

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 10 DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

The Unconstitutionality Of Article 10 Of The New Law On Bidding And Administrative Contracts

Fernando Machado Souza

Pós-Doutor em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Direito Previdenciário. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Graduado em Teologia pela UNIGRAN EaD. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS, MS, Brasil). Advogado (OAB/MS 15.754).

Jhonatan Neres dos Santos da Silva

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS, MS, Brasil).

Resumo

A Nova Lei de licitações e Contratos Administrativos trouxe várias mudanças essenciais no âmbito das contratações públicas, como também consolidou entendimentos que já haviam sendo utilizados pela Administração Pública. Ocorre que a Constituição ressalta que cabe à União estabelecer normas gerais sobre a matéria, o que não foi adotado em alguns dispositivos da novel legislação. Nesse sentido, busca-se no presente artigo analisar a inconstitucionalidade do artigo 10 da Nova Lei de Licitações, o qual trata da defesa de agentes públicos pela Advocacia Pública, em virtude da invasão de competência dos demais entes federados.

Palavras-chaves: Advocacia Pública. Representação de Agentes Públicos. Interesse Público.

Abstract

The New Law on Tenders and Administrative Contracts brought several essential changes in the scope of public contracts, as well as consolidated understandings that had already been used by the Public Administration. It so happens that the Constitution emphasizes that it is up to the Union to establish general rules on the matter, which was not adopted in some provisions of the new legislation. In this sense, this article seeks to analyze the unconstitutionality of article 10 of the New Bidding Law, which deals with the defense of public agents by the Public Advocacy, due to the invasion of competence of the other federated entities.

Keywords: Public Advocacy. Administrative. Representation of Public Agents. Public interest.

Sumário

1. Introdução; 2. Principais Mudanças da Nova Lei de Licitações; 3. Da Advocacia Pública; 4. Da Defesa de Agentes Públicos pela Advocacia Pública; 5. Da Inconstitucionalidade do Artigo 10 da Lei 14.133/2021; 6. Conclusão; 7. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

Em um período de urgência na efetivação das políticas públicas, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (lei 14.133/2021) foi aprovada com bastante otimismo e a estimativa de desburocratizar a forma de como vem sendo realizada as licitações e contratos administrativos, isso porque suas disposições alcançam a Administração Pública de forma direta, como também os particulares que contratam com ela.

Contudo, vários dispositivos desta lei, em virtude da dúvida de sua aplicação, possuem duvidosa constitucionalidade, como o art. 10 da presente lei, que tem por objeto a defesa de agentes públicos pela Advocacia Pública gera bastante discussão atinente aos profissionais das Procuradorias Jurídicas.

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

Isso porque a Constituição Federal deixou bem assentado a função desse órgão essencial à justiça (art. 131 e 132 da CF), que é a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria jurídica do ente federado. Entretanto, o legislador, em várias oportunidades, preocupou-se em expandir a atuação da Advocacia Pública, para que essa atue na defesa jurídica de agentes públicos no âmbito judicial e extrajudicial.

Dessa forma, até que o Supremo Tribunal se pronuncie, essa ampliação das funções das procuradorias é constitucional, de modo que o art. 10 da Nova Lei de Licitações e Contratos, como será analisado a seguir, atribui normas específicas para os entes federados, violando sua autonomia e competência legislativa.

2. PRINCIPAIS MUDANÇAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Em primeira análise, vale ressaltar que a lei anterior de licitações e contratos terá validade de 02 (dois) anos, ou seja, no prazo de abril de 2021 até abril de 2023, o administrador poderá optar por uma das leis, conforme prevê o art. 191 da lei 14.133/2021,¹ devendo ser justificada a escolha da legislação a ser seguida, não se admitindo a sua combinação.

A regra de transição se justifica, em virtude de o administrador público poder escolher de forma discricionária qual legislação usar, não podendo fazer o uso das duas legislações de modo conjunto, sendo que nesse período, o gestor poderá realizar um regime de transição, a fim de qualificar suas equipes, para que essas se adequem à nova legislação. (Oliveira, 2021, p. 626).

Quanto às mudanças, verifica-se que a novel legislação revogou os crimes previstos na Lei 8.666/93² e, findado os dois anos da publicação da Lei 14.133/2021, a lei 8.666/1993, a Lei do pregão (Lei 10.520/2002, e os artigos 1º a 47-A da Lei 12.462/2011 (lei que dispõe do regime diferenciado de contratações públicas). Segundo Irene Patricia Nohara (2021, p. 9-28), a nova legislação compila o que tem de mais avançado dessas três legislações, ocorrendo, na prática, poucas mudanças.

Do mesmo modo, ressalta Edgar Guimaraes (2021, p.8-26), que a nova lei unificou vários diplomas normativos que antes eram regulados por várias leis esparsas, trazendo em um único texto a normativa referente ao tema, porém o texto ficou longo demais, bastante formalista e, diante do tempo de sua inserção, não era o que a comunidade jurídica estava esperando.

Na mesma linha de pensamento, Flavio Amaral Garcia 2022, p. 1-5) ressalta que a Nova lei de Licitações e contratos não é a lei voltada para a modernidade, mas que foi possível de ser realizada no âmbito da realidade brasileira. O autor critica o fato de a lei ser formalista, a qual quer regular tudo, de modo que poderia ser uma legislação mais principiológica.

De maneira idêntica Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrada, asseveram que a Nova Lei de Licitações quis esgotar toda matéria de licitação de maneira pormenorizada, o que afronta o art. 22, inciso XXVII, da CF, pois cabe à União legislar sobre normas gerais de licitação, de modo que a presente legislação entrou em tantos detalhes que não sobrou nada para os Estados e Municípios suplementarem. (Guimarães, 2022).

