

ASSESSORIA JURÍDICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS LINHAS DE DEFESA

Eduardo Grossi Franco Neto¹

Resumo:

A Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) nº 14.133/2021 densificou sobremaneira o tratamento outorgado ao assessoramento jurídico, aproximando-o de seus assessorados e definindo que a abordagem jurídica deve abarcar a contratação como um todo, não se restringindo à aprovação das minutas, tal qual constava da Lei nº 8.666/1993. O órgão também foi incluído na segunda linha de defesa, conjuntamente com o controle interno. Assim, se torna premente o debate sobre quais são os novos parâmetros delimitadores da atividade de assessoramento jurídico, especialmente a fim de melhor delinear a atuação jurídica em relação aos setores técnicos, bem como para evitar a sobreposição de competências com outros atores de controle. A metodologia adotada foi: a) a jurídico-dogmática, no sentido de se investigar como está posta a estrutura do assessoramento jurídico na NLLC; b) a vertente jurídico-teórica, em razão da revisão bibliográfica da doutrina, especialmente livros e artigos especializados que tratam do tema. A nova e adensada modelagem de atuação do assessoramento jurídico na NLLC pressiona por uma reorganização da estrutura orgânica, sobretudo via regulamentos, a fim de permitir que as respostas aos assessorados sejam dadas em tempo e modo adequados.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações. Assessoramento jurídico. Limites de atuação. Linhas de defesa.

Abstract

The New Law on Public Procurement and Contracts nº 14,133/2021 (NLLC) has increase the duties of the Public Procurement legal advisers, bringing them closer to its advisees and defining that the legal approach must encompass the contracting process as a whole, not being restricted to contract drafts approval, as stated in Law nº 8,666/93. Public Procurement legal advisors were also included in the second line of defense, together with internal control. Thus, the debate on what are the new parameters that delimit the activity of legal advice becomes urgent, especially in order to better define the legal advice action in relation to the technical sectors, as well as to avoid the overlapping of competences with other control agents. The methodology adopted was: a) the legal-dogmatic one, in the sense of investigating how the structure of legal advice is placed at the NLLC; b) the legal-theoretical aspect, due to the literature review of the doctrine, especially books and specialized a papers that deal with the subject. The new role of legal advice in the NLLC presses for a reorganization of the advisory bodies, mainly through regulations, in order to allow the answers to the advised to be given in an appropriate time and manner.

Keywords: Public Procurement. Legal advice. Performance limits. Defense lines.

¹ Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Professor do MBA em Infraestrutura, concessões e PPP's da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e em Advocacia Pública pelo Instituto para o Direito Democrático.

Introdução

Com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), ou Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021, veio grande desafio de como implantar o novo regime carregado de diversas facetas e complexidades, bem como de definir (ou melhorar) de que forma os órgãos de assessoramento jurídico vão interagir com os seus órgãos, entidades e servidores assessorados, assim como com os órgãos de controle interno.

No que diz respeito à quantidade de dispositivos legais que tratam expressamente do assessoramento jurídico, a NLLC certamente foi mais densa do que a Lei de Licitações e Contratos (LLC), ou Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, embora o papel da assessoria jurídica já tivesse sido consideravelmente fortificado no âmbito da LLC/93, pela jurisprudência e doutrina.

Importante ponto a ser debatido é de que maneira o controle prévio de legalidade das aquisições públicas mediante a **análise da contratação** se diferencia do controle prévio mediante a **aprovação de minutas** (BRASIL, 1993, art. 53).

A NLLC também expressou que o assessoramento jurídico deverá, conjuntamente com o controle interno, prestar apoio ao agente de contratação, à equipe de apoio, à comissão de contratação, aos fiscais e aos gestores de contratos. A atividade do fiscal de contrato, por exemplo, demasiadamente complexa, é merecedora de mais atenção do que historicamente vem recebendo. O desafio é saber de que maneira isso ocorrerá, tendo em vista que as questões estritamente técnico-operacionais, inerentes à atuação fiscalizatória, nem sempre serão passíveis de análise jurídica.

Outra novidade trazida pela NLLC diz respeito à menção de linhas de defesa como modelo de gestão de riscos, prevendo o assessoramento jurídico e o controle interno como componentes da segunda linha de defesa. Para efeitos do presente artigo, será abordada, com o objetivo de apresentar parâmetros delimitadores da atuação do assessoramento jurídico, a teoria do *Institute of Internal Auditors* (IIA), organização internacional que define normas, padrões, orientações e certificações para a atividade de auditoria interna, que publicou o estudo intitulado **As três linhas de defesa na gestão eficaz de riscos e controles**² (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2013).

Dessa forma, torna-se premente o amadurecimento acerca de quais são os parâmetros delimitadores da atividade de assessoramento jurídico, especialmente a fim de se evitar confusão com a atuação das áreas técnicas, bem como a sobreposição de competências com outros atores de controle.

