

Nº 28
Cuarto trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 28
Diciembre 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 28. Diciembre 2021

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA. Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Bevia



Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	12
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY

D ^a Ana María Valero Heredia.....	23
--	----

LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D ^a Irene Montagud Grau.....	69
---	----

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL

D. José Manuel Bejarano Lucas.....	149
------------------------------------	-----

CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE

D ^a . Victoria Barbi Martínez	205
--	-----



**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO
PÚBLICO DEL SIGLO XXI
D^a Mónica Antinarelli
D. Elcio Nacur Rezende.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE
CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS
SUPUESTOS DE REVISIÓN
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....365

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL
CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....375

BASES DE PUBLICACIÓN..... 386



EDITORIAL

IV Jornadas de la Revista Gabilex, Toledo 4 y 5 de noviembre de 2021.

Las jornadas han hecho honor a la vocación de una buena revista jurídica, repasando las principales cuestiones de actualidad en distintos ámbitos del derecho. Son un fiel reflejo del trabajo de los Servicios Jurídicos autonómicos que, muchas veces, tienen que “tocar todos los palos” en su quehacer.

El presente resumen no da cuenta de las aportaciones y explicaciones de los ponentes que pudimos seguir los asistentes a las jornadas, pero sí recoge unos apuntes de lo que se abordó en las respectivas ponencias con enlaces a algunas sentencias citadas, con objeto de poder profundizar en su estudio.

En algún caso se añaden novedades producidas con posterioridad a las ponencias.

4 de noviembre de 2021

Primera ponencia: JURISPRUDENCIA ACTUALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Vicente Magro Servet, Magistrado Sala II del T. Supremo.

Hizo un repaso exhaustivo de las últimas sentencias dictadas por el TS en la materia, con la correspondiente explicación del magistrado.



Exigencia de denuncia en delitos contra la intimidad se puede convalidar con la presencia y declaraciones de la víctima en el proceso. Asunto de La Manada STS 693/2020.

Impago de pensiones como violencia económica. STS 239/2021.

Acoso ilegítimo o Stalking, el TS fija 13 reglas para apreciar su concurrencia. STS 599/2021 (FJ 1 in fine).

Abecedario del maltrato habitual, el TS fija 27 reglas para apreciar la concurrencia del delito. STS 684/2021.

Victim impact statements, o declaración de impacto de la víctima, que puede tener importancia para el cálculo de la responsabilidad civil. STS 695/2020 (FJ 2).

Declaración progresiva de la víctima. La persistencia en la declaración de la víctima permite salvar contradicciones en sus declaraciones. STS 695/2020.

Segunda ponencia: EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

Francisco Ramos Moragues, Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

El ponente hizo un repaso a la figura de la interinidad laboral (art. 15.1-c) TRLET y RD.2720/1998). Desde muy pronto se admitió la interinidad no sólo para sustituir a un trabajador con derecho de reserva, sino también para ocupar una vacante mientras dure el proceso de selección o provisión SSTS Contencioso administrativo rec. 140/1995 y rec. 76/1999.

También explicó la diferencia entre las sustituciones directas e indirectas, y que están, igualmente, admitidas por la jurisprudencia.

Dejando aparte el momento de nacimiento de la relación, el ponente explicó que la problemática mayor se produce respecto de la duración del contrato y los efectos de la terminación. Comenzó con un repaso de los



vaivenes en materia de derecho a la indemnización, derivados de las sentencias De Diego Porras I, STJUE de 14.09.2016 (asunto C-596/14) y De Diego Porras II, STJUE de 21.11.2018 (asunto C-619/17).

Trató la pregunta de cuánto duran los procesos de selección o provisión en la Administración. Situación actual derivada de la STJUE IMIDRA de 3.06.21 (asunto C-726/19). Y recepción de esta por el Supremo en la STS 649/2021.

Finalmente, planteó la difícil situación de los trabajadores afectados por un rescate o por una cesión ilegal. En ambos casos hay un personal que tiene que integrarse en la Administración sin que esté claro el régimen en que deba hacerlo. Para el ponente parece claro que debe respetarse la regla de prohibición de modificar in peius la situación del personal, y dijo que está tratado en la STJUE Correira Moreira de 13.06.2019 (asunto C-317/18).

También dio cuenta de que estas cuestiones siguen planteando dudas con la cita de una cuestión prejudicial elevada desde un Juzgado de lo Social de Barcelona de la que da cuenta el prof. Ignasi Beltrán en su blog, en la que se plantea la interesante cuestión de si el indefinido no fijo sigue siendo trabajador de duración determinada según el derecho comunitario (asunto C-464/21).

ÚLTIMA HORA: Al ritmo frenético que va el derecho hoy en día, es necesario dejar constancia de dos sentencias del Tribunal Supremo que afectan al problema de los interinos en el sector público. Una de la Sala de lo contencioso-administrativo relativa al derecho a la indemnización por cese STS de 15 de noviembre de 2021 RCA 6103/2018. Otra de la Sala de lo social en relación



a la pretensión de fijeza de aprobados sin plaza STS de 16 de noviembre de 2021, número 1112/2021, CUD 3245/2019.

Tercera ponencia: LOS CANALES DE DENUNCIA A RAIZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DELAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Castilla-La Mancha y S. Pablo CEU (excedente).

La Directiva se concibe como un instrumento de lucha contra la corrupción (whistleblowers).

Plazo de trasposición, art. 26: 17.12.2021

Hay un borrador entregado al Ministerio que elaboró la Comisión General de codificación. El ponente no pudo dar cuenta del borrador por el deber de confidencialidad. Tres canales de alerta: interna, externa; pública. Tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros (Cdo 3).

Interno: obligación de las AAPP de establecer el canal con los requisitos que marca la Directiva.

Externo: necesidad de una autoridad independiente.

Revelación pública: vía subsidiaria.

Algunas CCAA están adaptando su normativa a la Directiva, en la medida de sus posibilidades. Así se hizo referencia a Baleares, por ejemplo, que tiene una Ley 16/2016 de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en la que dispone que se aprobará por parte de la Oficina un protocolo de actuación que garantice la protección y la salvaguarda de los derechos de los



denunciantes; y ya lo ha hecho a través de una Resolución de 12 de febrero de 2021 por la que aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas denunciadas o alertadoras. Se dio cuenta de la tramitación castellano manchega de una adaptación normativa, y recientemente se ha aprobado el Decreto 114/2021, de 16 de noviembre por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16-7-2019, de estructura orgánica y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para atribuir competencias en el llamado canal interno.

Necesidad de proteger al delator. Posibles medidas de apoyo o recompensa. Binomio: deber de confidencialidad y exención de responsabilidad.