A novel legislação trouxe várias novidades, Irene Patricia Nohara (2021, p. 9-28) trata da importância do diálogo competitivo, modalidade de licitação que extingue a tomada de preços e o convite, tratando-se de modalidade inspirada no diálogo concorrencial. Previsto no art. 6º, inciso XLII, da Lei 14.133/2021, pontua a autora que “trata-se de modalidade cujo objetivo é atender às necessidades de obras, serviços e compras em que o poder público sabe de suas necessidades, mas não sabe, diante da variabilidade do mercado, como melhor supri-las.”

Do mesmo sentido, assinala Matheus Carvalho (2021a, p. 25) em relação ao diálogo competitivo que:

Nesses casos, a Administração Pública reconhece a importância da contratação de um determinado objeto, mas não sabe a melhor forma de suprir essa necessidade de forma mais adequada, dada a sua complexidade, e, para tanto, precisa de auxílios dos particulares. Assim, essa modalidade permite que seja implementado um diálogo entre o ente estatal e seus fornecedores para encontrarem a melhor solução para atender às necessidades do poder público. Isso porque, muitas vezes, os produtos ou serviços disponíveis no mercado não atendem à necessidade da Administração precisam ser adaptados caso a caso.

O autor finaliza ressaltando que, no âmbito do direito administrativo moderno, já é uma realidade o diálogo competitivo, pois coloca o particular juntamente com o Estado com a finalidade de resolver os problemas impostos, o que paulatinamente melhora a prestação dos contratos firmados pelo poder público. (Oliveira, 2021, p. 637).

Outra mudança importante é a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), trata-se de um sítio oficial eletrônico destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos, e a realização facultativa das contratações pelos órgãos entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos, conforme previsão do art. 174, incisos I e II, da Lei 14.133/2021.

Constata-se que a instituição do PNCP decorre do princípio da publicidade e da transparência previstos na Constituição Federal, servindo como instrumento de controle social que a população terá ao poder acessar as contratações públicas e licitações efetivadas pelo

poder público (Oliveira, 2021, p. 637). Isso demonstra, de forma democrática, a solidificação do acesso à informação para os particulares, pois facilita a própria fiscalização perante o poder público sobre a legalidade de seus atos.

Na visão de outros autores, a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas permite a efetivação de outros princípios além da publicidade e transparência, Monique Rocha Furtado e James Batista Vieira (2022) ressaltam que:

O PNCP contribui ainda para a promoção dos princípios da responsividade e da integridade na Administração Pública, pois o favorece o processo por meio do qual os agentes públicos podem ser responsabilizados por suas ações e omissões e cria uma estrutura que gera incentivos à honestidade e a observância de elevados padrões de probidade na gestão dos recursos públicos. Estes benefícios podem ser alcançados pelo PNCP porque a NLLC promove uma alteração na lógica jurídica, gerencial e econômica subjacente ao sistema de contratações públicas.

Além disso, para os autores, a implantação do portal não se trata de mera obrigação legal, haja vista que essa ferramenta melhora o controle social, facilita o acesso à informação não só dos particulares, mas também dos fornecedores e prestadores de serviços. Ademais, ao criar um ambiente coordenado entre as administrações e os fornecedores, aumenta a eficiência administrativa e, por decorrência, diminui a própria corrupção, pois essa é realizada de modo sigiloso no âmbito dos contratos. (Furtado; Vieira, 2022, p. 2-3).

Nesse sentido, várias são as alterações tratadas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sobretudo no que se refere a atuação da Advocacia Pública na Defesa de agentes públicos, que é objeto desse trabalho. Posto isso, entender o histórico da Advocacia Pública como função Essencial à Justiça é importante para se chegar na inconstitucionalidade discutida no presente artigo.

3. DA ADVOCACIA PÚBLICA

Prevista no art. 131 e seguintes da Constituição Federal, sendo uma das funções essenciais à justiça, a Advocacia Pública possui a função de representar judicialmente e extrajudicialmente as pessoas políticas que ela representa. Contudo, quando a CF faz menção à representação da União, não há uma referência somente ao poder executivo, mas também ao poder legislativo, judiciário e demais funções essenciais à justiça. (Fernandes, 2020, p. 740).

Depreende-se que houve mudanças significativas, sobretudo em relação à União. Isso porque antes da atual Constituição, o Procurador da República exercia a função de membro do órgão do *Parquet*, juntamente com a defesa dos interesses estatais, o que em alguns casos trazia um conflito de interesse em virtude da acumulação de cargos. (Masson, 2020, p. 1381).

A mudança foi louvável, pois desmembrou dois órgãos com funções diferentes, pois o Ministério Público passou a exercer suas atribuições constitucionais de forma plena, na forma do art. 129 e seguintes da lei maior, ao passo que foi criado um órgão específico para defender os interesses judiciais e extrajudiciais da União. (Masson, 2020, p. 132).

Do mesmo modo, pontua José Afonso da Silva (2016, p. 612):

A Constituição desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União. Agora o Ministério Público da União com seus Ministérios Públicos especiais só cumpre as funções típicas da instituição. Não são mais advogados da União.

Nesse sentido, na nova ordem constitucional, a tarefa da representação judicial e extrajudicial da União cabe à Advocacia Geral da União, cabendo-lhe, nos termos de sua lei complementar, a atividade de consultoria e assessoramento jurídico do poder executivo, como consta na previsão do art. 131 da Constituição Federal. Além do mais, vale ressaltar que a AGU tem outras carreiras além da Advocacia Geral da União.