O assessoramento jurídico a Lei nº 14.133/2021 e na Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993 determinava que as minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes, ao fim da fase interna, deviam ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da administração. Assim, as unidades administrativas públicas competentes por processar procedimentos de compras governamentais possuem em sua estrutura núcleos de assessoramento ao qual incumbe a emissão de pareceres jurídicos acerca dos mencionados procedimentos (BRASIL, 1993, art. 38, parágrafo único).

² Tradução livre de *The Three Lines of Defense In Effective Risk Management And Control*.

Ainda de acordo com o art. 38, (BRASIL, 1993), a assessoria jurídica deve, obrigatoriamente, manifestar-se após a elaboração dos aludidos documentos e antes da publicação do edital, nas licitações, e antes da assinatura contratual, nas contratações diretas.

Contextualizando a atuação da advocacia pública quanto ao tratamento da assessoria jurídica na LLC/93, Ronny Charles assevera que, com o avanço da atividade de controle e a possibilidade de responsabilização dos pareceristas, a análise de conformidade das minutas passou a ser cada vez mais rígida e reativa, envolvendo senso de autopreservação (TORRES, 2021, p. 282).

Com a publicação da NLLC, as disposições normativas que cuidam do assessoramento jurídico foram robustecidas em diversas passagens. Destacam-se duas delas:

- a) os agentes públicos envolvidos em quaisquer das etapas das compras governamentais podem contar com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico (agentes de contratação, equipe de apoio, fiscais, gestores contratuais);
- b) o controle prévio de legalidade é da contratação, e não das minutas.

Esses tópicos serão desenvolvidos a seguir.

O assessoramento e os assessorados

A LLC/93 não especificou quais eram os agentes públicos que poderiam se assessorados, tendo a NLLC indo mais além. A nova lei direciona a atuação do órgão jurídico de forma a abranger “o desenvolvimento da licitação, a formalização da contratação e a execução do contrato”, sendo cabível a provocação da assessoria jurídica acerca de qualquer evento juridicamente relevante à licitação (JUSTEN FILHO, 2021).

O fato de a assessoria jurídica, das entidades e dos órgãos públicos, poder ser provocada a responder consultas jurídicas elaboradas por quaisquer agentes públicos e em qualquer fase licitatória, contudo, não é novidade no dia a dia das consultorias jurídicas, mesmo no âmbito da LCC/93 – embora possa não ser realidade na maioria das unidades federadas.

É que a provocação do órgão jurídico por quaisquer agentes públicos não era proibida. De todo modo, a possibilidade agora consta expressamente do texto da NLLC, ganhando novo adensamento, restando expresso que o órgão jurídico está a serviço dos agentes de contratação (também os pregoeiros), das equipes de apoio, da comissão de contratação, dos fiscais e dos gestores de contratos, abrangendo, portanto, toda a cadeia de servidores públicos envolvidos nas etapas de aquisições governamentais. É possível dizer que isso decorre da própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual a atribui à advocacia pública a competência de consultoria e assessoramento jurídicos, sem limitar o assessoramento a esse ou aquele agente, esse aquele momento.

Se, em alguns locais, havia ou há distanciamento institucional (ou postural) entre assessorias jurídicas e seus órgãos/entidades assessorados, esse comportamento certamente é e já era destoante daquilo preconizado pela CF/88. Nessa senda, vem em boa hora a explicitação dos deveres de assessoramento jurídico no bojo da NLLC.

A explicitação da NLLC quanto à possibilidade de os servidores provocarem suas respectivas assessorias certamente confere mais segurança jurídica aos assessorados.

O controle prévio de legalidade da contratação

O outro ponto acima destacado é a explicitação, na NLLC, que o controle prévio de legalidade das aquisições públicas envolve a **análise da contratação**, diferentemente do que dispunha a LLC/93, que mencionava **aprovação de minutas** (BRASIL, 1993, art. 53; BRASIL, 2021).

Alguns órgãos de assessoramento entendiam que a simples rubrica nas minutas ou a emissão protocolar de pareceres sem conteúdo de análise supririam o assessoramento exigido pela Lei nº 8.666/1993. Outros entendem – ou entendiam – que a análise restrita ao conteúdo jurídico-formal das minutas já seria o suficiente para aquilo exigido pela lei. Esses entendimentos também parecem dissociados do significado de assessoramento jurídico descrito na CF/88. As minutas de editais, contratos, convênios e ajustes são produto de um processo, são resultado de outros – diversos – atos administrativos concatenados.

Ademais, ainda na vigência da LLC/93, a fase interna da licitação (atualmente denominada pela NLLC de fase preparatória) foi ganhando musculatura, importância e complexidades que são incompatíveis com a mera aprovação formal de minutas.

