

**Título :** A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A INVASÃO DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

**Autor :** Luís Manoel Borges do Vale

**Autor :** Rafael Carvalho Rezende Oliveira

## DOCTRINA – JUL/2021

### A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A INVASÃO DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

#### LUÍS MANOEL BORGES DO VALE

Procurador do Estado de Alagoas, nomeado Procurador Federal, Ex-Advogado da Petrobras, Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas, Especialista pela *Ohio University*, Professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação da UERJ, na Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL e nos cursos ATC e FORUM, membro da *Internacional Association of Privacy Professionals - IAPP*, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. E-mail: borgesdovale@hotmail.com.

#### RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution (RBADR)*. Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico. E-mail: contato@roaa.adv.br.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar o alcance federativo do artigo 10 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) que dispõe sobre a atuação dos advogados públicos na defesa dos agentes públicos nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Considerações preliminares acerca do regime intertemporal de aplicação da Lei 14.133/2021. 3. A Advocacia Pública e seu papel estratégico nas licitações e contratos. 4. A invasão de competência dos Estados e Municípios e a inconstitucionalidade do art. 10 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5. Conclusões. 6. Referências.

#### 1. INTRODUÇÃO

A Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, reestruturou o modelo de licitações e contratos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O novo diploma normativo foi editado com o escopo de suprir a defasagem, principalmente, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, cujos entraves burocráticos impediam a modernização no regime de contratações públicas.

A despeito disso, percebe-se que o legislador, em grande extensão, apenas consolidou institutos já previstos na legislação esparsa (Lei 10.520/2002 e Lei 12.462/2011, por exemplo), de tal sorte que as efetivas inovações não constituem maioria<sup>1</sup>.

Ademais, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos reinaugura antigas discussões acerca da abrangência de seus dispositivos. Ocorre que, diante do que se encontra previsto no art. 22,

VII, da Constituição Federal, compete à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, ou seja, a Lei 14.133, de 01 de abril de 2021, surge com a pretensão de expandir sua incidência a todos os entes federativos <sup>2</sup>.

Não obstante o exposto, é impossível considerar a referida lei, em sua integralidade, como nacional, pois certos enunciados normativos devem se restringir à esfera federal. É o caso, por exemplo, do art. 10, o qual não pode se traduzir em comando obrigatório para os Estados e Municípios, sob pena de incorrer em manifesta inconstitucionalidade, tal como será demonstrado ao longo do presente artigo.

## **2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO REGIME INTERTEMPORAL DE APLICAÇÃO DA LEI 14.133/2021**

De início, é forçoso enfrentar a problemática do direito intertemporal, haja vista os equívocos de interpretação que tem se espreado nas discussões acerca dos contornos aplicativos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Ocorre que o legislador não previu prazo de *vacatio legis*, ou seja, nos termos do artigo 194, a Lei entrou em vigor na data da sua publicação. No entanto, por ducto dos artigos 191 e 193, estabeleceu-se um regime de vigência simultânea da Lei 14.133/2021 com as Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, pelo prazo de 2 anos.

Desse modo, em conformidade com o disposto no artigo 191, no período de 2 anos, pode a Administração Pública optar por licitar, valendo-se dos diplomas normativos pretéritos (Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011), ou com fundamento na Lei 14.133/2021.

Assim, a título exemplificativo, caso o Poder Público opte por se valer da Lei 8.666/1993, deverá indicar a opção expressamente no edital, no aviso ou no instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada com a Lei 14.133/2021, pois, nesse caso, ter-se-ia a criação de um *tertium genus*.

Ademais, é imperioso ressaltar que, se a Administração Pública opta, no prazo acima assinalado, por utilizar o regime de contratação da Lei 8.666/1993, durante todo o período de vigência contratual incidirão os enunciados normativos da antiga Lei Geral de Licitações e Contratos, na forma indicada no art. 191, parágrafo único, da Lei 14.133/2021. Nessa hipótese, mesmo que, em razão de alguns aditivos, o prazo de vigência do ajuste ultrapasse os dois anos previstos no artigo 193, II, da Lei 14.133/2021, deverão incidir as disposições da legislação pretérita, configurando nítida hipótese de ultratividade <sup>3</sup>.