No tocante à execução de dívida ativa de natureza tributária, cabe à Procuraria da Fazenda Nacional a representação na União, de acordo com o art. 131, § 3º, da Constituição Federal, e em relação às autarquias federais do poder executivo federal, cabe à procuradoria federal a sua representação, há, portanto, uma grande diferença das carreiras da advocacia pública federal para a Estadual, pois no âmbito dos Estados e o Distrito Federal, vigora o princípio da unicidade da representação e da consultoria jurídica.

Isso porque no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 145 o Supremo Tribunal Federal decidiu que a criação de órgãos paralelos de consultoria jurídica não é compatível com o modelo constitucional atribuído aos Estados e o Distrito Federal. Essa distinção em relação à União é devido ao art. 69 do ato das disposições constitucionais transitória, o qual menciona que aos Estados, será permitido manter as consultorias jurídicas separadas das suas procuradorias ou advocacias, desde que na data da promulgação da constituição tenham órgãos distintos para as respectivas funções.

Sendo assim, as normas posteriores à Constituição de 1988 que criarem órgão de representação distinto das Procuradorias dos Estados seriam inconstitucionais, no Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 9292/MS, as Leis que criaram as carreiras de Procurador Autárquico foram declaradas inconstitucionais, haja vista que o cargo foi criado em 2005, posterior a constituição de 1988.

Entretanto, a mesma Corte, em respeito à segurança jurídica, modulou os efeitos da decisão, tornando a carreira em extinção, e impedindo que seus atuais ocupantes exerçam funções relativas à representação judicial, permitindo somente a consultoria jurídica, sob a supervisão técnica do procurador do Estado,³ na prática, esses profissionais atuaram nas procuradorias, como se fossem “assessores concursados” dos procuradores do Estado.

Vale ressaltar que o princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal possui regras bem rígidas em relação à União, pois essa possui várias carreiras definidas, como a de Advogado da União, Procurador da Fazenda nacional, Procurador Federal, e Procurador do Banco Central.

Sendo assim, existe um tratamento diferenciado e, aparentemente, não há uma explicação jurídica para essa distinção, além da previsão contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de n. 69, pois mesmo os órgãos paralelos de consultoria e assessoramento jurídico que continuaram a existir, inexistem prejuízo prático. Ademais, órgãos

como procuradorias autárquicas eram manifestação da descentralização administrativa, pois coloca agentes do Estados em cidades do Interior, o que não costuma acontecer com Procuradorias gerais.

A regra da unicidade possui poucas exceções a essa, as quais foram bem definidas na ADI 145, como a permissão de instituição de procuradoria jurídica nas Assembleias legislativas e tribunais de contas, para a defesa de sua autonomia e assessoramento jurídico de sua atividade interna, e a contratação de advogado particular em casos especiais.

A possibilidade de casas legislativas manterem órgão de assessoramento jurídico é salutar, pois embora as procuradorias jurídicas estaduais não representam somente o poder executivo, mas sim os demais poderes, pode haver casos que haverá conflito de interesse. Nesse ponto, Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1.744) ressalta que:

No entanto, às vezes, há conflito entre os poderes (como exemplo: o Poder Legislativo cobra o Executivo o repasse de um valor que ele entende devido e não foi feito). Nestes casos, é possível, em tese, a propositura de ação judicial pela Assembleia Legislativa e quem irá representar judicialmente é o procurador da Assembleia legislativa.

Além dessa atuação, o órgão de representação da Assembleia Legislativa pode atuar em demais casos, como em pedido de informações em que o Estado se negue a prestar.

Ademais, o Pretório Excelso já decidiu que é vedado aos Estados-Membros instituir procuradoria jurídica para a universidade Estadual.⁴ Entretanto, a própria corte já admitiu que em virtude da autonomia universitária prevista no art. 207 da CF, é permitido o cargo em comissão de Procurador-Geral da universidade estadual, inclusive, esse cargo não precisa ser de membro efetivo dos quadros da procuradoria do Estado, conforme decidido da ADI 5262.

Em relação à representação judicial e extrajudicial dos municípios, a constituição federal não deu tratamento e, do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há obrigação constitucional para criação de órgão de advocacia pública municipal, conforme ementa do Agravo Interno no Recurso Extraordinário n.º 1156016 SP /SP:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. PRECEDENTES. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RESTRIÇÃO AO PODER DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. INVIABILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (STF - AgR RE: 1156016 SP - SÃO PAULO 2135294-97.2017.8.26.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/05/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-102 16-05-2019).

Porém já existe uma proposta de Emenda à Constituição para alterar o art. 132 da CF, cuja intuito é de:⁵

Alterar a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho (PEC 17/2012).

A proposta é grande valia e, se um dia for aprovada, atenuará várias irregularidades que vários municípios brasileiros sofrem, pois uma vez que os municípios não são obrigados a realizar concurso público, a contratação de procuradores acaba sendo realizada em virtude da inexigibilidade de licitação,⁶ ou por preenchimento por cargo de comissão.

Isso é demonstrado pelo levantamento feito pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais, que concluiu que 66% por cento dos municípios brasileiros não possuem procurador concursado.⁷ Esse fato, infelizmente, permite que gestores contratem os procuradores com base no apadrinhamento político, prática corriqueira na maioria dos municípios brasileiros.

4. DA DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA PÚBLICA

A advocacia pública possui um papel bem delimitado na carta política, que é representar judicialmente e extrajudicialmente, como também desempenhar a consultoria e o assessoramento jurídico do ente federado que representa. Entretanto, há uma grande controvérsia que se parte do âmbito das atuações dos procuradores, que é a defesa de agentes públicos no exercício da função pública.