Assim, é, e sempre foi, papel do assessoramento jurídico analisar a legalidade/juridicidade de todo o processo de contratação, de ponta a ponta, pois são eles que fundamentam, motivam e dão conteúdo e forma às minutas. Analisar minutas sem analisar os atos/fatos que lhes motivam seria algo similar a analisar a estrutura uma obra de engenharia somente olhando para sua fachada, sem considerar como foi feita sua fundação, com que material foram erguidas as paredes, pilares e vigas etc.

A assessoria jurídica, nos processos licitatórios (e já sob a égide da LLC/93), tem dever de averiguar os diversos aspectos que circundam as minutas, tais como: há autorização para a abertura do processo licitatório pela autoridade competente? Existe ato atestando previsão orçamentária? O termo de referência tem em seu conteúdo os elementos normativos mínimos a caracterizar o objeto? O objeto está descrito de forma clara e objetiva (minimamente compreensível)? Há justificativa para a aquisição? Há fundamento para o quantitativo solicitado? Há lastro (justificativa) para as especificações técnicas?

O entendimento de que a análise jurídica dos processos de aquisição sob a égide da LLC/93 não se limitava à mera análise jurídico-formal das minutas já encontrava ressonância consolidada no Manual de Boas Práticas Consultivas, da Advocacia-Geral da União (AGU), o qual registra a necessidade de que o órgão consultivo aprecie todos os elementos indispensáveis à contratação:

A avaliação do procedimento licitatório e o exame e aprovação das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e instrumentos congêneres (arts. 38, parágrafo único, e 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), devem ser realizados sempre por meio de Parecer, visto ser necessário que o Órgão Consultivo demonstre a apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação. (BRASIL, 2016, p. 24).

Por outro lado, o conteúdo da atuação relativa ao controle prévio de legalidade da contratação deve ser compreendido de forma mais ampla do que a estrita legalidade, devendo compreender a ideia de juridicidade, levando-se em consideração a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, mesmo com duas ambiguidades, lacunas, incompletudes e conceitos indeterminados.

Enfim, há uma infinidade de elementos cuja presença sempre foi de incumbência da assessoria jurídica verificar. No âmbito da NLLC, fica claro, pois, a dupla função do assessoramento jurídico: o de apoio (por meio da consultoria) e o de fiscalização (tendo em vista que o órgão compõe a segunda linha de defesa, em função de controle) (JUSTEN FILHO, 2021).

Mas isso não se confunde com a invasão de competência, pelo assessor jurídico, do conteúdo técnico das informações constantes dos autos, isso nem na LLC/93 nem sob a égide da NLLC.

É relativamente comum, por exemplo, que o quantitativo de determinado objeto a ser adquirido numa contratação não venha acompanhado da respectiva justificativa/motivação. Ora, área técnica solicitante, mas por que motivo você pretende adquirir 80 computadores? Por que não 70 ou 90? Qual foi o dado que deu suporte a essa quantidade? Por que pretende contratar mil horas/homem para o desenvolvimento de sistema? Por que 8 carros e não 5? São usuais as seguintes respostas: porque nós precisamos; porque fomos demandados; porque essa é a necessidade do órgão.

Mas se o assessoramento jurídico questiona a justificativa da definição do quantitativo, não estaria invadindo a competência da área técnica? Não estaria interferindo no mérito administrativo do gestor? A resposta não é simples, tendo em vista que o liame entre a legalidade e o mérito administrativo (conveniência e oportunidade), muitas vezes, é tênue.

No exemplo do quantitativo, cabe à assessoria jurídica verificar se existe alguma justificativa nos autos, sem, contudo, adentrar no mérito dela (se é boa ou ruim, suficiente ou não etc.), a não ser que o conteúdo da justificativa esteja dissociado ao ato a que se refere. É que na falta da justificativa do quantitativo (ou se o conteúdo dela não tiver pertinência com o assunto), existirá um problema jurídico que é o malferimento do princípio da motivação, transparência, sendo, pois, dever funcional do assessor jurídico apontar tal deficiência jurídica. A ausência de motivação dos atos impede (ou dificulta) a prestação de contas, inviabilizando a aferição da integridade.

Dessa forma, a novidade redacional da NLLC, nesse particular, não inova a ponto de inaugurar a necessidade de análise jurídica completa da contratação de maneira a adentrar em aspectos técnicos, mas expressa o que, de certa, forma, vinha sendo praticado na advocacia pública. De todo modo, a redação proporciona segurança jurídica para a questão, uniformizando-a no território nacional.

O trecho da NLLC que menciona “controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação” pode ser compreendido (numa leitura desavisada) como dever de fiscalização dos aspectos técnicos. Como explanado acima, essa compreensão não encontra amparo normativo.