Diante do exposto, resta evidente a coexistência temporária de dois regimes jurídicos licitatórios. Percebe-se, nesse sentido, que o legislador buscou viabilizar um prazo mínimo de adaptação da Administração Pública, através de uma solução que permite, desde logo, a aplicação do novo *design* de contratações.

## **3. A ADVOCACIA PÚBLICA E SEU PAPEL ESTRATÉGICO NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS**

A Advocacia Pública exsurge como instituição indispensável à consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que suas funções, no âmbito consultivo e contencioso, destinam-se à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais. <sup>4</sup>

Nessa linha de inteligência, a atuação dos entes federados apenas se legitima, em essência, quando submetida ao filtro uniformizador jurídico da Advocacia-Geral da União - AGU <sup>5</sup>, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal <sup>6</sup> e das Procuradorias dos Municípios.

Não por outra razão, a advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.

Marcos Juruena Villela Souto destaca a importância da advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito: <sup>7</sup>

“Em síntese, a ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada.

A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem se houver sólidas e não fragmentadas instituições voltadas para o controle da legalidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções técnicas e despolitizadas”.

A qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente, da sua autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos e contratos municipais.

A arquitetura das políticas públicas, por exemplo, conta com primordial linha de ação da Advocacia Pública, cujo trabalho contribui para a definição das melhores soluções hábeis a efetivar os cânones constitucionais mais caros à sociedade. Com efeito, em últimos termos, não se concebe saúde, educação e proteção ao meio ambiente, sem o necessário agir responsável da AGU, das PGEs/PGDF e das Procuradorias Municipais.

Nos quadrantes da sistemática de licitações e contratos, a Advocacia Pública exerce não só a primordial atividade de controle da juridicidade administrativa, mas também o notável papel de *designer* do melhor modelo de implementação da contratação pretendida.

Nesse sentido, o legislador previu, no art. 53, da Lei 14.133/2021, os contornos da atuação da Advocacia Pública: “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.” Busca-se, portanto, evitar possíveis práticas espúrias dos agentes estatais, que deverão agir em compasso com o paradigma jurídico tracejado pelos membros dos órgãos da Advocacia estatal.

Resta evidente, como dito em linhas pretéritas, que a atuação da Advocacia Pública, no bojo das licitações e contratos, promove, em larga escala, a juridicidade, uma vez que submete os atos administrativos ao confronto diuturno com as exigências do ordenamento jurídico. Pontue-se, inclusive, que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu artigo 117, § 3º, prevê que o fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico, com o escopo de prevenir riscos na execução da avença.

Ademais, por meio da AGU, das PGEs/PGDF e das Procuradorias Municipais, cria-se um cenário de segurança jurídica <sup>8</sup>, cujos termos se traduzem em previsibilidade, cognoscibilidade e estabilidade, nas relações jurídicas travadas ao longo de todo o processo licitatório e durante o *iter* da contratação.

Por fim, cabe destacar que, em um cenário de consensualidade administrativa <sup>9</sup>, compete à Advocacia Pública, diante da amplitude de meios adequados de resolução de conflitos estampada nos arts. 151 a 154, da Lei 14.133/2021, detalhar qual a melhor via a ser percorrida (mediação, conciliação, arbitragem, *dispute board* ou heterocomposição estatal) para solver os eventuais entraves decorrentes dos procedimentos licitatórios. <sup>10</sup>

É imperioso destacar, nesse ponto, o protagonismo das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos <sup>11</sup>, as quais têm servido como ambientes de profusão de técnicas consensuais, promovendo uma contenção da litigiosidade desenfreada que obstaculiza a efetividade da tutela jurisdicional.

Diante dessa relevante missão institucional é que a União, os Estados e Municípios estruturaram seus órgãos de assessoramento jurídico, respeitando o perfil técnico de atuação dos seus membros e a consequente desvinculação de qualquer viés partidário, posto que inexistente Advocacia Pública de Governo, mas sim Advocacia Pública de Estado.

#### 4. A INVASÃO DE COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Estabelecidas as premissas inaugurais, é necessário analisar os aspectos relacionados à interpretação do artigo 10, da Lei 14.133/2021, uma vez que o referido enunciado normativo, a depender da leitura que for empregada, pode ser considerado inconstitucional. Por oportuno, transcreve-se a literalidade do dispositivo em referência:

Artigo 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 artigo 53 desta lei, **a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.**

§ 1º Não se aplica o disposto no caput deste artigo quando:

I — (VETADO);

II — provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

§ 2º **Aplica-se o disposto no caput deste artigo inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.** (Grifamos.)