No decorrer dos anos, vários entes federados regulamentaram a matéria, a União Federal, por meio da Lei 9.028/95, a qual dispõe sobre as atribuições da Advocacia Geral da União, permite que a AGU e seus órgãos representem agentes públicos nos casos previstos do art. 22 da presente lei.⁸ Além da União, vários Estados dispuseram nas leis orgânicas de suas procuradorias previsão idêntica, é o caso do Estado de Mato Grosso do Sul, no disposto na Lei complementar n.º 257/18, que compete à PGE defender ocupantes de cargo de direção superior do poder executivo, nos casos previstos no art. 3º, inciso XIV, da presente lei.⁹

Também é o caso do estado de Alagoas, por meio de da Lei complementar n.º 7/91, do seu art. 4.º, inciso XXII,¹⁰ ainda, de maneira idêntica é a Lei complementar n.º 58/2006 do Estado do Ceará, no seu art. 5.º, inciso VIII,¹¹ ou seja, são vários entes federados que possuem essas disposições em suas legislações, e um ponto bastante importante é que essas legislações apontam a defesa de agente públicos no exercício da função pública, o que ressalta que a atuação das procuradorias não pode ser efetuada em razão de um ato particular do agente estatal, o que afrontaria o princípio da impessoalidade da Administração Pública.

Entretanto, há resistência doutrinária que defendam uma interpretação mais restritiva da atuação das Procuradorias Jurídicas, o que culminou no ingresso da ADI 2888 pelo Conselho Federal da OAB, com a finalidade de declarar inconstitucional o art. 22 da lei 9. 028/95, advinda da Medida Provisória n.º 2. 143/31, dispositivo da União acima citado.

Para Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug, a Constituição foi bem precisa ao apontar o a função da Advocacia Geral da União, que é a defesa do Estado Federal, de modo que a referida medida provisória extrapolou os limites constitucionais, adicionando funções não previstas na lei maior, sendo, portanto, inconstitucional.¹²

Em posição idêntica, Francisco Lacerda Neto (2001, p. 27) afirma de maneira contundente que:

Toda Medida Provisória é, em princípio, inconstitucional, por sua incompatibilidade com o regime presidencialista da Constituição. No caso presente, além de inconstitucional é imoral, pois o Presidente da República legisla e causa própria, ou seja, colocou a AGU a seu serviço pessoal e de seus acólitos, para não ter gastos com a contratação de advogados na defesa das ilegalidades que essas autoridades cometerem. A defesa do presidente e daqueles que ocupam cargos públicos, de indicação política, deveria, se vivêssemos em país verdadeiramente democrático, ser atribuição do partido político que o elegeu, e não como pretende essa excecência de lei, que obriga o contribuinte a pagar não só pelas ilegalidades, como também pela defesa dos que a cometeram. É um absurdo convivermos com esse tipo de situação [...]

Pois bem, a OAB também defende uma interpretação restritiva, argumenta na ADI 2888 que a norma do art. 22 da Lei 9. 028/95 é inconstitucional pois impor novas atribuições a AGU, haja vista que novas pessoas passaram a serem defendidas pelo Erário público por supostos danos que causaram ao erário, o que afronta o art. 131 da Constituição, pois houve a criação de uma verdadeira defensoria de servidores públicos, o que atenta contra o princípio da moralidade e da impessoalidade.¹³

Desse modo, há uma interpretação bastante limitada daqueles que defendem a inconstitucionalidade da referida norma. Porém, em momento algum se desprende do art. 22 da referida norma que a AGU irá defender os agentes públicos de forma irrestrita, o texto legal é claro que a defesa será feita quanto aos atos praticados no exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, tratando-se de interesse público.

Muito embora a expressão “interesse público” possa ser aberta, e com margem de diversas interpretações, a doutrina dá várias explicações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 47) assevera que o interesse público está consubstanciado na própria natureza do Estado, de modo que esse deve favorecer a coletividade, na busca intrínseca do interesse público.

Há autores que defendam que o interesse público é conceito jurídico determinado, como José dos Santos Carvalho Filho afirma (2020, p. 116) que “a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público”.

Em sentido contrário, para os autores Emersom Gabardo e Mauricio Corrêa de Moura Rezende (2017, p. 15), professoram que o interesse público é um conceito jurídico indeterminado. Entretanto, isso não significa que sua aplicação seja algo ruim ou de forma discricionária pelo administrador, pois essa amplitude permite que a sua aplicação possa ser realizada da forma mais pontual, nas situações administrativas decorrentes do dia a dia.

Mais além, para que o conceito não seja desvirtuado para atingir propósitos contrário à lei a os princípios basilares da administração pública, afirmam os autores que “é possível averiguar que o interesse público é um signficante dotado de significado dentro do Direito, e não é um vazio que possibilite a imputação de qualquer razão que se faça conveniente a quem quer que seja incluso aí o administrador.” (Gabardo; De Moura Rezende, 2017, p. 43).

Nessa senda, independentemente do interesse público ser um conceito jurídico determinado ou indeterminado, quanto à possibilidade da defesa de agentes públicos movido

pela advocacia pública, o Superior Tribunal de Justiça já rechaçou e condenou por improbidade vários indivíduos que usam da advocacia, a pretexto de estarem atuando no interesse público, estarem, de fato, usando da do aparato estatal com interesses particulares.

No bojo do Recurso Especial n.º 1.229.779-MG, de relatoria do Ministro Hermam Benjamin, a Corte julgou o caso de um prefeito que usou da Procuradoria Jurídica municipal para se defender de uma ação popular, a qual denunciou o político de utilizar placas e anúncios de serviços de obras para promoção pessoal e do partido, ou seja, praticou atos irregulares no exercício do mandato.

O Tribunal da Cidadania condenou o político pela prática de improbidade administrativa, em virtude de ter violado o interesse público e a violação do princípio da moralidade. Entretanto, o Tribunal fez a ressalva de que a defesa do agente particular de procurador jurídico configura improbidade administrativa, salvo se houver interesse convergente com a Administração, o acordão elenca vários precedentes nesse sentido.