Não se deve atribuir atividades de gestão para órgãos de controle por, ao menos, duas razões:

- a) estaria sendo usurpada, da autoridade administrativa (gestor) sua competência gerencial;
- b) o órgão consultivo, conseqüentemente, estaria absorvendo competência não atribuída pela CF/88. O assessoramento jurídico é e sempre foi sinônimo de controle prévio legalidade/juridicidade, jamais podendo alcançar os aspectos inerentes à gestão da coisa pública (salvo quando a gestão se mostra temerária ao ordenamento jurídico, evidentemente).

É necessário compreender que “a prevalência do aspecto técnico ou a presença de juízo discricionário determinam a competência e a responsabilidade da autoridade administrativa pela prática do ato” (BRASIL, 2016), de maneira que a atuação do assessoramento jurídico nesse aspecto somente se justifica quando presente evidente ilegalidade ou risco jurídico intenso (TORRES, 2021, p. 286).

O controle da legalidade previsto na NLLC não exige o órgão jurídico da aprovação das minutas de editais e contratos, pois as irregularidades e ilegalidade geralmente materializam-se nesses instrumentos (DOTTI, 2019).

Essa separação (ou destaque) dos elementos técnicos dos aspectos jurídicos (embora possa parecer sutil em algumas oportunidades), também pode ser extraído do texto da NLLC, quando menciona que a instrução do processo envolve os “aspectos técnicos e jurídicos”, cada qual deles, evidentemente, afeto a quem de direito (BRASIL, 2021, art. 53, § 3º).

A segregação de funções é essencial, não sendo possível ao órgão de assessoramento jurídico assumir a competência política e administrativa atribuída a outro agente público distinto, não havendo autorização normativa que o permita (JUSTEN FILHO, 2021).

Segundo a AGU, é recomendável, entretanto, que a manifestação jurídico-consultiva que tenha o potencial de resvalar em questões técnicas evidencie a necessidade de fazê-lo, evitando posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sendo possível, sobre esses pontos, a emissão de opinião ou formulação de recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento (BRASIL, 2016).

Sobre a diferença entre os aspectos técnico e jurídicos, pode-se exemplificar a atuação dos fiscais do contrato. A NLLC, em mais de uma passagem, previu expressamente que os fiscais dos contratos contarão com o apoio do assessoramento jurídico, nos seguintes termos:

Art. 8º

[...]

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à **atuação de fiscais** e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles **contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico** e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Art. 117

[...]

§ 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual. (BRASIL, 2021, art. 8; art. 117, grifo nosso).

Embora o art. 8º, § 3º, da NLLC, mencione que o apoio jurídico aos agentes públicos será previsto em regulamento, a atividade consultiva dos fiscais prescinde de regulamentação, embora o detalhamento de como isso irá acontecer possa ser (e é desejável que o seja) regulamentado.

O desafio é saber como compatibilizar a atividade do fiscal, que é precipuamente técnico-operacional, com a competência/atuação do assessoramento, que, em regra, não atinge tais aspectos, como acima ponderado.

O tom da atuação jurídica quanto à atividade fiscalizatória pode ser extraído do § 3º do art. 117 da NLLC, ao aduzir que cabe ao assessoramento dirimir dúvidas e subsidiar o fiscal com informações relevantes para **prevenir riscos** na execução contratual. Esses riscos mencionados no dispositivo devem ser adstritos às questões de juridicidade, e não técnico-operacionais, mas nada impede que o fiscal leve questões operacionais para que o assessoramento jurídico analise possíveis consequências jurídicas sobre elas, desde que o fiscal especifique qual dúvida jurídica exsurge de seu ato.

A atuação do fiscal com os órgãos de assessoramento jurídico deve ser **sinérgica** (HEINEN, 2021, p. 627, grifo nosso).

Cabe lembrar que o apoio ao fiscal não se limita ao assessoramento jurídico e ao controle interno, mas também abarca quaisquer outros atores ou setores administrativos que detenham informações pertinentes ao deslinde da fiscalização (JUSTEN FILHO, 2021).

Outros elementos que podem auxiliar a balizar a sensível diferença entre a análise técnica e jurídica são as **linhas de defesa**, assunto tratado a seguir.

As linhas de defesa e seus fundamentos

Outra novidade apresentada pela NLLC diz respeito à menção de linhas de defesa como modelo de gestão de riscos. A norma especificou os atores e as instituições aos quais incumbem o controle das aquisições governamentais, organizando a atuação de cada um deles em **linhas de defesa** (primeira, segunda e terceira linhas). De acordo com a nova norma, a segunda linha de defesa é integrada pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno:

As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de

licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. (BRASIL, 2021, art. 169, grifo nosso)

Assim, uma vez que os integrantes das linhas de defesa identificarem irregularidade que implique dano à administração, deverão adotar as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas e remeter cópias dos documentos cabíveis ao Ministério Público (MP) competente para a apuração dos ilícitos de sua competência (BRASIL, 2021, art. 169, § 3º, inciso II). Tal conduta é cogente e vinculada, não admitindo juízo de conveniência e oportunidade (HEINEN, 2020).

