o turbulento momento vivenciado por conta das denúncias de corrupção que afligiram o governo do Presidente Collor, culminando em seu impeachment no final de 1992, a Lei nº 8.666/93 não apenas manteve a plataforma legal do Decreto-Lei nº 2.300/1986, como em alguns pontos deu ainda mais vigor ao controle burocrático das contratações. Outrossim, 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 surgimento no texto constitucional de 88 e incumbida da atividade de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo Federal.

Ocorre que, ao prever a necessidade de aprovação das minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes, o parágrafo único do artigo 38, deslocou a Advocacia Pública (e não apenas os membros da AGU) para uma função constitucionalmente atípica, de controle que, durante a égide da Lei nº 8.666/93, tornou-se o grande foco de atuação dos órgãos de assessoramento jurídico, na área das contratações públicas.

Convém frisar: o artigo 38 é, na verdade, o único da Lei nº 8.666/93 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 (controle), avaliando se as minutas e o procedimento atendiam às exigências normativas.

Em razão desse enfoque na atividade de controle, da escassez de recursos humanos e diante do grande desafio de aprovação das minutas, que multiplicaram-se com o crescimento de demandas administrativas e ficaram mais complexas com as transformações ocorridas na sociedade e no mercado, as funções típicas de consultoria jurídica e de representação extrajudicial foram exploradas com menor intensidade, por vezes afastando alguns órgãos de assessoramento jurídico da atuação estratégica e necessária de auxiliar o gestor no aprimoramento das ações administrativas.

Pois bem, desde de abril de 2021 está vigente a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). A referida Lei já está vigente e traz impactantes mudanças no regime das licitações e das contratações públicas, tanto sobre a perspectiva do procedimento licitatório em si, como em relação aos agentes públicos e privados nele envolvidos.

Diferente da legislação precedente, que tinha uma única remissão expressa ao parecerista jurídico nas licitações, deslocando-o para uma função atípica de controle, a Lei nº 14.133/2021 tratou enfaticamente, em diversos dispositivos, sobre o órgão de assessoramento jurídico, representado, notadamente na União e nos estados, pelos órgãos de Advocacia Pública.

Embora preserve resquício da atuação atípica de controle para o órgão de assessoramento jurídico (em seu artigo 53), a Lei nº 14.133/2021 refere-se à atuação de consultoria e assessoramento jurídico propriamente ditos em diversos dispositivos e também define a obrigatoriedade de representação extrajudicial e judicial, pela Advocacia Pública, dos agentes que atuam com as licitações e contratações públicas, quando eles praticarem atos lastreados em orientação dada pelo órgão de assessoramento jurídico.

Necessário ponderar que esta regra descrita no artigo 10 da Lei nº 14.133/2021 cria um interessante incentivo para que os pedidos de consultoria e assessoramento se ampliem, mesmo para a tomada de decisões que, até então, apenas excepcionalmente resultavam em consultas ao órgão jurídico. Dilemas relacionados ao planejamento da licitação, recursos administrativos, desclassificação de propostas, inabilitações, impugnações ao edital, sanções administrativas e gestão e fiscalização contratual, entre outros, tenderão a ser mais provocados para análise jurídica, diante do legítimo interesse do agente público responsável de se respaldar em parecer jurídico, para garantir a defesa institucional estabelecida pela Lei.

Este novo panorama legal, sem dúvida, ensejará uma reformulação estratégica da atuação da Advocacia Pública na área de licitações e contratos.

Ao se referir diversas vezes à necessidade de apoiar juridicamente (exercendo consultoria e assessoramento) a atuação dos agentes públicos que atuam na área de licitações, bem como ao reforçar o dever de defesa desses agentes, quando eles atuarem orientados pelo órgão jurídico, é evidente que a Lei nº 14.133/2021 induzirá a Advocacia Pública a exercer cada vez mais suas funções constitucionais típicas, de consultoria e assessoramento jurídicos, além da representação judicial e extrajudicial.

Noutro quadrante, ao se referir à função atípica de controle (controle prévio de legalidade), em seu artigo 53, exercida através de análise jurídica a ser realizada ao final da fase preparatória (parecer obrigatório), o legislador definiu, mais adiante, no §5º do referido artigo, que será dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente

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

Uma peculiaridade sutil, que precisa ser devidamente compreendida, é que o legislador definiu que a competência para relativizar a obrigatoriedade de manifestação jurídica para exercício desta função atípica de controle é da autoridade jurídica máxima competente.

Em outras palavras, é o órgão Jurídico, através de sua autoridade máxima, que definirá estrategicamente a relativização da sua análise obrigatória, em relação à função atípica de controle esquadrihada no artigo 53. Diante da provável ampliação das demandas para exercício de suas funções típicas, a Advocacia Pública, diante da escassez de recursos humanos disponíveis, precisar realizar a devida gestão de suas competências.

O futuro da Advocacia Pública na área de licitações e contratos passa pela compreensão da mensagem apresentada pelo legislador e da preparação dos órgãos de Advocacia Pública para novos tempos que se descortinam com a Lei nº 14.133/2021.

Com um membro da Advocacia Pública, estarei torcendo para que este novo momento a leve a avançar cada vez mais para o desenvolvimento de suas funções típicas, funções constitucionalmente essenciais à Justiça e fundamentais para o desenvolvimento da Administração Pública e do Estado brasileiro.