Sendo assim, tais condenações por improbidade ocorreram por clara ofensa ao interesse público, e não se avenge que os casos concretos serão decididos caso a caso pelo poder judiciário, pois há uma diferença muito grande em atos praticados no interesse da coletividade e atos praticados por interesse pessoal, como o acordão acima citado.

Divergências à parte, o fato é que a noma do art. 22 da Lei 9.028/95 está em vigor e, até que seja dado pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo é constitucional. Isso porque no dia 07 de fevereiro de 2022 a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2888 que questiona o art. 22 da presente lei não foi conhecida em virtude da ausência de interesse de agir.

O Pretório Excelso não conheceu da ação ao argumento de que no decurso da Ação de Inconstitucionalidade houve vindouras legislações idênticas, o havendo impugnação a todo complexo normativo da matéria, o que tornaria o provimento jurisdicional inócuo,¹⁴ pois foi editada a Lei de n. 13.327/2016, que prevê a defesa de agentes públicos pela Advocacia Pública no âmbito da União,¹⁵ como também o art. 10 da Lei 14.133, objeto desse trabalho.

Vale ressaltar as situações mais famosas em que art. 22 da Lei 9.028/95 foi usado, como no caso do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff,¹⁶ em que o então Advogado Geral da União, José Eduardo Cardozo, defendeu a presidente nas sessões da Câmara dos deputados e do julgamento no Senado Federal.

Aliás, em situações mais recentes, a AGU foi usada na CPI da pandemia para defender vários servidores do ministério da saúde, inclusive o próprio ex-ministro da saúde Eduardo Pazuello, nessa ocasião, o órgão impetrou um *habeas corpus* para que o ex-ministro pudesse exercer o direito de ficar em silêncio quando fosse depor na comissão.¹⁷

Vale ressaltar que essas defesas exercidas pela AGU foram efetuadas no interesse da União, e não no interesse pessoal, pois os indivíduos que prestaram depoimento na CPI estavam respondendo e/ou dando informações de ato no exercício da concretização das políticas públicas no âmbito da pandemia, evidentemente que tais decisões não foram as melhores, haja vista a demora na vacinação, a falta de planejamento estratégico do governo na condução da crise.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 10 DA LEI 14.133/2021

No sistema constitucional brasileiro, existe o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, Nathalia Masson (2020, p. 76) assevera que:

Como os poderes públicos extraem suas competências da Constituição, por consequência presume-se que eles agem estritamente em consonância com esta. Isso confere às normas produzidas pelo poder legislativo (e também pelos demais poderes, no exercício de sua função atípica de natureza legislativa) a presunção de serem constitucionais, de terem sido engendradas em conformidade com o que prescreve a Carta Maior. Acaso não existisse essa presunção, não se poderia falar em imperatividade das normas jurídicas, característica necessária para impor a obediência delas a todos.

Entretanto, essa presunção é relativa, admitindo prova em contrário. Nesse modo, somente com a declaração de inconstitucionalidade pronunciada por ordem competente é que será feita a compatibilidade da norma debatida (Barroso, 2020, p. 297). Assim, há vários argumentos favoráveis para a declaração da inconstitucionalidade formal subjetiva do artigo objeto de estudo do presente trabalho, porém vale destacar de início o artigo e sua finalidade, cujo teor é:¹⁸

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

Depreende-se que o legislador restringiu a aplicação da lei nas hipóteses relacionadas aos procedimentos de licitação e contratos, diferentemente da norma da AGU e das demais leis complementares apresentada nesse trabalho, as quais tinham hipóteses mais abrangentes. Ademais a lei deixa evidente que a defesa por procurador só será efetuada se o agente público praticou ato no estrito cumprimento de parecer jurídico.

Em primeira análise, vale ressaltar que o dispositivo é salutar, pois atuar na linha de frente da atividade administrativa não é uma das tarefas mais fáceis e queridas pelas pessoas, o prestígio político e a possibilidade de aplicar as políticas públicas do modo que achar necessário, a fim de atingir as necessidades daquele que o elegeu e à população em geral é algo louvável, mas que traz vários aspectos negativos.

Vale ressaltar, que a referida norma possui uma aplicação bem prática e, inclusive lógica, pois como pode o Administrador realizar determinado ato político, com a finalidade de implementar as políticas públicas para qual foi eleito, seguindo orientação jurídico de profissional habilitado, inscrito da Ordem dos Advogados do Brasil, muitas vezes concursado e, em virtude desse ato consubstanciado no parecer jurídico, o administrador é denunciado por irregularidade pelos órgãos de controle, como o Ministério Público e Tribunal de Contas.

Em verdade, os órgãos de controle como o Ministério Público e Tribunal de Contas, em virtude de sua autonomia, alcançaram um patamar de atuação que nunca se viu antes, de modo que ao Administrador Público, muitas vezes, fica impossibilitado de cumprir com todas as exigências exigidas pelos órgãos de controle, consubstanciado em várias normatizações e requisitos para determinados atos administrativos. (Pedra; Torres, 2021, p. 293-332).

Nesse sentido, a fim de diminuir o risco atrelada à própria função administrativa, e garantir ao agente público assessoria jurídica competente para defendê-lo, veio a disposição do art. 10 da Nova Lei de Licitação, na qual Anderson Santana Pedra e Ronny Charles Lopes de Torres professoram que:

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 encontram incentivo e segurança para tomar decisões não ortodoxas ou arriscadas, mesmo que imbuídas dos mais nobres intuídos de atendimento ao interesse público. (Pedra; Torres, 2021, p. 318).

