

AGENTE PÚBLICO

REPRESENTAÇÃO JUDICIAL – ADVOCACIA PÚBLICA

PROCESSO N° : 227977/21
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO IGUAÇU
INTERESSADO : BOAVENTURA MANOEL JOÃO MOTTA
RELATOR : CONSELHEIRO FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

ACÓRDÃO N° 1221/22 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta – Possibilidade de que a defesa de agente público seja promovida pela advocacia pública – Necessidade de interesse público envolvido – Os atos praticados pelo agente devem estar vinculados ao exercício de suas funções ou atribuições constitucionais, legais ou institucionais – Necessidade de previsão legal – Necessidade de regulamentação pelo Poder Executivo – Possibilidade de autoridades e servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos sejam representados judicial ou administrativamente pela advocacia pública – Nova Lei de Licitações / Lei nº 14.133/21 – Possibilidade de representação pela advocacia pública é extensível ao agente público que não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato da licitação ou contratação questionado – Excetua-se da possibilidade de representação pela advocacia pública quando constarem provas de prática de atos ilícitos dolosos por parte das referidas autoridades e dos servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos – Impossibilidade de encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal que vise à contratação pelo Poder Municipal de advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta (peça 03) encaminhada pelo Sr. Boaventura Manoel João Motta, Prefeito de São Miguel do Iguaçu, com fundamento no art. 38 da Lei Orgânica e do art. 311 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, mediante os seguintes questionamentos:

- 1) Possibilidade das Procuradoras Municipais Efetivas e/ou dos Advogados que ocupam cargo em comissão realizarem a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais;
- 2) Possibilidade de encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal, que vise a contratação pelo Poder Municipal de Advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais;
- 3) Em sendo positivo o item acima, se o encaminhamento neste momento, em razão da situação de Pandemia, violaria à Lei Complementar 173/2020;
- 4) A necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a contratação dos referidos profissionais.

Foi apresentado Parecer Jurídico pelo Consultante (peça 04), que opinou pela apresentação de respostas nos seguintes termos:

- (i) Pela possibilidade de encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal, que vise a contratação pelo Poder Municipal de Advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais, pois os Procuradores efetivos do Município e os advogados em cargos em comissão não podem defendê-los, uma vez que devem ser fiel ao interesse público em caso de eventual conflito;
- (ii) Pelo entendimento de que a contratação de advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais, entretanto não configuram despesas com pessoal, logo não se enquadram no art. 8º da referida lei;
- (iii) Pelo entendimento de que a contratação de Advogado externo aos quadros da Administração Pública comporta e até mesmo exige a livre escolha, sem licitação.

Através do Despacho nº 306/21 (peça 07), a Consulta foi devidamente recebida, tendo em vista preencher seus pressupostos de admissibilidade.

A DJB – Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca, através da Informação nº 35/21 (peça 08), informou que encontrou algumas decisões sobre o tema.

A CGM – Coordenadoria de Gestão Municipal, através da Instrução nº 3708/21 (peça 11), opinou pela apresentação das seguintes respostas:

- 1) A representação judicial de agentes públicos por procuradores e assessores jurídicos municipais é possível desde que prevista em legislação própria e condicionada à defesa de atos praticados no exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do agente, e em conformidade com o interesse público.
- 2) É possível o encaminhamento de projeto de lei visando à criação de cargo público de procurador jurídico com a atribuição de representar judicialmente servidores públicos por atos praticados no exercício regular de suas funções públicas.
- 3) O inciso II do artigo 8º da LC nº 173/2020, proíbe, até 31 de dezembro de 2021, a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa, salvo se atendida a margem estabelecida legalmente para cada entidade/instituição, conforme tese fixada pelo Acórdão nº 3255/20 – Tribunal Pleno.
- 4) Conforme o Prejulgado nº 6 deste Tribunal, a contratação de assessoria jurídica deve ser efetivada, em regra, mediante concurso público. A terceirização somente é cabível quando observados os seguintes pressupostos: I) Comprovação de realização de concurso infrutífero; II) Procedimento licitatório; III) Prazo do art. 57, II, Lei 8.666/93; IV) Valor máximo pago à terceirizada deverá ser o mesmo que seria pago ao servidor efetivo; V) Possibilidade de ser responsabilizada pelos documentos públicos; e VI) Responsabilidade do gestor pela fiscalização do contrato.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 35/22 – PGC (peça 12), opinou pela apresentação de respostas nos seguintes termos:

- 1) A representação judicial de agentes públicos por procuradores e assessores jurídicos municipais é possível desde que haja estrutura organizacional para

tanto e não comprometa as atividades institucionais e legislação própria que regule as hipóteses, condições, requisitos e competências. Dentre as hipóteses, é inadmissível a assistência jurídica a servidor público que tenha praticado ato ilegal ou abusivo qualificado pelo erro grosseiro, dolo ou má-fé, além daqueles que evidencia conflito de interesse público e privado, as condutas criminosas, os atos de improbidade administrativa e os atos lesivos ao patrimônio público.

2) só é possível o encaminhamento de projeto de lei que visa acrescentar a atribuição de assistência jurídica ao servidor dentre as atribuições da procuradoria jurídica municipal, ou dos seus cargos de procurador, ou dos cargos a ele relacionados.

A terceirização de tal atividade não é possível dada a proibição prevista no Prejulgado nº 6 desta Corte de Contas, os quais a assessoria jurídica, aqui compreendida a totalidade das atividades de advocacia pública no município, deve ser executada por servidor efetivo.

Para fins de terceirização, o referido prejulgado contém requisitos para os quais são incompatíveis com a atividade que se pretende oferecer aos servidores públicos, devendo ainda considerar a vedação contida no artigo 39 da Constituição Estadual segundo a qual não pode ser terceirizado serviços que podem ser executados pelos servidores. Daí, portanto, a vedação à terceirização da assistência jurídica ao servidor.

3) a resposta a esta questão fica prejudicada tendo em vista que não é possível a criação de cargo para fins de oferecer assistência jurídica aos servidores públicos em razão da ausência de demanda que justifique tal ação. Todavia, é possível acrescentar dentre as atribuições da procuradoria jurídica, ou dos procuradores, ou dos cargos a eles relacionados, a defesa de servidor, de modo que este acréscimo não viola as disposições da LC nº 173/2020, não havendo qualquer aumento de despesa.

4) a resposta a esta questão restou prejudicada tendo em vista que o tema já foi abordado na questão nº 2.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

O primeiro questionamento formulado se refere à possibilidade de as Procuradoras Municipais Efetivas e/ou dos Advogados que ocupam cargo em comissão realizarem a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

A Constituição Federal incumbe à AGU – Advocacia Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União, cabendo-lhe as atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos seguintes termos:

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.

Apesar de não haver menção expressa no texto constitucional a respeito da possibilidade de defesa dos agentes que atuam em nome dos órgãos públicos, a teoria dos poderes implícitos possibilita a interpretação por tal possibilidade. Nos termos da teoria dos poderes implícitos, uma vez estabelecidas as competências e as

atribuições dos órgãos estatais, a autorização para a utilização dos meios necessários para o exercício de tais competências e atribuições estão implicitamente autorizadas pela Constituição.

Desse modo, ao atribuir à advocacia pública a competência para representação judicial e extrajudicial dos entes federados, a Constituição Federal autorizou, implicitamente, a defesa da conduta de seus agentes públicos, tendo em vista que tais agentes expressam a vontade dos órgãos públicos e, por consequência, a vontade do próprio ente federativo.

Nos termos da teoria do órgão, a vontade da pessoa jurídica de direito público deve ser atribuída aos órgãos que a compõe, por meio da desconcentração administrativa. Desse modo, os entes federativos manifestam a sua vontade por meio de seus órgãos públicos, que, por sua vez, são formados por agentes públicos. Tendo em vista que os órgãos públicos não possuem estrutura biopsicológica, não podendo exprimir vontades ou ações de modo independente ou autônomo, são os agentes públicos que exprimem tais vontades ou ações, sendo os responsáveis, por via de consequência, da vontade do próprio ente federativo.

Em suma, a atuação administrativa dos agentes públicos acaba por manifestar a própria vontade do ente federativo, possibilitando que a advocacia pública defenda seus atos, por meio da representação judicial ou extrajudicial de tais agentes no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regimentais.

