

## EMENDA MODIFICATIVA Nº 16 - PLEN

Dê-se ao art. 24 do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, a seguinte redação:

“Art. 24. ....

.....

§ 2º As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios, ajustes e instrumentos congêneres devem ser submetidas ao prévio exame do órgão competente para consultoria e assessoramento jurídicos.

§ 3º Os agentes dos órgãos referidos no § 2º não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude, de apuração exclusiva pelo órgão correicional da respectiva instituição jurídica.”

### JUSTIFICATIVA

Segundo a atual redação do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

A referida disposição normativa tem gerado sensíveis dificuldades, no âmbito da Administração Pública, tanto para os advogados como para as áreas com atuação técnico-administrativa, tendo em vista que se incumbe à assessoria jurídica a **aprovação** das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. Ao utilizar a expressão “aprovadas”, o aludido preceito legal acaba por tratar, de maneira uniforme, as funções desempenhadas pelo advogado e pelo administrador na esfera pública, na medida em que a ambos é incumbida a responsabilidade pelos atos administrativos praticados.

A este respeito, deve-se inicialmente salientar que, enquanto o papel do advogado é de caráter **consultivo**, a função do administrador é de natureza eminentemente executiva, cabendo-lhe a formulação da política pública a ser posteriormente executada. Deste modo, ao dispor que minutas (ou seja, atos administrativos) serão “aprovadas” por advogados, o legislador ordinário acaba contrariar o tratamento que a Constituição de 1988 confere ao exercício da consultoria e do assessoramento jurídicos (vide os artigos 131 e 132 da Carta Magna).

Cumprе observar que o advogado integrante de assessoria jurídica possui atribuição diversa daquela desempenhada pelos órgãos técnico-administrativos, consoante a clássica doutrina italiana<sup>1</sup>, que tanto influxo exerceu sobre a Constituição Federal de 1988.<sup>2</sup> Destarte, em consonância com o art. 133 do texto constitucional e com o art. 7º, inciso I e § 2º, da Lei nº 8.906/1994, o advogado (público ou privado) é inviolável no seu exercício profissional.

---

<sup>1</sup> BELLI, Giuseppe. *Avvocatura dello Stato*. In: CALASSO, Francesco (Org.). **Enciclopedia del Diritto**. Milano: A.Giuffrè, 1959. v. 4. p. 670-671. MENESTRINA, Francesco. *L'avvocatura dello Stato in Italia e all'estero*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, n. 3, p. 201-233, 1931, p. 229.

<sup>2</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 163. MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008, passim. QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. *Funções essenciais à justiça: da Advocacia do Estado*. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). **Introdução ao Direito Previdenciário**. São Paulo: LTR, 1998. p. 229. SESTA, Mário Bernardo. **Advocacia-Geral da União: finalmente a racionalização**. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_16?artigos/art\\_racionaliza%C3%A7%C2%A6o.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_16?artigos/art_racionaliza%C3%A7%C2%A6o.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2005.

Ressalte-se também que o Tribunal de Contas da União, em reiterados julgados, reconhece a ausência de vinculação da área técnico-administrativa ao parecer jurídico exarado.<sup>3</sup>

Deste modo, é evidente o caráter opinativo do parecer jurídico, não havendo por que responsabilizar o advogado por manifestação que em nada vincula o administrador público. Isto, porém, não significa que o parecer é dispensável nas licitações e ajustes administrativos, haja vista que o exame jurídico constitui verdadeiro requisito de validade desses instrumentos, conforme abalizada doutrina<sup>4</sup>.

Por oportuno, insta observar que o art. 11, inciso VI, alínea “a”, da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), ao tratar das Consultorias Jurídicas, incumbem-lhes “examinar” os textos de edital de licitação, assim como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados. Por conhecer as nuances do exercício da Advocacia Pública, o legislador complementar entendeu que a manifestação jurídica, *in casu*, não se tratava de uma aprovação, mas sim de um exame dos atos praticados pela Administração. Garante-se, assim, a necessária independência entre as esferas jurídica e administrativa, permitindo que cada uma bem exerça a parcela de atribuições que a Constituição e as leis lhes conferem.

Por todas essas razões, entende-se que, em matéria de licitações, contratos administrativos e instrumentos congêneres, os Advogados Públicos não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude.

Ocorre que, recentemente, a Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, prevendo que:

---

<sup>3</sup> Alínea “e”, item 1.5, TC-022.942/2007-3, Acórdão nº 4.127/2008-1ª Câmara, DOU de 18.11.2008, S. 1, p. 73 e item 1.5.15, TC-012.201/2006-0, Acórdão nº 128/2009-2ª Câmara.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 372.

*“Art. 24.....*

*§ 2º O órgão de assessoramento jurídico da Administração é responsável pelo exame estritamente jurídico das minutas dos editais e dos contratos.*

*§ 3º O parecer jurídico que desaprovar edital, no todo ou em parte, poderá ser rejeitado pela autoridade superior em despacho motivado, que poderá se basear em pareceres externos ao órgão da Administração, oportunidade em que esta passa a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, sejam-lhe imputadas.”*

Da forma como estão redigidos, os §§ 2 e 3º do art. 24 não se coadunam com os princípios que regem a Administração Pública, além de contrariarem a exclusividade dos Advogados Públicos concursados no exercício de suas atribuições constitucionais e legais. Com efeito, o § 2º não é claro quanto à obrigatoriedade de atuação do órgão de assessoramento jurídico, limitando-se a prever que ele “é responsável pelo exame estritamente jurídico das minutas dos editais e dos contratos”. Ademais, o § 3º autoriza que haja “pareceres externos ao órgão da Administração”, no exercício da atividade de assessoramento jurídico.

Por óbvio, as referidas disposições não se harmonizam com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual entende que os Advogados Públicos **concurados** devem exercer, com exclusividade, suas competências. Para a Suprema Corte, o acesso aos cargos que integram a Advocacia Pública depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, nos termos do que prescreve a Constituição de 1988. Com efeito, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881/ES, o Ministro Relator, Celso de Mello, explicitou que:

*“[...] numa análise preliminar, parece **não haver lugar para nomeações em comissão** de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, **para o exercício de***

*funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica.” 1 (grifou-se)*

Considerando que nem os servidores ocupantes de cargos em comissão podem exercer as atribuições da Advocacia Pública, menos ainda poderiam tais competências ser desempenhadas por profissionais “externos ao órgão da Administração” - como pretende o art. 24, § 3º, do PLS nº 559, de 2013.

Desta forma, objetivando garantir as atribuições constitucionais e legais dos membros da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, apresenta-se esta emenda modificativa ao PLS 559, de 2013, a fim de harmonizar tal projeto aos parâmetros normativos aplicáveis.

Plenário,

Senador **RICARDO FERRAÇO**