Da leitura perfunctória do referido dispositivo legal, percebe-se que o legislador adentra em matéria, em certa medida, estranha aos aspectos gerais relacionados às licitações e contratos, haja vista que regula competências dos órgãos da Advocacia Pública.

Afinal de contas, como preceitua Alice González Borges <sup>12</sup>, normas gerais são: “aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência.” É possível afirmar que as normas gerais possuem razoável grau de abstração que garantem uniformidade ao processo de licitação em todas as esferas federadas, sem que interfiram nas peculiaridades regionais e locais de cada Ente Federado. <sup>13</sup> Um típico exemplo de norma geral seria aquela relativa à dispensa de licitação, nos moldes do que já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal <sup>14</sup>.

Ocorre que o art. 10 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos impõe à Advocacia-Geral da União, às Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e às Procuradorias Municipais o dever de atuarem na defesa judicial ou extrajudicial de servidor público, seja na esfera administrativa, controladora ou jurisdicional, quando este for alvo de fiscalização por atos praticados em consonância com pareceres jurídicos lavrados pelos Advogados Públicos.

A despeito da salutar intenção legislativa, que objetiva garantir defesa técnica qualificada ao agente público que age em compasso com as diretrizes jurídicas emanadas da Administração, chancelando-se, inclusive, a lisura do ato administrativo praticado, falece competência à União para dispor sobre a estrutura organizacional dos órgãos da advocacia pública estadual e municipal.

Ao conferir competência privativa à União, no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal <sup>15</sup>, para legislar sobre licitações e contratos, o constituinte não permitiu ingerência nas Procuradorias dos Estados e dos Municípios. Portanto, compete a cada ente federativo legislar sobre os órgãos da advocacia pública, delimitando os meandros de sua atuação, tal como já decidiu o STF: <sup>16</sup>

“Nos termos do art. 132 da Constituição da República, **cada Estado detém competência para organizar sua representação judicial e extrajudicial, que deve ser realizada por procuradores de carreira, incluída, nesta competência, a formulação de leis sobre procedimentos em matéria processual, atendidas as peculiaridades locais.**” (Grifamos.)

Sob essa ótica, caso a interpretação conferida ao artigo 10, da Lei 14.133/2021, venha a alcançar as Procuradorias dos Estados e Municípios, teríamos patente inconstitucionalidade. Assim, deve-se

promover uma leitura em conformidade com a Constituição Federal <sup>17</sup>, de modo a compreender que o dispositivo em referência não consubstancia enunciado normativo de abrangência nacional, vinculando tão somente a União.

Segundo JJ. Gomes Canotilho <sup>18</sup>, a técnica de interpretação conforme à Constituição tem por objetivo salvaguardar certo enunciado normativo, alijando-se possíveis sentidos em desalinho com os cânones constitucionais, a fim de aplicar aquele que esteja em uníssono com o legislador constituinte.

A interpretação conforme a Constituição é, a um só tempo, princípio específico de interpretação constitucional e técnica de decisão. <sup>19</sup> De forma sintética, na hipótese em que determinado preceito legal comportar diversas possibilidades de interpretação incompatíveis com o texto constitucional, o órgão decisório deve declarar qual é a interpretação que se revelaria compatível com a Constituição Federal.

Assim, como aludido alhures, o único sentido que mantém incólume o artigo 10, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é aquele delimita o seu âmbito de abrangência à esfera federal.

Ao tratar, por exemplo, no artigo 132, dos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a Constituição Federal não faz referência à representação judicial e extrajudicial dos servidores, de tal sorte que qualquer deliberação nesse sentido estaria no âmbito de conformação do constituinte derivado e do legislador estadual.

Nessa linha de intelecção, o Supremo Tribunal Federal, no ARE 646.761 AgR/DF , já teve a oportunidade de decidir que há um nítido espaço de deliberação do constituinte derivado e do legislador estadual, em relação às hipóteses não listadas no artigo 132, da Constituição Federal <sup>20</sup>. Assim, vê-se que a Carta Magna apenas menciona que compete aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal a representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, sem se referir à defesa dos interesses dos agentes públicos.