Problemas limítrofes con derecho penal y con protección de datos (art. 24 LO 3/2018). Necesidad de respetar los derechos del denunciado.

Conceptos muy amplios de infracción y de denunciante. En el turno de preguntas el ponente entendió que la Directiva tendría efecto directo, a pesar de la amplitud de los conceptos que utiliza.

Entrega de premios. El secretario del jurado, D. Leopoldo Gómez Zamora dio lectura al acta en la que se premiaron en categoría, general, a D^a Ana M^a Valero Heredia por su trabajo: "La libertad de expresión nociva en el caso Strawberry". Y, en categoría, Masteres, TFG y similares, a D^a Irene Montagud Grau, por su trabajo: "Las conductas colusorias de los licitadores y su control en la contratación pública".



5 de noviembre de 2021

Primera ponencia: EL URBANISMO JUDICIAL: DE LOS ENSANCHES A LA CIUDAD COMPACTA.

Rafael Fernández Valverde, Magistrado de la Sala III del Supremo.

Partió de la evolución del sistema de ensanches, al de la renovación, la regeneración y la rehabilitación de la ciudad. El TS se va pronunciando sobre este nuevo modelo en el que el urbanismo se juega en la ciudad compacta y en las actuaciones de dotación, y las reformas para mejorar ciudad.

Así, citó la STS 1550/20 en un recurso del CNMC Vs Ayto Bilbao en el que se ponía en tela de juicio la potestad municipal de incidir indirectamente en el mercado (LGUM 20/2013 y LLAAC 17/2009, junto con la Directiva 2006/123/CE). Al no considerar las viviendas de uso turístico (VUT) como un uso urbanístico residencial, limita el libre mercado. El Supremo confirma la sentencia de instancia, y legitima la potestad de ordenación urbanística de los Ayuntamientos en garantía del derecho a la vivienda de los residentes (vecinos) y del derecho al entorno urbano. Se previenen fenómenos como la gentrificación.

En parecidos términos citó el caso de Barcelona STS 75/2021.

También explicó la STJUE Cali contra Ayto de Paris C-727/18, y la incidencia de esta regulación sobre la escasez de vivienda y el encarecimiento de la misma.

Explicó el caso de la STS 1375/2020 de la que es ponente el propio Fernández Valverde. Se trata del asunto del Wanda Metropolitano, la sentencia trata del ius variandi en la ordenación urbanística, de la adaptación del modelo en ensanche al de renovación de la ciudad, de las actuaciones de dotación y la diferencia



entre "hacer ciudad y mejorar ciudad" y del suelo urbano consolidado.

También se refirió a la exigencia de reserva de viviendas de protección oficial en la ordenación de las ciudades, con cita de las SSTS 205 y 206/2021. En estas sentencias se impone la reserva prevista en la LRSU como un mínimo de obligado respeto en la ordenación urbanística, con independencia del tipo de suelo o del tipo de planeamiento que son materias propias de la legislación autonómica, pero que deben respetar las previsiones de la Ley estatal.

Finalmente, hizo una referencia a la denostada sanción de nulidad de los PGOU por vicios en el procedimiento de aprobación. Se refirió a la cuestión de su naturaleza reglamentaria, al movimiento doctrinal que propugna un cambio en el régimen de nulidad, a las matizaciones y ponderaciones que va introduciendo el Supremo, dentro de los corsés legales de obligado cumplimiento.

Así, citó las recientes STS 569/20 y la 1084/21 PGOU Chiclana, para terminar reconociendo la dificultad práctica que generan estas sentencias, y los intentos de la curia por limitar los efectos anulatorios, cuando es posible, por la vía de su estimación parcial, o por medio de sentencias abiertas (aquellas que posponen los efectos anulatorios del fallo, condicionándolo a un plazo o al dictado de una nueva regulación, se pueden traer como ejemplos las STS de 22.04.14, y la STJUE asunto Borealis C-191/14 y acumulados).

Segunda ponencia: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.



Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La ponente hizo referencia al origen de la reforma en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en abril de 2008. Con especial atención a lo dispuesto en el artículo 12 que atribuye a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que a las personas "capaces" (en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida).

Ese reconocimiento afecta a la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley suprime las tutelas, salvo para los menores no sometidos a patria potestad, y diseña un sistema de apoyos en el que prestar especial atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 objeto de estudio modifica el código civil, pero también la Ley del notariado, la Ley hipotecaria, la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro civil, la Ley de Jurisdicción voluntaria, y el código de comercio.

Insistió mucho en la paradoja de Lampedusa, de que todo cambie para que todo siga igual, sobre la base de la STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, en un supuesto de una persona con el síndrome de Diógenes al que se imponen unas medidas de apoyo en su beneficio, y en contra de su voluntad.

ÚLTIMA HORA: Aunque de fecha anterior, no se conocía el día de la jornada la STS 706/2021 (19.10.21) en un procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. En esta sentencia se da total preferencia a la voluntad expresada por la persona con



discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección (vgr. FJ 4).

Tercera ponencia: LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

D.Javier Sánchez Caro, Abogado, profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad y Académico correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.

Hizo un repaso a consideraciones ético-filosóficas, expuso los modelos horizontal y vertical, en uno el paciente decide, en otro obedece lo que "manda" el médico. Explicó que la LORE trata de evitar el turismo de eutanasia con los requisitos que impone.

Dijo que ya hay un documento de consenso del CISNS sobre el ejercicio del nuevo derecho, en el que se trata de resolver todos los problemas prácticos.

Planteó que los derechos fundamentales no son absolutos; ni siquiera el derecho a la vida, si se convierte en un deber de estar vivo.

Ejemplificó la situación de encarnizamiento terapéutico, de furor técnico, relacionados con supuestos de alargamiento de la vida con soportes vitales.

Expuso las posiciones de derecho comparado, con particular atención a la situación creada en Alemania con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVG) de 26.02.2020 2BvR 2347/15 que declara inconstitucional penalizar la asistencia al suicidio, por contradecir el derecho de autodeterminación autónoma.

Y en Italia con la Sentencia de la Corte Constitucional número 242/2019 del caso Fabiano Antoniani (DJ Fabo). De la que criticó la "paradoja de la máquina", ejemplificando con el caso de Ramón Sampedro, ya que la solución italiana hace depender el derecho de la



interposición de máquinas que alarguen la vida, pero descarta casos similares si no media una máquina. Trató brevemente del problema de la objeción de conciencia, y las diferencias con el caso del aborto, y de la negación de asistencia médica. Dijo que la configuración de este derecho sigue pendiente en España, que el Tribunal Constitucional ha tenido una doctrina errática y poco clara, pero que la aplicación de la LORE no está planteando problemas de objeción.