Mas o que seriam linhas de defesa? No ano de 2013, o IIA , organização internacional que define normas, padrões, orientações e certificações para a atividade de auditoria interna, publicou a estudo intitulado **As três linhas de defesa na gestão eficaz de riscos e controles** (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2013). O objetivo do estudo foi padronizar e estabelecer balizas de governança e gerenciamento de risco nas organizações (de qualquer natureza). Assim, definiu-se etapas pelas quais a análise de determinado ato da organização (pública ou privada) deve passar, com a finalidade de melhor estratificar o que cada setor deve realizar para gerir riscos.

O estudo denominou a **primeira linha** de defesa como sendo aquela afeta à gestão operacional (*operational management*); a **segunda** como gestão de riscos e aferição de conformidade (*compliance*); a **terceira linha** seria a auditoria interna (*internal audit*).

Figura 1: Modelo das Três Linhas de Defesa



Fonte: INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS DO BRASIL, 2013.

Outro estudo que desvenda o Modelo das Três Linhas de Defesa (MTLD) é o Referencial de Combate à Fraude e Corrupção, do Tribunal de Contas da União (TCU) (BRASIL, 2018), o qual explora a teoria da linha de defesa aplicada a órgãos e entidades da administração pública. A Controladoria Geral da União (CGU), por sua vez, editou a Instrução Normativa (IN) nº 3, de 9 de junho de 2017, que também trata do assunto (BRASIL, 2017).

Segundo o IIA, o MTLD melhora a comunicação dos setores responsáveis pelo gerenciamento de riscos e controle por meio da definição dos papéis e responsabilidades essenciais de cada equipes, sendo aplicável a qualquer tipo de organização. O desafio é saber de que maneira coordenar os atores responsáveis pelo controle, dentro da mesma organização, de modo a não duplicar funções/esforços tampouco deixar lacunas no controle (BRASIL, 2018).

A **primeira linha de defesa** (gestão operacional), a mais próxima da execução das atividades, é composta por aqueles que detêm a gestão direta das atividades em nível operacional. São eles que identificam os riscos do negócio, sendo “responsáveis por implementar medidas de controle preventivas, detectivas e corretivas nos processos sob sua responsabilidade” (BRASIL, 2018).

De acordo com a IN nº 3, de 9 de junho de 2017, da CGU, a **primeira linha de defesa** é responsável por identificar, avaliar, controlar e mitigar os riscos, guiando o desenvolvimento e a implementação de políticas e procedimentos internos destinados a garantir que as atividades sejam realizadas de acordo com as metas e objetivos da organização (BRASIL, 2017).

No caso das contratações públicas, pode-se dizer que compõem a primeira linha de defesa:

- a) os gestores responsáveis pela confecção dos documentos dos autos da contratação (área demandante – a quem normalmente incumbe a confecção do estudo técnico preliminar e termo de referência);
- b) os setores responsáveis pela pesquisa de preços;
- c) elaboração do edital;
- d) minuta contratual;
- e) etapa competitiva – pregoeiros, agentes de contratação, leiloeiros e comissão de contratação;
- f) e execução contratual – gestor contratual e fiscal de contratos.

Esses, por estarem mais próximos do objeto, têm maiores condições de identificar o que não vem dando certo.

A **segunda linha de defesa**, de acordo com o IIA, funcionaria como espécie assistência à primeira linha. Seria a responsável pela supervisão e monitoramento da primeira linha, no que tange o gerenciamento de riscos e conformidade com as leis e regramentos aplicáveis em relação a diversas esferas, tais como saúde, segurança, qualidade, meio ambiente, risco financeiro (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2013).

A IN nº 03 (2017) da CGU caminha na mesma direção do IIA, dispondo que as instâncias responsáveis pela segunda linha apoiam o desenvolvimento dos controles internos da gestão e realizam atividades de supervisão e de monitoramento das atividades da primeira linha de defesa. Isso inclui, segundo a mencionada norma, gerenciamento de riscos, conformidade, verificação de qualidade, controle financeiro, orientação e treinamento (BRASIL, 2017).

A **terceira linha de defesa** é composta por auditoria interna independente, a qual fornece, à alta administração, avaliações sobre a eficácia da governança, do gerenciamento de risco e dos controles internos, o que não envolve atos de gestão propriamente ditos, mas sim a valoração/aferição deles.