Além disso, essa previsão permite que o gestor público não tenha preocupação com o custeamento na contratação de advogados para defender-se de um ato praticado no exercício da função administrativa, haja vista que tal situação acarretaria custos onerosos ao agente público, o que não parece razoável, pois o Administrador atuou de acordo com as balizas administrativas com a finalidade de atingir o interesse público maior, não há razão para não usar da Advocacia Pública, pois a defesa é do ato praticado, e não da agente envolvido.

Aliás, como o ato foi praticado com estrita observância no parecer jurídico, forçoso conhecer que o profissional mais habilitado para a defesa do agente público é o próprio profissional Assessoria Jurídica, pois ele está tão interessado na legalidade do seu parecer tanto quanto o agente público que assinou, pois na sua elaboração, foi analisado detalhadamente todas as suas etapas por profissional habilitado, na forma do art. 53¹⁹ da presente Lei.

Vale ressaltar, que a preocupação do legislador em ver os agentes públicos serem defendidos pela Advocacia Pública é tanta, que ao editar ao alterar a Lei de improbidade administrativa (Lei 14. 230/2021), inseriu dispositivo que atribui à Advocacia Pública a defesa dos agentes públicos nas ações de improbidade administrativa,²⁰ com a ressalva que a partir da entrada da nova alteração, só será condenado por eventual ato de improbidade administrativa o agente que praticar ato doloso, não bastando a voluntariedade do agente.²¹

Contudo, cabe salientar que essa previsão da atuação da Advocacia Pública está suspensa em virtude da decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 7042 e 7043, que transitam conjuntamente, as quais questionam alguns artigos da nova Lei de Improbidade Administrativa.²²

Não é o caso do artigo objeto deste trabalho, que é objeto de inconstitucionalidade da ADI 6915, proposta em 2021 pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado, com pedido liminar, e até o presente não houve nenhuma decisão que atribuisse efeitos suspensivo à novel legislação.

Nesse sentido, tendo em vista que a legislação está vigente e possuiu efeitos práticos imediatos, cabe elencar e analisar os pontos necessários para analisar se seu conteúdo é constitucional ou não, o que, na última hipótese, será analisado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

No presente caso, quanto à competência, o art. 10 da Nova Lei de Licitações e Contratos deve prevalecer somente para a União, com efeito, para garantir a autonomia das entidades federativas do Estado, é necessário dividir as competências, e muitas vezes, é difícil saber quais matérias devem ser distribuídas à União, Estados e Municípios.

Desse modo, no que concerne à competência legislativa, a Constituição Federal estabelece que cabe à União estabelecer normas gerais de licitação e contratos administrativos, no seu art. 22, inciso, XXVII, acontece que as normas gerais não devem ter conteúdo específico, mas sim com conteúdo abstrato que permite ser aplicado por todo entes federados.

Ao permitir que o art. 10 da NLLC se aplique aos Estados e Municípios, constata-se que está a União legislando sobre normas específicas dos demais entes, os quais devem complementar as normas gerais. Sendo assim, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a Lei regulamentadora do art. 37, XXI, da Constituição Federal,²³ que atribui aplicação indistinta a todos entes federados, e não faz a distinção de norma geral e norma específica, ultrapasse os limites legislativos estabelecidos à União. De modo idêntico, ensina José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 182), ao dispor que:

Por outro lado, muitas objeções têm sido levantadas em relação a alguns dispositivos da lei federal, os quais, segundo entendimento de diversos estudiosos, não contêm regras gerais, mas sim específicas. De fato, se o dispositivo da lei federal contiver norma específica, estará fatalmente em contrariedade com a Constituição Federal, e, em consequência, maculado de vício de inconstitucionalidade.

É de rigor, portanto, sustentar que o dispositivo objeto de estudo desse trabalho, deve ser aplicado somente à União, em virtude da inconstitucionalidade formal, pois carece a União do poder de regulamentar normas específicas de licitação. Desse modo, considerando que a presente norma, em uma primeira análise, pode ocasionar várias interpretações, deve ser assegurado o princípio da interpretação conforme a constituição a fim da legislação se adequar na forma pretendida pelo constituinte. (Vale; Oliveira, 2021).

Além disso, depreende-se que há o vício de inconstitucionalidade em virtude do artigo 10 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos violar o pacto federativo, infringindo a autonomia e o poder de organização dos demais entes federados prevista no art. 18 da Constituição Federal.

Isso porque ao estabelecer atribuições às Advocacias Públicas Estaduais e Municipais, a União acaba dispondo sobre matéria que não lhe é competente, essa disposição não contribui para o modelo de federalismo previsto na Lei maior, pois a União não detém competência plena para legislar sobre a matéria. (Hupsel, 2021).

Aliás, vale ressaltar que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com agravo de n.º 646.761, já decidiu que o poder constituinte derivado não está atrelado à orientação da Constituição no que se refere às atribuições da Advocacia Pública, havendo um espaço livre de conformação do constituinte derivado e do legislador estadual.

Desse modo, cabe aos demais entes federados disciplinar as atribuições de sua Advocacia Pública, e se ela atuará, de fato, na defesa de agentes públicos, por meio de

seus diplomas normativos internos (Vale; Oliveira, 2021), a partir de seu poder de auto-organização, como muitos Estados, inclusive, já o fizeram, conforme abordado em tópico anterior deste trabalho.

Cabe ressaltar, ainda, que a norma do art. 10 da NLLC é inviável de se aplicar aos Municípios, pois como já demonstrado, eles não possuem o dever de constituir Procuradoria Municipal institucionalizada, o que pode haver um desvirtuamento da aplicação da norma, porque uma situação é quando a defesa é realizada por servidor concursado, efetivo, que possui garantias estatutárias e autonomia funcional e administrativa.