Ignacio Serrano Blanco
Letrado de la Comunidad de La Rioja



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A NOVEL ADVOCACIA PÚBLICA NO SÉCULO XXI

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO PÚBLICO DEL SIGLO XXI

D^a. Mônica Antinarelli

Procuradora da Fazenda Nacional/Brasil

D. Elcio Nacur Rezende

Procuradora da Fazenda Nacional

Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara e
Faculdade Milton Campos/Brasil

Resumo: A Contratação Pública no Brasil depende essencialmente do advogado público, como um dos titulares das funções essenciais da justiça, que necessita de autonomia no exercício dessas funções, notadamente no âmbito consultivo, para o desempenho funcional com imparcialidade e independência frente aos desafios diários, livre de pressões, sobretudo quando seus pareceres possam contrariar interesses diversos, seja das autoridades públicas, seja dos grandes conglomerados econômicos. A Lei de introdução ao direito brasileiro - LINDB e sua regulamentação reforçam o papel essencial da Advocacia pública para a garantia da segurança das decisões tomadas pelo gestor público. A proteção institucional para os membros da Advocacia

Pública não configura, portanto, benefícios ou privilégios para seus membros, mas tem a proficuidade de permitir o exercício, pelos mesmos, da sua missão institucional de zelar pela incolumidade do interesse público e do Estado Democrático de Direito.

Mas para além do papel de controle interno, a Advocacia Pública dos novos tempos enfrenta desafios na prática construtiva das novas versões da administração pública, com papel secular na mediação entre a concepção democrática e o cumprimento da vontade constitucional, exigindo, muitas vezes uma atuação proativa e disruptiva diante dos novos valores jurídicos apresentados. A despeito de sua atuação silenciosa, práticas como a inovação na construção de instrumentos para atuação alternativa de disputas, a configuração das decisões tomadas em rede, a concertação e a busca do desenvolvimento sustentável nacional por meio de novos formatos para as contratações públicas têm sido exemplos de como deve ser o papel da Advocacia Pública no século XXI.

Palavras-chave: Advocacia-pública. Consultoria Jurídica. Desafios. Atualidade

Resumen: La Contratación Pública en Brasil depende esencialmente del abogado público, como uno de los titulares de las funciones esenciales de la justicia, quien necesita autonomía en el ejercicio de estas funciones, especialmente en el ámbito consultivo, para el desempeño funcional con imparcialidad e independencia frente a los desafíos cotidianos, libre de presiones, especialmente cuando sus opiniones pueden contradecir

intereses diferentes, ya sea de las autoridades públicas o de los grandes conglomerados económicos. La Ley de introducción a la ley brasileña - LINDB y su regulación refuerzan el papel esencial de la Abogacía Pública para garantizar la seguridad de las decisiones tomadas por el administrador público. La protección institucional a los miembros de la Defensoría Pública no constituye, por tanto, beneficios ni privilegios para sus miembros, pero tiene la ventaja de permitirles ejercer su misión institucional de velar por la seguridad del interés público y el Estado Democrático de Derecho.

Pero además del rol de control interno, la Abogacía Pública de los nuevos tiempos enfrenta desafíos en la práctica constructiva de las nuevas versiones de la administración pública, con un rol secular en la mediación entre la concepción democrática y el cumplimiento de la voluntad constitucional, requiriendo muchas veces una actuación proactiva. y disruptivo ante los nuevos valores legales presentados. A pesar de su actuación silenciosa, prácticas como la innovación en la construcción de instrumentos de acción alternativa en controversias, la configuración de decisiones tomadas en red, la concertación y la búsqueda del desarrollo sostenible nacional a través de nuevos formatos de contratación pública han sido ejemplos de cuál debería ser el papel de la Defensa Pública en el siglo XXI.

Palabras clave: Incidencia pública. Asesoramiento jurídico. Desafíos. Presente

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Histórico 3. A advocacia pública no direito comparado 4. Os princípios da advocacia pública 5. A advocacia pública e a função consultiva 6. Desafios para uma nova advocacia pública 7. Conclusão 8. Referências

SUMARIO: 1. Introducción 2. Historia 3. Promoción pública en derecho comparado 4. Los principios de la promoción pública 5. Promoción pública y función consultiva 6. Desafíos para una nueva promoción pública 7. Conclusión 8. Referencias

1. Introdução

Criada em 1988 pela Constituição Federal e, portanto, com pouco mais de 30 anos de existência, a Advocacia Pública exerce papel relevante no controle jurídico do Estado e zelo pelo patrimônio público.

Enfrenta, contudo, enormes desafios no cumprimento deste papel. O principal deles é o de compatibilizar novos valores do direito com instrumentos jurídicos existentes, arraigados de velhos dogmas.

O primeiro deles é a própria forma de enxergar o Estado e o perfil da Administração Pública: infraestrutural, procedimentalizada, multipolar, em rede, Administração concertada, dialógica e eficiente.¹

A nova realidade econômica e social de uma maneira geral no planeta trouxe à administração pública

¹ NETO, Eurico Bitencourt. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba vol. 4, nº 01, jan/ab 2017, p. 207-225. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>
[Acesso em 24 abr. 20.](#)

a necessidade de adaptar os modos de agir da função administrativa, deixando de concentrar necessariamente a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos, que passaram a ser exercidos por meio de parcerias público-privadas, mantendo-se a cargo do Estado a gestão administrativa por meio da regulação destas atividades, levando a uma redução do déficit de infraestrutura estatal.

No âmbito de atuação interna, a administração pública depara-se ainda com o fenômeno da complexidade das estruturas e atribuições públicas, com presença de múltiplos interesses, muitas vezes concorrentes, o que exige do gestor uma nova forma de se relacionar também internamente, de forma transversal e intersetorial como medida para compor os diversos interesses envolvidos, com reflexos importantes nas noções clássicas de unidade e hierarquia administrativas.

Nesse caminho, novos modelos de governança são desenvolvidos pelo Poder Público, provocando mudanças na estrutura de organização administrativa. Múltiplos interesses públicos procuram ser arranjados por meio da atuação em rede, em contrapartida a tradicional organização hierárquica e autoritária da Administração Pública. As redes funcionam como uma estrutura policêntrica de decisões do Estado, com variável densidade, tendo tais decisões efeitos sobre indeterminado número de pessoas, além dos interesses imediatos.

As atuações impositivas, nesse modelo, necessitam ser substituídas. A colaboração e a pactuação surgem como alternativas a adoção de um modelo mais concertado na esfera pública.