Trazendo a terceira linha de defesa para a realidade das entidades governamentais, a auditoria interna deve visar ao aprimoramento das políticas públicas e à atuação das organizações que as gerenciam, tendo como destinatários a alta administração, os gestores das organizações e entidades públicas e a sociedade (BRASIL, 2017).

Considerando a complexidade das organizações e a rapidez das mudanças, o IIA atualizou, em 2020, o MTL (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2020). Essa atualização levou em conta, também, que a tomada de decisões de risco envolve não só movimentos defensivos, mas também a necessidade de se aproveitar (proativamente) oportunidades para o melhoramento das condições para o atingimento de metas.

Outra atualização do modelo aborda o fato de que as linhas de defesa devem ter melhores condições de interação umas com as outras, incentivando postura não só reativa, como também proativa, permitindo alinhamento, colaboração e cooperação entre os agentes responsáveis por cada uma das linhas, mediante comunicação eficaz e regular.

Figura 2: Modelo atualizado das Três Linhas de Defesa



Fonte: INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS DO BRASIL, 2020.

Portanto, em suma, a primeira linha de defesa fica a cargo de executores ou operadores dos atos institucionais (detentores do processo, com mais condições, pois, de mapear riscos), com atribuições diretamente relacionadas com a entrega de produtos e/ou serviços aos clientes da organização; a segunda linha irá orientar a primeira linha, fornecendo-a apoio (monitoramento e supervisão), ao mesmo tempo que os podem questionar; a terceira linha, da auditoria interna, é independente

das responsabilidades de gestão, prestando avaliação e assessoria sobre a adequação e eficácia da governança e do gerenciamento de riscos (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2013, 2020).

Algumas observações podem ser feitas em relação à forma que o legislador da NLLC importou o MTLD para as aquisições públicas. A primeira delas é que a NLLC incluiu, na primeira linha, as autoridades que atuam na **estrutura de governança** (*verbi gratia*, conselho de administração e órgãos equivalentes), enquanto o MTLD do IIA expressamente os exclui, juntamente com a alta administração, do modelo. Isso ocorre por uma razão lógica: **a alta administração e os órgãos de governança são os destinatários (principais partes interessadas) do produto oriundo das três linhas de defesa.**

Por outro lado, a NLLC incluiu órgão de controle externo (tribunais de contas) na terceira linha de defesa, o que também está descolado do modelo do IIA.

Nada impede, evidentemente, que a NLLC tenha seguido outros modelos (*verbi gratia*, modelo do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* - COSO), adaptando algum pré-existente às aquisições públicas ou até mesmo ousado em criar novo modelo. Todavia, a novidade vai desafiar a implementação do que foi proposto em detrimento do modelo já relativamente conhecido e atualizado em 2020.

Juliana Bonacorsi de Palma pondera, ainda, que a NLLC diluiu a responsabilidade do controle ao compartilhar com os agentes públicos (agora todos são controladores), havendo, contudo, “risco de redução da qualidade dos serviços entregues pelos agentes públicos para satisfazer uma pauta de controle” (DE PALMA, 2021). A autora também destaca que a obrigação de o agente público informar acerca de irregularidades constatadas, constante da NLLC, “difícilmente se mostrará efetiva porque não protege e nem incentiva o relato de irregularidades, especialmente os graves esquemas de corrupção”, e também em razão da ausência de proteção e premiação/incentivo pela conduta (DE PALMA, 2021).

De fato, enxertar cada vez mais as funções daqueles que operacionalizam as aquisições públicas, já tão parcos da devida capacitação (DE PALMA, 2021), faz com que o foco no resultado (contratações que de fato atendam ao interesse público) possa se perder.

O assessoramento jurídico na segunda linha de defesa

Uma vez que o órgão consultivo foi incluído pela NLLC na segunda linha de defesa, é válido questionar o que isso significa – e em que isso implica. Longe de cravar uma resposta, almeja-se, ao menos, traçar elementos para o amadurecimento do debate (IIA, 2013).

Ainda na direção do que dispõe o multirreferenciado estudo do IIA, são papeis da segunda linha de defesa:

- a) fornecer assistência ao gerenciamento de riscos e conformidade (auxiliando os proprietários dos riscos – primeira linha – a definir a meta de exposição ao risco);
- b) auxiliar no desenvolvimento/monitoramento da primeira linha de defesa;
- c) aferir conformidade (*compliance*), que envolve múltiplas funções, tais como:

segurança, saúde, cadeia de fornecimento, meio ambiente, monitoramento qualidade, conformidade com lei e regulamentos etc.;

- d) avaliar de riscos financeiros;
- e) reportar ao proprietário do risco, à alta administração e/ou órgãos de governança;
- f) identificar situações atuais e emergentes;
- g) auxiliar a gestão a desenvolver processos e controles para gerenciar riscos e problemas.