Por isso, cumpre aos Estados e Municípios disciplinar, em diploma normativo próprio, eventuais situações nas quais os órgãos da advocacia pública irão atuar na representação judicial e/ou extrajudicial de agentes estatais, mormente quando em jogo o resguardo ao interesse da coletividade.

A título exemplificativo, a Lei Complementar de Alagoas nº 7, de 18 de julho de 1991, em seu artigo 4º, XXII, elenca as ocasiões em que a Procuradoria do Estado atuará na proteção dos interesses de agentes públicos, conforme transcrição abaixo:

Artigo 4º. Compete à Procuradoria Geral do Estado:

(...)

**XXIII – a Procuradoria Geral do Estado (PGE) 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;** e

b) o procurador Geral do Estado, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este inciso" (Grifamos).

Exsurge que o dispositivo acima colacionado destoa das proposições elencadas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nos seguintes termos: a) há restrição quanto aos agentes públicos representados, eventualmente, pela PGE; e b) a representação, caso seja possível, não abrange ex-titulares dos cargos ou funções previstas na lei.

No estado do Pará, por sua vez, a Lei estadual 9.058/2020 prevê o custeio pelo Poder Público dos honorários advocatícios suportados pelos agentes públicos que figurarem, por exemplo, no polo

passivo de ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade, ações criminais ou que sejam indiciados em inquérito civil ou criminal, ou que estejam respondendo a processos perante outros órgãos de controle, desde que preenchidas, cumulativamente, as seguintes exigências: a) ato praticado no exercício da função pública no âmbito da Administração direta, autárquica ou fundacional; b) ato não pode ser contrário ao parecer da PGE; c) ato precedido de parecer ou manifestação de órgão integrante do sistema jurídico estadual, quando tal condição for expressamente exigida pela lei ou regulamento; d) ato não pode ser omissivo quanto à circunstância que, por expressa previsão legal, deveria ter sido enfrentada ou mencionada.

Em âmbito federal, a possibilidade de representação judicial de determinados agentes públicos federais pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal encontra previsão, por exemplo, no artigo 22 da Lei 9.028/1995 e na Portaria 428/2019.

Verifica-se, portanto, que os entes federativos adotam soluções diversas para auxiliar a representação judicial dos agentes públicos nos processos que discutem a juridicidade dos atos funcionais por eles praticados.

Com a promulgação da Lei 14.133/2021 e na forma do seu artigo 1º, a intenção do legislador foi fixar normas gerais de observância obrigatória em todo território nacional, na forma permitida pelo artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

Isso não significa dizer, contudo, que todas as suas normas sejam, necessariamente gerais. Aliás, o artigo 1º da Lei 8.666/1993, que possui redação semelhante ao artigo 1º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, não impediu que o STF reconhecesse o caráter especial (e não geral) de alguns dos seus dispositivos que, inclusive, foram reproduzidos em alguma medida na nova legislação<sup>21</sup>.

A dificuldade na definição de normas gerais, naturalmente decorrente do caráter aberto da expressão, deve permanecer com o advento do novo diploma legal, abrindo-se caminho para discussão do enquadramento de alguns dos seus dispositivos no referido conceito jurídico indeterminado, tal como ocorre com o disposto no artigo 10 da Lei 14.133/2021.

Diante do exposto, indaga-se: poderia a União se imiscuir nos quadrantes de atuação da Procuradoria-Geral do estado, ampliando sua competência para hipóteses não previstas em seu regramento legal? A resposta, sem dúvida, é negativa.

Afinal de contas, compete ao constituinte derivado e ao legislador estadual estabelecer as situações excepcionais de representação dos agentes públicos pelas procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que inexistente impositivo na Constituição nesse sentido.

Igualmente, no âmbito da atuação das procuradorias municipais, que não foram indicadas expressamente no texto constitucional, mas que devem ser reconhecidas como advocacias públicas que exercem funções essenciais à Justiça, a definição das respectivas atribuições deve ser veiculada na legislação municipal.

Inexiste autorização constitucional para que a União estabeleça normas gerais relacionadas às atribuições institucionais dos órgãos de advocacia pública dos demais entes federados, sob pena de afronta ao artigo 18 da Constituição Federal que reconhece a autonomia dos entes federados, inclusive para dispor sobre seus servidores estatutários, abrangidos, aqui, os membros da advocacia pública.