A forma imperativa e unilateral deixa de ser o modo típico de manifestação administrativa, sendo substituída, em muitos casos, por acordos e contratos, instrumentos mais flexíveis de atuação, além a formação de consensos sobre os conteúdos dos atos unilaterais.

A tomada de decisões segue um processo dialógico, ligado à concepção Habermasiana² da dimensão pública, na qual o discurso desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Para Habermas, o Princípio do Discurso toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora ao processo de comunicação entre os membros da comunidade no processo de formação da opinião. Segundo Habermas, somente um Estado Democrático de Direito que possua um sistema político que mantenha conectados o poder administrativo e o poder comunicativo³ não sofrerá a crise de legitimidade.

O processo dialógico permite que as decisões sejam construídas pela interação dos atores podendo levar inclusive ao engajamento institucional dentro da instituição.

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre a faticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 2003

³ O poder comunicativo para Habermas é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e atores do próprio direito. Tal poder é que dá legitimidade, segundo Habermas, aos demais poderes estatais: legislativo, executivo e judiciário.

Esta perspectiva dialógica gera efeitos, outrossim, no campo de atuação administrativa externa, privilegiando a democracia participativa e o acesso às informações como legitimadora da tomada de decisões estatais e sofrendo forte influência do uso das tecnologias de informação – TIC´s e inteligência artificial – IA na formação da Governança na era digital.

Uma última variante está relacionada à eficiência, consagrado na Constituição Federal de 1988 como princípio geral da Administração Pública, além da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do art. 37 da CF/88.

A eficiência há de ser analisada de maneira mais ampla possível, abrangendo economicidade (relação custo-benefício: otimização dos meios e racionalização dos gastos), eficácia (realização adequada de fins prefixados) e efetividade (qualidade e celeridade) na atuação da administração pública.

Dentro desta perspectiva de maior democratização da atuação estatal, deve-se realizar a atividade institucional da Advocacia Pública, seja do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, por meio de mecanismos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

2. Histórico

No Brasil, tanto no período colonial, como imperial, as Ordenações Afonsinas previam o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, incumbido da defesa dos direitos da Coroa. Com as Ordenações Filipinas, vigentes a partir de 1.603, foram criados os cargos de Procurador

dos Feitos da Coroa e de Procurador dos Feitos da Fazenda, com atribuições referentes aos feitos fazendários.

Proclamada a independência, em 1822, foi editado o Decreto de 21 de fevereiro de 1824 que alterou a denominação Procurador dos Feitos da Coroa para Procurador da Coroa e Soberania Nacional.

Em 1890, pelo decreto 848, durante a fase republicana, foi criada a Procuradoria-Geral da República, pelo Decreto 848, de 1890 e, em seguida, a Consultoria-Geral da República, pelo Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903⁴.

Antes do advento Constituição Federal de 1988, a representação judicial do ente federativo, cabia ao Ministério Público⁵, que cumulava esta função, com a defesa dos interesses da sociedade.

As atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, por sua vez, estavam confiadas à Consultoria-Geral da República, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, instituições que

⁴ GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre 'Logares', Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335-361

⁵ Art. 138. [...].

§ 2º - A União será representada em juízo pelos Procuradores da república, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local. (Constituição Federal de 1967)

foram, a partir de 1988, incorporadas à Advocacia Pública, diante da sua expertise.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, surge no ordenamento jurídico brasileiro a Advocacia Pública, com status de função essencial de justiça atribuído pela Carta Magna.

Portanto, situada para além dos três “poderes” da República, a Advocacia Pública, juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública e Advocacia Privada, tem papel essencial na promoção da justiça no país, promovendo segurança jurídica e harmonia nas relações jurídicas institucionais e junto à sociedade brasileira.

Sobre o papel dos órgãos que compõem às Funções Essenciais à Justiça, assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto⁶:

Sem esses órgãos, públicos e privados de advocacia, não pode haver justiça, aqui entendida como a qualidade ética que pretende exigir do Estado pluriclasse quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua essencialidade se dispuser dessas funções, autônomas, independentes, onipresentes, e, sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou de ‘essenciais à justiça’ (Título IV, Capítulo IV, da Constituição).

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 31

3. **A advocacia pública no direito comparado**

A estrutura da Advocacia Pública, no Direito Comparado, varia substancialmente, conforme o país.

Na Argentina, a defesa do interesse público em processos judiciais é realizada pelo *Ministério Público de la Defensa*.

Já nos Estados Unidos, o *Attorney General* e o *Solicitor General* exercem as funções de consultoria e assessoria jurídica, bem como a representação federal dos Estados Unidos nos casos em que o governo federal dos Estados Unidos é parte.

No Reino Unido os *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam o Reino Unido e os países da *Commonwealth* perante os tribunais. Exercem também as atividades de supervisionar a persecução penal, de forma similar ao Ministério Público no Brasil.

L'Avvocatura dello Stato, estabelecida pelo Decreto Real de 30 de outubro de 1933 n. 1611 é o órgão jurídico do Estado Italiano a que são atribuídas tarefas de assessoria jurídica e de defesa do Estado.

O *Der Generalbundesanwalt Beim Bundesgerichtshof*, na Alemanha, exerce o papel de advogado público federal. Sua representação é para processos administrativos e procedimentos judiciais relativos à Justiça Federal, nos *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha).⁷

⁷ PEDRA, Adriano Sant'ana; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no direito comparado sul-americano. In: PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo (Org.). **Advocacia**

Na Espanha, os *Abogados del Estado* exercem a função de consultoria e assessoria jurídicas, além da representação judicial e extrajudicial do Estado Espanhol e são chefiados pela *Abogacía General del Estado*, organicamente integrada ao *Ministerio de Justicia de España*.⁸

4. Os princípios da advocacia pública

Segundo Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes⁹ são princípios que regem a Advocacia Pública: a) essencialidade; b) institucionalização; c) isonomia; d) concurso público; e) simetria; f) unidade; g) organicidade unipessoal; h) independência funcional; i) inviolabilidade; j) autonomia administrativa; l) autonomia de impulso; m) dispensa recursal por ato composto; e n) proteção à legalidade.

A essencialidade decorre do papel Constitucional atribuído a instituição no exercício de função essencial de justiça, de modo que não pode ser abolida, nem ter sua atuação de algum modo prejudicada.

Pelo princípio da essencialidade extrai-se que a instituição não pode ser abolida, nem ter seu exercício de algum modo prejudicado. Na visão de Moreira Neto (1992, p. 50), a essencialidade diz

Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas. 1ª d. Curitiba: Juruá, 2014, p. 22-35

⁸ <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/inicio>
[Acesso em 24 abr. 20.](#)

⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime jurídico da advocacia pública.** Rio de Janeiro: Forense; São Paul: Método, 2010. vol. 1., p. 53)

respeito à manutenção do próprio Estado democrático de Direito e à construção do estado de Justiça.