Da lista acima, somente o *compliance* de normas e regulamentos (o que também envolve a análise de riscos e problemas jurídicos) se encaixaria, por excelência, na competência consultiva e de assessoramento da advocacia pública prevista na CF/88, tendo em vista que os demais itens possuem índole técnico-operacional.

Outra questão importante é que no modelo do IIA fica claro que a segunda linha de defesa tem função de gestão, não podendo, portanto, oferecer análises verdadeiramente independentes aos órgãos de governança:

Como funções de gestão, elas podem intervir diretamente, de modo a modificar e desenvolver o controle interno e os sistemas de riscos. Portanto, a segunda linha de defesa tem um propósito vital, mas não pode oferecer análises verdadeiramente independentes aos órgãos de governança acerca do gerenciamento de riscos e dos controles internos (IIA, 2013).

O assessoramento jurídico previsto na CF/88, entretanto, não possui função de gestão, diferença que também deve ficar clara em relação ao modelo do IIA.

É importante destacar que, a depender do modelo da corporação (seja pública ou privada) é possível que algum setor ocupe, concomitantemente, mais de uma linha de defesa.

Tomando como base o MTLD do IIA, bem como a competência outorgada pela CF/88 à advocacia pública, somente podem ser conferidas à atividade de assessoramento jurídico, no Brasil, as seguintes funções da segunda linha de defesa: aferição de conformidade com as leis e regulamentos (análise ampla de juridicidade) e análise de riscos jurídicos, o que não se confunde atividade de gestão da corporação (mérito administrativo – conveniência e oportunidade); por outro lado, a análise feita pela advocacia consultiva pública nacional é inerentemente independente, pois não é subordinada tecnicamente a nenhuma outra instância governamental.

Portanto, conceitualmente, o assessoramento jurídico se encaixaria concomitantemente em parte da segunda linha de defesa e também na terceira linha de defesa (em razão da independência), estando distante das funções de gestão da corporação, salvo no que diz respeito à gestão de riscos jurídicos.

O desafio que deve ser enfrentado é diferenciar o papel atribuído, pela NLLC, aos dois atores da segunda linha: assessoramento jurídico e unidade de controle interno, a fim de que não haja sobreposição de competências e, especialmente, que o gestor não receba o mesmo produto de duas unidades com funções distintas. Isso deve ser feito, principalmente, no bojo dos regulamentos.

De todo modo, a relação cíclica entre as linhas de defesa preconiza que os setores não podem mais “lavar as mãos” em relação aos atos cometidos por outros setores, ao mesmo tempo que todas as linhas devem ter relação simbiótica.

A assessoria jurídica não pode atuar isoladamente. Deve também ter conhecimento de outras áreas, como gestão, economia, controle, auditoria, não para sobrepor competências de outras áreas técnicas, mas para gerir-se melhor e saber coabitar com outros setores de forma coordenada, a fim de que a organização assessorada tenha melhores condições de atingir as finalidades institucionais e que a assessoria jurídica possa melhor identificar os riscos jurídicos potencialmente oriundos de decisões técnicas.

Considerações finais

À assessoria jurídica compete, precipuamente, na qualidade de conselheira e auxiliar da alta administração e dos servidores públicos responsáveis pela operacionalização das aquisições governamentais, realizar análise de legalidade/juridicidade com o escopo de prevenir riscos nos procedimentos licitatórios, de contratação e de execução contratual, com a finalidade maior de que esses procedimentos não sejam paralisados e, com isso, interrompido o atendimento às necessidades coletivas.

O papel do assessoramento jurídico na NLLC foi elástico em relação ao tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/1993. Isso vai fazer com que a estrutura orgânica dos órgãos de assessoramento seja revista a fim permitir que as respostas aos assessorados sejam dadas em tempo e modo adequados.

A explicitação da NLLC, quanto à possibilidade de os servidores provocarem suas respectivas assessorias, certamente confere mais segurança jurídica aos assessorados.

Quanto ao auxílio ao fiscal do contrato, cabe ao assessoramento dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual. Esses riscos – mencionados no § 3º do art. 117 da NLLC - devem ser adstritos às questões de juridicidade, e não técnico-operacionais, mas nada impede que o fiscal leve questões operacionais para que o assessoramento jurídico analise possíveis consequências jurídicas sobre elas, desde que o fiscal especifique qual dúvida jurídica exsurge de seu (pretensão) ato.

Outros elementos que podem auxiliar a balizar a sensível diferença entre as análises técnica e jurídica são as **linhas de defesa**.

De acordo com o estudo do IIA, o assessoramento jurídico se encaixaria concomitantemente em parte da segunda linha de defesa e também na terceira linha de defesa (em razão da independência) (INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS DO BRASIL, 2013).