Outrossim, ao estender a todos os agentes estatais a possibilidade de representação pela Advocacia Pública, quando em jogo matéria licitatória, a União não apenas viola a Constituição Federal como onera os demais entes federativos, os quais precisarão aparelhar suas respectivas Procuradorias, a fim de atender a demanda excedente de trabalho.

Frente às considerações tracejadas em linhas pretéritas, o artigo 10 da Lei 14.133/2021 apenas pode ser compreendido como um dispositivo de âmbito federal, ou seja, não pode abranger Estados, Distrito Federal e Municípios, pois essa é a única leitura compatível com a Constituição. Entender de forma diversa é admitir mácula incontestada aos cânones constitucionais de autonomia dos entes

federativos.

Não bastassem os argumentos expostos, o art. 10, da Lei 14.133/2021, também viola a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos, nos termos do art. 61, §1º, II, “c” da Constituição Federal. Observe-se que, ao versar sobre as atribuições conferidas aos Advogados Públicos, criando funções outras, o novo diploma normativo licitatório apresenta inequívoco vício de iniciativa, nos moldes do que já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal:

Legislação estadual paulista de iniciativa parlamentar que trata sobre a vedação de assédio moral na administração pública direta, indireta e fundações públicas. **Regulamentação jurídica de deveres, proibições e responsabilidades dos servidores públicos, com a consequente sanção administrativa e procedimento de apuração. Interferência indevida no estatuto jurídico dos servidores públicos do Estado de São Paulo. Violação da competência legislativa reservada do chefe do poder executivo.** Descumprimento dos arts. 2º e 61, §1º, II, c, da constituição federal. (Grifamos.)<sup>22</sup>

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.865/2006 do Estado do Rio Grande do Norte. Obrigação de a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte prestar serviço de assistência judiciária, durante os finais de semana, aos necessitados presos em flagrante delito. (...) **Os arts. 2º e 3º da Lei 8.865/2006, resultante de projeto de lei de iniciativa parlamentar, contêm, ainda, vício formal de iniciativa (art. 61, § 1º, II, c, CF/1988), pois criam atribuições para a Secretaria de Estado da Educação, Cultura e dos Desportos (art. 2º), para a Secretaria de Estado de Defesa Social e Segurança Pública (art. 2º) e para a Polícia Civil (art. 3º), sem observância da regra de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual.** (Grifamos.)<sup>23</sup>

Nesses termos, o legislativo extrapolou as raiais de sua competência, de tal sorte que é patente a inconstitucionalidade nomodinâmica, ou seja, aquela pertinente à lisura do processo legislativo.

## 5. CONCLUSÕES

Ao longo do presente artigo, demonstrou-se que o novo Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos apresenta destacadas controvérsias, as quais não podem passar ao largo do necessário aprofundamento doutrinário e jurisprudencial.

Em específico, vícios de inconstitucionalidade que maculam o art. 10 da Lei 14.133/2021 e representam substancial alerta para a atuação da Advocacia Pública, principalmente nas esferas estadual e municipal.

Afinal de contas, não se pode permitir que, sob a justificativa de editar normas gerais de licitações e contratos, a União subtraia a competência dos Estados e Municípios, para organizarem seus quadros da Advocacia Pública. Nesse sentido, a ampliação de atribuições das Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de modo a impor que se represente o servidor público nas esferas judicial e extrajudicial, pode impactar na autonomia e no regular funcionamento dos órgãos de assessoramento jurídico.

Igualmente, não se pode solapar a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para apresentar projetos de lei que estejam conectados com a organização do seu quadro administrativo, incluídas as competências dos órgãos da advocacia pública.

Em conclusão, o artigo 10 da Lei 14.133/2021 apenas pode ser compreendido como um dispositivo de âmbito federal, ou seja, não pode abranger Estados, Distrito Federal e Municípios, pois essa é a única leitura compatível com a Constituição. Entender de forma diversa é admitir mácula incontestada aos cânones constitucionais de autonomia dos entes federativos.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o*

papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 232, abr./jun. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-advocacia-publica-e-o-estado-democratico-de-direito?>. Acesso em: 09.04.2021.

\_\_\_\_\_; A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 3 n. 3, set./dez.2020.