A institucionalização está relacionada com a necessidade de constante proteção das funções desempenhadas. A isonomia, por sua vez, acomoda as instituições essenciais à justiça no mesmo nível de hierarquia.

5. A advocacia pública e a função consultiva

O ingresso nas carreiras deve se dar por meio de concurso público e a atuação da advocacia pública deve ser atribuição exclusiva de uma única instituição, com autonomia administrativa, independência funcional e inviolabilidade dos advogados públicos no exercício das suas atribuições constitucionais.

No texto constitucional, a Advocacia Pública distingue-se em Advocacia da União e Advocacia dos Estados-membros e Distrito Federal:

DA ADVOCACIA PÚBLICA

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. [...]

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.

No âmbito federal, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, instituindo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU. Dentre os membros da instituição, estão incluídos os Procuradores da Fazenda Nacional e os Consultores e Assessores Jurídicos, com competências de assessoria e assistência aos agentes públicos no controle interno de legalidade dos atos administrativos.

Art. 13 - A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

Parágrafo único. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional rege-se pela presente Lei Complementar.

Ainda nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993, é vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais do advogado público (art. 28, inciso I)¹⁰. É defeso, ademais, a sua atuação em causas particulares de arbitragem, mediação, conciliação e compliance, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57:

**O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVADAS
RELACIONADAS ÀS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE**

¹⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. art. 28, inciso I. Seção 1, 11 de fevereiro de 1993, Página 1797

DISPUTAS E CONFLITOS (ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO) E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVADAS RELACIONADAS À COMPLIANCE SÃO INCOMPATÍVEIS COM O EXERCÍCIO DOS CARGOS DAS CARREIRAS JURÍDICAS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL E DA PROCURADORIA GERAL DO BANCO CENTRAL.¹¹

No papel de consultoria e assessoria jurídica, o advogado público exerce função preventiva e de auxiliar do gestor no controle interno de legalidade dos seus atos. O advogado público não atua com conveniência e oportunidade, nem participa, em princípio, da tomada de decisão administrativa, competindo-lhe recomendar as providências necessárias e apontar os meios viáveis para a prática dos atos pelos administradores.

Essa função preventiva no controle de legalidade, é o que o distingue o papel da Advocacia Pública, das funções exercidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU e da Controladoria Geral da União – CGU, os quais são responsáveis pelo controle externo e interno do ato administrativo, respectivamente, contudo em momento posterior à prática desse ato e sem competência para assistir ou assessorar as autoridades públicas e sim fiscalizar e punir o mau gestor. O Ministério Público Federal – MPF, de forma semelhante aos órgãos de controle e auditoria, também não possui entre seus objetivos institucionais o de auxiliar ou

¹¹ **ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 57, DE 29.08.2019**, DOU de 30.08.2019 - pág. 5 - Seção 1

assessorar o administrador público, cabendo-lhe, essencialmente, a defesa da ordem jurídica.

A atuação do advogado público na atribuição de consultoria jurídica do Poder Executivo merece ser prestigiada e destacada. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, interpretando a lei para apontar a solução correta, com imparcialidade, atuando na defesa do interesse público de que é titular a coletividade.

As autoridades socorrem-se da advocacia pública para assegurar-se de que o ato administrativo seja praticado dentro da legalidade (função auxiliar) e, assim, ressaltar a sua responsabilidade (função preventiva).

Não obstante, o papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte, devendo, por isso ser exercido com independência e inviolabilidade. Para tanto, o legislador constitucional determinou a obrigatoriedade de ingresso nos quadros da advocacia pública por meio de concurso de provas e títulos e garantia de estabilidade, não podendo pessoas estranhas ao quadro da instituição ocupar cargos comissionados para exercer atribuições privativas dos advogados públicos.

Afasta-se, portanto, da atividade de consultoria qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, no que diz respeito à sua função, ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias, eles ficam fora da hierarquia, e não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. O parecerista deve ter absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que a advocacia pública exerce.

Segundo DI PIETRO, "A independência do advogado é tão relevante que, em alguns países, como França, Bélgica e alguns cantões suíços, não se admite a possibilidade de o advogado ser assalariado (conforme Ruy de Azevedo Sodré, *apud* Francisco Xavier da Silva Guimarães, *Questões profissionais da advocacia*). Segundo esse autor, *independência e subordinação são ideias antagônicas que a legislação daqueles países não tolera; por isso que o advogado subordinado a vínculo empregatício não pode postular em juízo*".¹²

Diversas ações estratégicas e efetivas da Advocacia Pública na função consultiva podem ser destacadas: a criação do Manual de Boas Práticas Consultivas¹³ pela AGU; o desenvolvimento de minutas padrão¹⁴ e listas de verificação pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União (com participação de membros da AGU, PGFN e da Procuradoria da União), com o propósito de simplificar e tornar mais eficiente os procedimentos de licitação e contratação pública; a atuação Câmara Nacional de Uniformização (CNU) de entendimentos consultivos, coordenado pelo Departamento de

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública com função essencial à Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2016. Acesso em 02/12/2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica> Acesso em 24 abr. 20.

¹³

https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619

¹⁴ http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265 Acesso em 24 abr. 20.

Coordenação e Orientação de Órgãos Consultivos, vinculada a Consultoria-Geral da União, que vem constantemente expedindo orientações e dirimindo questões jurídicas de alta complexidade; a prática conciliatória incentivada especialmente no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF¹⁵, órgão pertencente à Advocacia-Geral da União, dentre outras.

Nas contratações realizadas pelo Poder Público, em especial, Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, é função das assessorias jurídicas do Poder Executivo o exame e a aprovação prévios de minutas de editais, contratos e convênios e instrumentos congêneres, pela assessoria jurídica (art. 38)¹⁶.

Diante dessa determinação legal, a análise dos processos de licitação e contratação realizadas pelo poder público é atividade inerente e exclusiva dos órgãos consultivos da advocacia pública, sendo de suma importância conferir segurança jurídica para esses procedimentos, sendo as manifestações jurídicas que examinam contratações públicas, em regra, elaboradas sob a forma de parecer, possibilitando pronunciamentos de maior profundidade¹⁷.

¹⁵ Instituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 22 jun. 1993, P. 8269

¹⁷ Enunciado BPC nº 03, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União. Disponível em https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/770619 Acesso em 24 abr. 20.