Diferentemente do servidor que possui um cargo de comissão, que pode ser demitido a qualquer momento pelo Administrador Público, e são, na maioria dos municípios, esses servidores que atuam na linha de frente das Procuradorias conforme pesquisa demonstrada em tópico anterior.

Nessa esteira, várias indagações são levantadas, pois o artigo estudado em momento algum fala se a defesa do agente público será realizada por Advogado Público concursado, o que pode gerar interpretação dúbia do gestor municipal. Desse modo, a aplicação dessa Lei para os Municípios é temerária, sendo temerária sua aplicação prática, pois somente com servidor efetivo é possível sua execução de forma plena e sem futuros embaraços exercidos pelos órgãos de controle.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, ao longo do presente trabalho, foram apontadas as principais mudanças advindas da Nova lei de Licitações e Contratos Administrativos, as quais foram necessárias para o seu aprimoramento e aplicação prática, bem como demonstrado a estrutura organizacional da Advocacia Pública Brasileira.

No que concerne ao papel da Advocacia Pública na defesa dos agentes públicos, até o presente, não há nenhuma irregularidade, nem pronunciamento judicial do Supremo Tribunal Federal, afinal de contas, se um ato administrativo é realizado pelo Gestor da estrita observância da legislação com a finalidade primordial de alcançar o Interesse Público, é mais que razoável que se utilize da estrutura estatal, pois não se está defendendo o agente, pois esse é transitório, mas sim o ato administrativo.

Especificamente, quanto à aplicação do art. 10 da novel legislação, verifica-se que sua aplicação deve limitar-se à União, na sua Advocacia Pública Federal, pois a matéria legisla de assunto específico das Procuradorias, e não de forma geral, como é apontado na Constituição, e viola o pacto federativo ao dispor sobre organização administrativa.

Nesse sentido, outro entendimento viola o princípio da separação dos poderes previsto no artigo 1º da Constituição Federal, que é tão caro ao federalismo brasileiro, a autonomia dos entes federados não pode ser suprimida pela edição de legislações violadoras de competência, e cabe o Supremo Tribunal Federal, na ADI 6915, declarar a interpretação conforme a constituição do art. 10 da Nova lei de Licitações e Contratos Administrativos.

7. NOTAS

1. Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

2. Art. 193. Revogam-se:

1 - Os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei.

3. Criação de procuradoria de entidades públicas em MS é inconstitucional. **Conjur**, 19 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-19/procuradoria-entidades-publicas-ms-inconstitucional-stf>, Acesso em: 10 jan. 2022.

4. Ação direta de inconstitucionalidade. 6. Emenda Constitucional que amplia a autonomia universitária, conferindo autonomia administrativa, financeira e orçamentária à Universidade estadual, iniciativa privativa para propositura de lei, eleição de reitor e procuradoria jurídica própria. 7. Inconstitucionalidade material. §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 154 da Constituição estadual, na redação dada pela EC 61/2018. Violação ao princípio da separação dos poderes. Usurpação de competência do Poder Executivo. 8. Constitucionalidade do § 2º do art. 154 da Constituição estadual, na redação dada pela EC 61/2018. Possibilidade de repasse orçamentário por duodécimo. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 5946 RR 0071070-61.2018.1.00.0000**. Relator: Gilmar Mendes, 24 de maio de 2021. Tribunal Pleno. pub. 21 jun. 2021).

5. Proposta de Emenda à Constituição n.º 17, de 2012. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/material/105021>. Acesso em: 12 jan. 2021.

6. Isso é tão controverso, que foi aprovada a lei 14.039/2020, a qual dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade, haja vista que o art. 25, II da lei 8066/1993 ampliava de modo discricionário o que seria “notória especialização”. A repercussão da nova lei foi tanta, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com uma Ação direta de Constitucionalidade perante o STF de n. 45, na qual o tribunal formou maioria para dar interpretação conforme a constituição a presente lei, porém o julgamento ainda não foi terminado. **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-23/stf-forma-maioria-dispensa-licitacao-contratacao-advogados>. Acesso em: 15 jul. 2022.

7. 66% das cidades brasileiras não têm procurador concursado, segundo pesquisa. **Conjur**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/76-cidades-brasileiras-nao-procurador-concursado#:~:text=Das%205.570%20cidades%20brasileiras%2C%203.677,abril%20a%20dezembro%20de%202016>. Acesso em: 15 jul. 2022.

8. 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 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. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001).

9. Art. 3º. XIV - defender, mediante requerimento expresso, os agentes ocupantes de cargos de comando superior e de direção superior do Poder Executivo em ação civil pública, ação popular, ação de improbidade

administrativa e similares, proposta em face de ato praticado no exercício regular do cargo ou da função pública, desde que em conformidade com parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado.

10. XXIII – a Procuradoria Geral do Estado representará judicialmente o Governador, os titulares das Secretarias, de Autarquias e Fundações Públicas estaduais, os Procuradores de Estado e os membros do Ministério Público, quando vítimas de crime sofrido em razão do exercício do cargo, bem como em decorrência dos atos praticados em função de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, representação que fica condicionada à solicitação do agente público ao Procurador Geral do Estado, o que legitima inclusive a propositura de representação ao Ministério Público, ação penal privada, habeas corpus e mandado de segurança, observando-se

a) não se aplica aos ex-titulares dos cargos ou das funções referidas; (Redação acrescentada pela Lei Complementar nº 26, de 24.07.2009); e

b) o Procurador Geral do Estado, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este inciso

11. VIII - impetrar mandados de segurança em que o promovente seja o Estado do Ceará, bem como atuar e adotar medidas judiciais, inclusive habeas corpus, e extrajudiciais em defesa de autoridades e servidores públicos estaduais, quando injustamente coagidos ou ameaçados em razão do regular exercício de suas funções, ainda que não mais as exerçam, sempre que tais atuações e medidas forem consideradas de interesse do Estado, como salvaguarda da própria autoridade do poder público e da dignidade das funções exercidas pelos agentes públicos estaduais;

12. *In*: Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 5, n. 103, p. 25/26, abr. 2001, Epub.