Tomando como base o mencionado estudo, bem como a competência outorgada pela CF/88 à advocacia pública, somente podem ser conferidas à atividade de assessoramento jurídico, no Brasil, as seguintes funções da segunda linha de defesa: a aferição de conformidade com as leis e regulamentos (análise ampla de juridicidade) e a análise de riscos jurídicos, o que não se

confunde (e não se pode confundir) com atividade de gestão da corporação (mérito administrativo – conveniência e oportunidade); por outro lado, a análise feita pela advocacia consultiva pública nacional é inerentemente independente, pois não é subordinada tecnicamente a nenhuma outra instância governamental.

O desafio que deve ser enfrentado é diferenciar o papel atribuído, pela NLLC, aos dois atores da segunda linha de defesa: assessoramento jurídico e unidade de controle interno, a fim de que não haja sobreposição de competências e, especialmente, que o gestor não receba o mesmo produto de duas unidades com funções distintas. Isso deve ser feito, principalmente, no bojo dos regulamentos.

O conteúdo da atuação relativa ao controle prévio de legalidade da contratação atribuído ao assessoramento jurídico pela NLLC, deve ser compreendido de forma mais ampla do que a estrita legalidade, devendo compreender a ideia de juridicidade, levando-se em consideração a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, mesmo com duas ambiguidades, lacunas, incompletudes e conceitos indeterminados.

De todo modo, a assessoria jurídica não pode atuar isoladamente. Deve também ter conhecimento de outras áreas, como gestão, economia, controle, auditoria, não para sobrepor competências de outras áreas técnicas, mas para gerir-se melhor e saber coabitar com outros setores de forma coordenada, a fim de que a organização assessorada tenha melhores condições de atingir as finalidades institucionais e que a assessoria jurídica possa melhor identificar os riscos jurídicos potencialmente oriundos de decisões técnicas.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de boas práticas consultivas**. 4. ed. rev. amp. e atual. Brasília, DF: AGU, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaversaopadiao.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Secretaria Federal de Controle Interno. Instrução Normativa nº 3, de 9 de junho de 2017. Aprova o referencial técnico da atividade de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jun. 2017. Seção 1. p. 50. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19111706/do1-2017-06-12-instrucao-normativa-n-3-de-9-de-junho-de-2017-19111304. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **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. Brasília, DF: Senado Federal, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Seção 1. p. 2.

Disponível: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate à fraude e à corrupção**: aplicável a órgãos e entidades da administração pública. 2. ed. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/A0/E0/EA/C7/21A1F6107AD96FE6F18818A8/Referencial_combate_fraude_corrupcao_2_edicao.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Os agentes públicos na primeira linha de defesa**: empoderar para controlar. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2021.

DOTTI, Marinês Restelatto. **O papel das assessorias jurídicas na nova lei de licitações**. Observatório da Nova Lei de Licitações, [s. l.], 23 out. 2019. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2019/10/23/o-papel-da-assessoria-juridica-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 03 fev. 2022.

FRANCO NETO, Eduardo Grossi; ABREU, Thiago Elias Mauad. **70 grandes erros em licitações e contratos**: teoria, legislação e jurisprudência. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2019.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021.

HEINEN, Juliano. **Controle das licitações e contratos públicos**: linhas de defesa e atores. Observatório da Nova Lei de Licitações, [s. l.], 14 jan. 2020. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/control-e-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/>. Acesso em: 04 fev. 2022.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **IIA position paper**: the three lines of defense in effective risk management and control. [Lake Mary]: Institute of Internal Auditors, 2013. Disponível em: [https://www.iaa.nl/SiteFiles/IIA_leden/ippf%20pp%20the%20three%20lines%20of%20defense%20in%20effective%20risk%20management%20and%20control\[1\].pdf](https://www.iaa.nl/SiteFiles/IIA_leden/ippf%20pp%20the%20three%20lines%20of%20defense%20in%20effective%20risk%20management%20and%20control[1].pdf). Acesso em: 23 mar. 2022.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **IIA position paper**: the three lines of defense in effective risk management and control. [Lake Mary]: Institute of Internal Auditors, 2020. Disponível em: <https://www.theiaa.org/globalassets/site/about-us/advocacy/three-lines-model-updated.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS DO BRASIL. **Declaração de Posicionamento do IIA**: as três linhas de defesa na gestão eficaz de riscos e controles. São Paulo: Instituto dos Auditores Internos do Brasil, 2013. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41842/12/As_tres_linhas_de_defesa_Declaracao_de_Posicionamento.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.

INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS DO BRASIL. **Declaração de Posicionamento do IIA**: as três linhas de defesa na gestão eficaz de riscos e controles. São Paulo: Instituto dos Auditores Internos do Brasil, 2020. Disponível em: <https://iabrasil.org.br/korbillload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20072020131817.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.