O parecer jurídico emitido pelas Consultorias e Assessorias Jurídicas do Poder Executivo tem por objetivo orientar previamente a decisão a ser adotada pela autoridade consulente, servindo ainda de instrumento de controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados à gestão de recursos públicos.

6. Desafios para uma nova advocacia pública

Na nova realidade que se insere, da Administração Pública concertada e dialógica, o papel do advogado público necessita ir além da atuação clássica, preventiva (controle prévio da legalidade) e participativa (auxílio prévio na modelagem da política pública ou do ato administrativo), evoluindo para uma atuação propositiva/disruptiva, sugerindo novas práticas a serem incorporadas na rotina administrativa e/ou ao ordenamento jurídico, seja por lei em sentido estrito ou por atos normativos legais.

Dessa forma, o papel do consultor jurídico do Poder Público dever ser, não só de identificador de problemas (controle interno preventivo), mas também de apresentador de soluções e conselheiro da gestão. Um papel que vai além da mera ratificação de atos público, voltando o foco da sua atuação para a solução dos problemas.

Para isso, os desafios envolvem a capacidade de empatia com o gestor, de ouvi-lo com atenção, e de visão macro das suas necessidades, além do conhecimento multidisciplinar, com inter-relação entre diversas áreas jurídicas.

Por meio da prática dialógica, é possível estabelecer uma relação de confiança e credibilidade entre gestor público e advogado público.

Os efeitos em torno da eficiência também repercutem a partir dessa mudança de paradigma: economicidade, com o desafogamento dos órgãos de controle, evitando, ainda, a judicialização dos processos; efetividade, com a celeridade na atuação do gestor e possível melhoria da qualidade das políticas públicas; e eficácia, por meio da realização adequada dos objetivos propostos.

A atividade do advogado público consultor também envolve a garantia de incorporação dos critérios de sustentabilidade nas contratações públicas, a partir dos parâmetros do art. 225, da CF, de defesa e proteção ao meio ambiente, do art. 3º, da Lei nº 8666, de 1993, que vincula as contratações públicas à observância da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da Instrução Normativa (IN) nº 1, de 19 de janeiro de 2010, marco regulatório da sustentabilidade, do Decreto nº 7746, de 2012, que regulamenta as contratações públicas sustentáveis, bem como as diretrizes da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública Federal, Lei Complementar nº 123 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte da Micro e Pequena Empresa e Decreto 8.538, que visa regulamentar as diversas formas de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para agricultores familiares, produtores rurais, microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública Federal.

Nos estudos de LAVOR e TURATTI¹⁸, a ideia de sustentabilidade originou-se no conceito de “Desenvolvimento Sustentável” apresentado junto ao Relatório da Comissão Brundtland (“Nosso Futuro Comum”), elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e publicado em 1987. O Relatório visava um processo de mudança em diversas áreas: exploração dos recursos, direção dos investimentos, e, orientação do desenvolvimento tecnológico, respeitando o potencial atual e futuro para atender às necessidades e aspirações humanas.

A conhecida expressão “Triple Bottom Line”, tripé da sustentabilidade – ambiental, social e econômico, Segundo LAVOR e TURATTI foi concebida por John Elkington, em 1997, no livro Canibais de Garfo e Faca, onde o autor defende que os negócios devem ser financeiramente viáveis, socialmente justos e ambientalmente responsáveis.

Nesse viés, os países europeus, inicialmente, buscaram utilizar as contratações públicas como instrumento para promover políticas públicas ambientais e sociais. Por meio do “GREEN PUBLIC PROCUREMENT - GPP”¹⁹, as autoridades públicas europeias, como maiores consumidores, e, portanto, que movimentam quantias expressivas da economia na Europa, podem servir para estimular padrões de produção e consumo mais sustentáveis.

¹⁸ LAVOR, Anna Ariane Araújo de; TURATTI, Luciana. Contratações Públicas Sustentáveis no Brasil. **Revista Gestão Sustentável Ambiental**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p.335-354, abr./jun. 2018

¹⁹ https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm
Acesso em 24 abr. 20.

O grande poder de compras e contratações estatais pode ser utilizado, assim, para promover transformações estruturais nos setores produtivos, utilizando tal poder como um instrumento de proteção ao meio ambiente e de desenvolvimento econômico e social.

Conforme as diretivas comunitárias 2004/17, 2004/18, 2014/23, 2014/24 e 2014/25²⁰, as contratações públicas sustentáveis estão amparadas em dois princípios fundamentais: obtenção do melhor valor e garantia de tratamento justo a todos os interessados

No Brasil, a implementação de uma política de contratações públicas sustentáveis tem origem nas metas estabelecidas na Agenda 21 Global²¹, assinado por 179 países, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD) realizada na cidade do Rio de Janeiro e que ficou conhecida como “Rio 92”.

A Agenda 21 da CNUMAD constitui um programa de ação para promover, em diferentes bases geográficas, um novo padrão de desenvolvimento, denominado “desenvolvimento sustentável”, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.

Desta forma, as contratações públicas devem atender não só o critério da vantajosidade e da competitividade, mas também à sustentabilidade (art. 3º, da Lei nº 8.66/93), pautada nos três pilares, ou seja,

²⁰ https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt
[Acesso em 24 abr. 20.](#)

²¹ <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>
[Acesso em 24 abr. 20.](#)

que sejam ambientalmente corretos, socialmente justos e economicamente viáveis.

Baseado neste novo conceito de contratações públicas, sob o ponto de vista do “desenvolvimento sustentável”, a proposta mais vantajosa num processo licitatório não é a que apresenta apenas o menor preço, se a contratação do bem ou serviços envolver impactos ambientais negativos ou condições socialmente injustas na sua produção ou no seu fornecimento.

A administração pública, que tem como finalidade o interesse público, não pode contribuir com uma cadeia produtiva que prejudique a coletividade, sob o pretexto de economizar recursos públicos, uma vez que comprometeria a qualidade e o bem-estar das gerações futuras.

A sustentabilidade é vista como um novo valor, responsável por dar oportunidades e limites que condicionarão as vidas das próximas gerações. Além disso, deve ser considerado também o ciclo de vida dos produtos, de forma que, considerando o custo-benefício da contratação, por conta dos valores envolvidos na utilização e descarte final, o argumento inicial do menor preço não se ampara.

Assim, são fatores a serem considerados de acordo com o desenvolvimento nacional sustentável as prioridades e particularidades das políticas públicas locais nos aspectos socioambientais e a sua compreensão pelos gestores públicos, a disponibilidade de produtos no mercado e os custos envolvidos na aquisição de produtos sustentáveis, que devem considerar o valor de aquisição, os custos de utilização e descarte final (“Best Value”).