13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2888/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília: STF, 2022.

14. EMENTAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 22 DA LEI FEDERAL Nº 9.028/1995. REPRESENTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. Com a edição da Lei Federal nº 13.327/2016, que prevê a defesa de agentes públicos por integrantes da Advocacia Pública em nível federal (art. 37, XVII), além do art. 10 da Lei nº 14.133/2021, mostra-se inócua a pretensão de inconstitucionalidade deduzida apenas em face do art. 22 da Lei Federal nº 9.028/1995, que autoriza a atuação judicial da Advocacia-Geral da União em favor de agentes públicos. 2. A ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo torna o provimento judicial pretendido ineficaz e, por isso mesmo, destituído de utilidade, de modo a afastar a caracterização do interesse de agir do autor. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal **ADI nº 2888/DF 0001734-92.2003.1.00.0000**. Relator: Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2022. Tribunal Pleno. pub. 15 fev. 2022).

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

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

16. AGU é autorizada a defender Dilma na Comissão do impeachment. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/rosso-decide-que-agu-pode-fazer-defesa-de-dilma-no-impeachment.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

17. AGU pede ao STF salvo-conduto para Pazuella ficar em silêncio na CPI da Covid. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-13/agu-salvo-conduto-pazuella-ficar-silencio-cpi>. Acesso em: 15 mar. 2022.

18. BRASIL. **Lei 14.133, de 01 de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 set. 2022.

19. Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

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

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica

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

20. Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

§ 20. A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.

21. Art. 1º, § 2º, da Lei 14. 230/2021.

22. STF concede liminar à ação da ANAFE contra alterações na Lei de Improbidade Administrativa. **Anafenacional**. 2022. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/stf-concede-liminar-a-acao-da-anafe-contras-alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 25 jul. 2018.

23. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.

REFERÊNCIAS

AGU é autorizada a defender Dilma na Comissão do impeachment. **G1 - O Portal de Notícias da Globo**, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/rosso-decide-que-agu-pode-fazer-defesa-de-dilma-no-impeachment.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

AGU pede ao STF salvo-conduto para Pazuello ficar em silêncio na CPI da Covid. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-13/agu-salvo-conduto-pazuella-ficar-silencio-cpi>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Ed Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.229.779/MG**. Relator: Ministro Herman Benjamin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2888/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber, 08 de fevereiro de 2022. Brasília: STF, 2022.

BRASIL. **Lei 14.133, de 01 de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 4 set. 2022.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2021a.

CARVALHO, Matheus; BELÉM, Bruno; CHARLES, Ronny. **Temas controvertidos da Nova Lei de Licitações e Contratos**. Salvador: Juspodivm, 2021b.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FURTADO, Monique Rocha; VIEIRA, James Batista. **Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/224520>. Acesso em: 15 mar. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

GARCIA, Flavio. Uma visão geral da Lei nº 14.133/2021: avanços e omissões. **Blog ZENITE**. p. 1-5, 14 mar. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/222178>. Acesso em: 15 mar. 2022.

GABARDO, Emerson; DE MOURA REZENDE, Maurício Corrêa. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2017.

GUIMARÃES, Edgar. Estrutura geral da Nova Lei: Abrangência, Objetivos e Princípios. In: Pietro, M. (org.). **Licitações e Contratos Administrativos, inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2022. Edição Kindle, capítulo 2.

GUIMARÃES, Edgar. Nova Lei de Licitações e Contratos: competência legislativa, âmbitos de incidência, vigência e impacto nas Leis estaduais, municipais e regulamentos do sistema S. In: VARESCHINI, J (org.). **Diálogos sobre a nova Lei de licitações e contratações**. Pinhais: Editora JML, 2021. p. 8-26.

HUPSEL, Edite. **Inconstitucionalidade na Nova Lei de Licitações e Contratações**: desrespeito a competências constitucionais dos entes federados. Direito do Estado. 25 mar. 2021. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/inconstitucionalidades-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratacoes-desrespeito-a-competencias-constitucionais-dos-entes-federados>. Acesso em: 28 jul. 2022.

LACERDA NETO, Francisco *et al.* Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 5, n. 103, p. 27, abr. 2001. Epub.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed., atual e ampl. Salvador. Ed Juspodivm, 2020.

MEDIDA Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 5, n. 103, p. 25/26, abr. 2001, *Epub*.

NOHARA, Irene Patricia. Diálogo competitivo: possibilidade de avanço ou mais uma modalidade a cair em desuso? *In*: BELÉM, B. *et al.* (org.). **Temas controvertidos na nova Lei de Licitações e Contratos**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIETRO, M. *et al.* **Licitações e Contratos Administrativos, inovações da Lei 14.133, de 1º abril de 2021**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PROPOSTA de Emenda à Constituição n.º 17, de 2012. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

STF concede liminar à ação da ANAFE contra alterações na Lei de Improbidade Administrativa. **Anafenacional**. 2022. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/stf-concede-liminar-a-acao-da-anafe-contra-alteracoes-na-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 25 jul. 2018.

VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A inconstitucionalidade do art. 10 da nova Lei de Licitações**: a invasão de competência dos estados e municípios, Zênite Fácil. Categoria Doutrina, 01 jul. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 28 jul. 2022.

VARESCHINI, J. (org.). **Diálogos sobre a nova Lei de licitações e contratações**. Pinhais: Editora JML, 2021.

Recebido em: 09/09/2023

Aceito em: 20/01/2024