BORGES, Alice González. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JJ. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>>. Acesso: 16.04.2021.

\_\_\_\_\_; *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

\_\_\_\_\_; O papel da Advocacia Pública no dever de coerência na administração pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, maio/ago. 2019.

\_\_\_\_\_; *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TORRES JÚNIOR, Jessé. *Comentário à Lei das Licitações Públicas e Contratações da Administração Pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>>. Acesso: 16.04.2021.

<sup>2</sup> Nesse sentido, o art. 1º da Lei 14.133/2021 dispõe: “Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: (...)”.

<sup>3</sup> DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>4</sup> Em linha de convergência, manifesta-se Gustavo Binenbojm: “As nossas funções institucionais básicas – consultoria jurídica e representação judicial – devem sempre ser pensadas e reconduzidas a esses dois valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são, de um lado legitimidade democrática e governabilidade e, de outro, respeito e promoção do controle de juridicidade.”



BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-advocacia-publica-e-o-estado-democratico-de-direito?>. Acesso em: 09.04.2021.

<sup>5</sup> CRFB: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

<sup>6</sup> CRFB: “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.”

<sup>7</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62. De forma semelhante, José Afonso da Silva sustenta: “A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública”. SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002, p. 284.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no dever de coerência na administração pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, maio/ago. 2019.

<sup>9</sup> BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 3 n. 3, set./dez.2020.

<sup>10</sup> Sobre o tema, Leonardo Carneiro da Cunha se pronuncia nos seguintes termos: “Com efeito, o ambiente de consensualidade da Administração Pública dialógica contribui para a celebração de transações administrativas, conciliações e mediações e, até mesmo, para a realização de arbitragem envolvendo o Poder Público.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 633.

<sup>11</sup> CPC: “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

<sup>12</sup> BORGES, Alice González. Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 22.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4. Jessé Torres Pereira Júnior, por sua vez, aduz que: “é norma geral de licitação e contratação toda disposição da Lei nº 8.666/93 que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais da Administração Pública e os básicos arrolados no art. 3º”. TORRES JÚNIOR, Jessé. *Comentário à Lei das Licitações Públicas e Contratações da Administração Pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19. Carlos Ari Sunfeld, sem a pretensão de elaborar

rol exaustivo, aponta os seguintes exemplos de normas gerais: a) normas que definem a obrigatoriedade de licitação (ex.: arts. 2.º, 24 e 25); b) normas que enunciam os princípios da licitação ou os direitos deles decorrentes (ex.: arts. 3.º e 4.º); e c) normas que definem modalidades de licitação (ex.: art. 22). SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 29-30.

<sup>14</sup> STF: “Usurpa a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação norma estadual que prevê ser dispensável o procedimento licitatório para aquisição por pessoa jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993 para essa hipótese de dispensa de licitação”. STF, ADI 4.658/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe-245 11.11.2019.

<sup>15</sup> CRFB: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

<sup>16</sup> STF, ADI 5.773/MG, Rel (a). do acórdão: Min(a). Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe-097 21.05.2021.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

<sup>18</sup> JJ. GOMES CANOTILHO. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 230.

<sup>19</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 232, abr./jun. 2003, p. 164.

<sup>20</sup> STF: “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Procurador de Estado. 3. Vedações estatutárias para exercício de cargo público. Advocacia fora das atribuições funcionais. 3. Liberdade de conformação do poder constituinte derivado. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” STF, ARE 646.761 AgR/DF, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, DJe-231 25.11.2013.

<sup>21</sup> STF, ADI 927 MC/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 03.11.1993, DJ 11.11.1994, p. 30.635. No julgamento, a Suprema Corte concedeu interpretação conforme à Constituição ao artigo 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e “c” (permuta de bem imóvel), bem como ao artigo 17, II, “b” (permuta de bem móvel) e §1.º, da Lei 8.666/1993. As referidas hipóteses, com algumas adaptações, foram incorporadas ao artigo 76, I, “b” e “c” e II, “b” e §2.º, da Lei 14.133/2021.

<sup>22</sup> STF, ADI 3.980/SP, Rel(a). Min(a). Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe-282 18.12.2019.

<sup>23</sup> STF, ADI 3.792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-168 01.08.2017.

**Como citar este texto:**

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: dd mmm.  
aaaa.