Do ponto de vista ambiental, as contratações públicas sustentáveis abrangem áreas como a aquisição

de computadores verdes, equipamentos de escritório feitos de madeira certificada, papel reciclável, transporte movido a energia mais limpa, alimentos orgânicos, eletricidade produzida por fontes de energia renováveis, sistemas de ar condicionado de acordo com as soluções ambientais ecologicamente mais evoluídas, bem como a contratação de edifícios energeticamente eficientes.

No aspecto socioambiental, quando a administração pública atua de forma preventiva e precavida, o governo utiliza a ferramenta das contratações públicas como forma de regular o mercado, gerando uma economia sustentável. Além do mais, sua postura passa a ser mais coerente, já que, da mesma forma que exige dos administrados medidas de proteção ao meio ambiente, também adota essas medidas na rotina da administração pública.

A sustentabilidade, do ponto de vista social, pode incentivar os produtos manufaturados do Brasil, ou os bens e serviços produzidos por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação conforme prevê a Lei 8.666, de 1993.

O desenvolvimento sustentável por meio das contratações públicas, contudo, pode ir além das dimensões ambientais, sociais e econômicas, com impactos culturais, como a construção de obras que mantenham harmonia com a arquitetura local, respeitando assim a regionalidade cultural e social; e internacionais, englobando ações de redução de impacto nas mudanças climáticas mundiais.

Em relação à familiaridade com esse processo, torna-se essencial que os agentes que atuam nos setores

responsáveis pelas contratações compreendam o conceito e objetivos das contratações sustentáveis e das respectivas políticas governamentais.

A necessidade de incorporar critérios de sustentabilidade na condução dos processos licitatórios trouxe um novo desafio para o gestor público brasileiro que, historicamente, elaborou editais visando selecionar propostas de menor valor, sem questionar as práticas socioambientais do produtor ou do fornecedor dos bens e serviços.

Nesse momento, a orientação do advogado público consultor é imprescindível para garantir que o gestor seja capaz de incorporar as dimensões éticas e sociais nas contratações públicas.

Dentro desta perspectiva de maior democratização da atuação estatal, deve-se realizar a atividade institucional da Advocacia Pública, seja do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, por meio de mecanismos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

Além disso, iniciativas para orientação e auxílio do gestor público no Brasil, como o Guia de Contratações Públicas Sustentáveis”, elaborado pelo NESLIC – Núcleo Especializado Sustentabilidade, Licitações e Contratos da Advocacia Geral da União, demonstram o imprescindível papel que a Advocacia Pública exerce na efetivação das contratações públicas sustentáveis.²²

No âmbito da segurança jurídica e eficiência na atuação do gestor, a Lei de introdução ao direito

²² <https://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/guianacionaldelicitacoessustentaveis>

brasileiro - LINDB, Lei nº 13.655/2018, prestou um papel relevante ao retirar a gestão pública da inércia temerosa quanto à responsabilidade funcional.²³

Marcela Gonçalves Godoi²⁴, em interpretação aos artigos 22 e 28 da referida lei, explica que

As justificativas para a inclusão de referidos dispositivos na lei baseiam-se no fato de que o excesso de controle da Administração acaba por engessá-la, uma vez que os gestores, receosos de que sua conduta não seja aprovada pelos órgãos de fiscalização, optam em seguir uma rotina ausente de riscos; isto é, cumprem fielmente e mecanicamente as regras burocráticas, sem a preocupação de qual o resultado atendido. Trata-se do denominado *apagão das canetas*.

Em regulamentação aos artigos 20 a 30 inseridos na **LINDB, foi editado o Decreto nº 9830, de 10 de junho de 2019**. O decreto reforça em seus artigos 2º e 3º **a necessidade de motivação de**

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador*. Consultor Jurídico – CONJUR. 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>. Acesso em: 28.5.2020.

²⁴ GODOI, Marcela Do Caráter Pragmatista Das Disposições da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o Impacto na Gestão Pública e na Atuação Dos Órgãos de Controle. **Revista Âmbito Jurídico**, nº 189, out. 2019. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/category/edicoes/revista-189/page/2/> Acesso em 28.05.2020

todas as decisões, que não pode se limitar a valores jurídicos com “alto grau de indeterminação e abstração”. Da mesma forma que já fazia a LINDB, as medidas a serem adotadas em função de uma decisão devem observar **critérios de proporcionalidade, adequação e razoabilidade**, conforme os ditames constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

Nos termos do art. 10, § 4º do **Decreto nº 9830, de 2019**, o processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído, entre outros documentos, como parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta jurídica.

Os artigos 20 e 21 do referido decreto, por sua vez, estabelecem o seguinte:

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

§ 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que

trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

Diante da legislação acima, percebe-se a importância da atuação da Advocacia Pública para segurança das decisões e fundamentações do gestor público. Desta forma, a Advocacia Pública vem reconhecida como previsão constitucional (art. 131) nas inclusões propostas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como garantia da imparcialidade previamente à celebração de contratos administrativos e seus congêneres.

Não obstante tudo que já foi mencionado, é preciso que se frise que a natureza do parecer jurídico emitido pelo advogado público consultor, na forma do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, é opinativa, muito embora, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Tribunal de Contas da União²⁵, já tenham decidido que o ato de emissão de parecer jurídico poderá levar à responsabilização do parecerista, quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, o parecer induzir o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal, conjugado com a obrigação de decidir do gestor à luz do parecer vinculante, com efetiva partilha do poder decisório.²⁶

Além disso, segundo o STF, "*a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de*

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 362/18. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. MS 35.196/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/08/2018, DOU 06/08/2018

licitações somente se revela quando o órgão técnico reprovava a prática do ato sob exame”,²⁷ haja vista que apenas nos casos em que o parecerista reprovar as minutas a que a lei determina a aprovação (art. 38, § único), o gestor estará vinculado a não realizar a revisão contratual nos termos submetidos à Consultoria Jurídica. Ainda assim, argumenta o Supremo que o administrador pode permanecer inerte ou submeter uma segunda minuta à análise do advogado público consultor.

Por outro lado, na mesma decisão, a Corte Constitucional entendeu o seguinte:

Atribuir responsabilidade integral ao parecerista pode acarretar dois reveses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público in concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não corresponde a um retorno em moralidade pública, mas em ineficiência.

Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores. No entanto, a cognição

²⁷ Idem

do parecerista é distinta daquela do administrador. Devido ao caráter eminentemente técnico-jurídico da função, a assessoria jurídica da Administração dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo.²⁸

Em outro julgado, o STF já assentou o papel relevante do advogado na administração da justiça e, por conseguinte, a inviolabilidade do mesmo por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos do art. 133, da CF/88²⁹:

(...) a proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do direito³⁰.

²⁸ Ibidem

²⁹ **Art. 133.** O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (Constituição Federal do Brasil de 1988)

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 81750, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/11/2002, DJe 10/08/2007

O Estatuto da Advocacia no Brasil, Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, por seu turno, ressalta, no artigo 32, que o advogado possui responsabilidade "*pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*".³¹

Seguindo o mesmo caminho, a Lei Federal n.º 13.327, de 29 de julho de 2016, ao tratar das carreiras jurídicas no âmbito público, estabelece a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício de suas funções, salvo pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. (art. 38, §2º). No mesmo sentido, o artigo. 28 da LINDB ressalva a responsabilidade pessoal de parecerista público.

Tal garantia parte do pressuposto de que o advogado público, como um dos titulares das funções essenciais da justiça, necessita de autonomia no exercício dessas funções, notadamente no âmbito consultivo, para o desempenho funcional com imparcialidade e independência frente aos desafios diários a que são submetidos, livre de pressões, tanto externas como internas, sobretudo quando seus pareceres possam contrariar interesses diversos, seja das autoridades públicas, seja dos grandes conglomerados econômicos.

A proteção institucional para os membros da Advocacia Pública não configura, portanto, benefícios ou privilégios para seus membros, mas tem a proficuidade de permitir o exercício, pelos mesmos, da sua missão

³¹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 05 jul. 1994, Página 10093

institucional de zelar pela incolumidade do interesse público e do Estado Democrático de Direito.

Essa missão institucional, como visto, na atuação preventiva e participativa, é exercida com exclusividade por advogados públicos consultivos.

Mas para além do papel de controle interno, a Advocacia Pública dos novos tempos enfrenta desafios na prática construtiva das novas versões da administração pública, com papel secular na mediação entre a concepção democrática e o cumprimento da vontade constitucional, exigindo, muitas vezes uma atuação proativa e disruptiva diante dos novos valores jurídicos apresentados.

A despeito de sua atuação silenciosa, práticas como a inovação na construção de instrumentos para atuação alternativa de disputas, a configuração das decisões tomadas em rede, a concertação e a busca do desenvolvimento sustentável nacional por meio de novos formatos para as contratações públicas têm sido exemplos de como deve ser o papel da Advocacia Pública no século XXI.

7. Conclusão

A maturidade democrática de uma nação perpassa, necessariamente, pela averiguação do nível de independência do advogado público diante da influência meramente política dos gestores, mormente quando se está em discussão aspectos econômicos do interesse do povo.

De fato, a contratação pública tem mote, com o perdão da redundância, no interesse público, vale dizer, ainda que o interesse do gestor se anteponha, eventualmente, ao interesse da população, inclusive em

economicidade, deve o advogado público apontar o correto procedimento a ser seguido, exercendo papel preponderante para que a contratação se efetive no melhor interesse dos administrados.

Assim, ao exarar um parecer licitatório, por exemplo, o advogado público deve ter em mente que exerce função essencial à justiça e, por consequência, não pode se conduzir por interesse governamental, sobretudo se, ocasionalmente, esse se contrapuser ao interesse estatal.

Reforça-se, pois, a tese que os advogados públicos são advogados do Estado e não advogados de um governo que, por essência democrática, é transitório.

Importante ressaltar, veementemente, que se percebe no Brasil, como um país democrático que é, que a divergência entre interesse governamental e estatal não é a regra, facilitando, assim, a atividade profissional dos advogados públicos em sua autonomia, pois, na medida em que são profissionais aprovados em concurso público, detentores de estabilidade, felizmente gozam da importante autonomia no exercício de suas funções.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB, Lei nº 13.655/2018 e o Decreto nº **9.830/19** que **a regulamentou, constituem em elogioso avanço na normatização da importância da autonomia e segurança que o advogado público deve ter no seu mister, graças à positivação dos critérios de proporcionalidade, adequação e razoabilidade na emissão de pareceres, exaltando a importância dos seus escritos jurídicos exarados na apreciação de qualquer procedimento.**

Em conclusão e resposta à problemática, afirmamos que a Constituição da República e as normas infraconstitucionais estão demonstrando

que, pelo menos no nível da abstração normativa jurídica, o Brasil caminha para a maturidade democrática, vez que o legislador entende e expressa que uma Nação que valoriza a estabilidade jurídica democrática e a supremacia do interesse público, sobrepujando quaisquer interesses particulares, tem no advogado público um instrumento de efetivação de tais desideratos.

8. Referências

ALEXANDRE, Thiago Guedes. A Advocacia Pública consultiva no combate à corrupção nas contratações públicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5988, 23 nov. 2019. Acesso em 02/12/2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/66818/a-advocacia-publica-consultiva-no-combate-a-corrupcao-nas-contratacoes-publicas> Acesso em 24 abr. 20.

ARAÚJO. Luis Claudio Martins de. Horizontalidade Estatal e Neodiscricionarietà Administrativa: Redefinições da Parametricidade da Advocacia Pública na Sindicabilidade Democrática. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n.2, p. 338-360, maio/ago. 2019. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/390> Acesso em 24 abr. 20.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. 47p.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 22 jun. 1993, Página 8269

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília: Seção 1, 05 jul. 1994, Página 10093

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. art. 28, inciso I. Seção 1, 11 de fevereiro de 1993, Página 1797

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **MS 35.196/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/08/2018, DOU 06/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **RHC 81750**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/11/2002, DJe 10/08/2007

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n.º 362/18**, Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública com função essencial à Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>
Acesso em 24 abr. 20.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime jurídico da advocacia pública**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. vol. 1., p. 53)

GODOI, Marcela Do Caráter Pragmatista Das Disposições da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o Impacto na Gestão Pública e na Atuação Dos Órgãos de Controle. **Revista Âmbito Jurídico**, n.º 189, out. 2019. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/category/edicoes/revis-ta-189/page/2/> Acesso em 28.05.2020

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre a faticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 2003
LAVOR, Anna Ariane Araújo de; TURATTI, Luciana. Contratações Públicas Sustentáveis no Brasil. **Revista Gestão Sustentável Ambiental**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p.335-354, abr./jun. 2018

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador*. **Consultor Jurídico – CONJUR**. 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>. Acesso em: 28.5.2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 31

NETO, Eurico Bitencourt. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba vol. 4, nº 01, jan/ab 2017, p. 207-225. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>
Acesso em 24 abr. 20.

PEDRA, Adriano Sant'ana; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no direito comparado sul-americano. In: PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo (Org.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas**. 1ª d. Curitiba:Juruá, 2014, p. 22-35

e