Tal entendimento já foi exposto pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, e acompanhado pelo opinativo exarado pelo Ministério Público de Contas, nos seguintes termos:

Nesse diapasão, ao atribuir explicitamente à advocacia pública a representação dos entes da federação, implicitamente, incluiu de forma concomitante em seu rol de atribuições a defesa da conduta dos agentes públicos. Isso porque, nos termos da teoria do órgão, a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõe, por meio da desconcentração administrativa. Nessa perspectiva, corolário da teoria do órgão é a teoria da imputação volitiva, cuja consequência é a imputação da vontade do órgão público à pessoa jurídica correlata. Os entes federativos manifestam, pois, sua a vontade por meio de órgãos públicos.

[...]

Por sua vez, os órgãos públicos são plexos de atribuições, que, por não serem dotados de estrutura biopsicológica, são integrados pelos agentes públicos, nos termos da teoria eclética para caracterização do órgão público. Por conseguinte, a atuação administrativa dos agentes públicos, por integrarem os próprios órgãos públicos, manifestam a própria vontade do ente federativo, o que possibilita alcançar a atribuição implícita de atuação da Advocacia Geral da União na defesa de atos dos agentes públicos imputados à União e demais entidades descentralizadas de direito público." (AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 48.222 - PR (2014/0124733-2 – Ministro Relator Ribeiro Dantas)

Tendo em vista este fundamento constitucional, a AGU – Advocacia Geral da União foi autorizada expressamente a representar judicialmente os titulares e membros dos três Poderes da República, bem como dos ocupantes de cargos de direção e assessoramento superiores, inclusive dos cargos efetivos, quanto aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regimentais, conforme Lei nº 9.028/95, que dispõe sobre o exercício de suas atribuições institucionais, nos seguintes termos:

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

Desse modo, a atuação da advocacia administrativa em favor do agente público deve se restringir estritamente aos casos vinculados ao exercício de suas funções ou atribuições constitucionais, legais ou institucionais, uma vez que, nesses casos, há interesse público envolvido, pois a conduta é imputada ao próprio ente federativo. Nesses casos, é possível a defesa dos agentes públicos mesmo que se discuta a legalidade do ato, desde que não sejam flagrantemente contrários ao interesse público, uma vez que os atos administrativos podem sofrer o controle judicial de sua legalidade, conforme entendimento exarado pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

Percebe-se que a atuação da advocacia pública restringe-se aos casos em que os atos a serem defendidos vinculam-se estritamente ao exercício das atribuições constitucionais, legais e institucionais dos agentes públicos, caso em que há interesse público em fazê-lo, porquanto a conduta é imputada ao próprio ente federativo. Nesses casos, possível a defesa até mesmo na hipótese em que se discute a própria legalidade do ato praticado pelo agente, porquanto em seu favor milita presunção de legalidade. Importante perceber que o ato, em si, não é definido como ilícito pelo ordenamento, ou seja, a validade do ato administrativo será definida pela sindicabilidade judicial, motivo pelo qual possível a defesa do ato pela advocacia pública, desde que não seja flagrantemente contrário ao interesse público. (AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 48.222 - PR (2014/0124733-2 – Ministro Relator Ribeiro Dantas)

No entanto, a advocacia administrativa somente pode atuar na defesa do agente público quando a prática do ato não contrariar o interesse público. Há interesse da

Administração na defesa de atos praticados por seus agentes quando vinculados ao exercício de suas funções ou atribuições constitucionais, legais ou institucionais. No caso de ato pessoal do agente voltado contra o órgão público ou ente federativo, não se pode admitir que corram por conta da Administração o custeio de seu advogado, tendo em vista tal ato não refletir a vontade do órgão ou ente público.

Tal entendimento é compartilhado pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, conforme jurisprudências apresentadas pela CGM – Coordenadoria de Gestão Municipal, quais sejam:

EMENTA:PROCESSUALCIVIL-ADMINISTRATIVO-DISSÍDIOJURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.
2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.
3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo -se em ato imoral e arbitrário.
4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.
5. Recurso especial improvido. (AgRg no REsp 681571/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 29/06/2006, p. 176) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui diversos precedentes que, no âmbito de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, reconheceram configurada improbidade administrativa na contratação por prefeito de advogado privado, às expensas do erário, com o escopo de defender-se no âmbito de anterior ação civil pública.
2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário (AgREsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 29.06.06).
3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 798.100/RO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 09.11.09) (grifo nosso)

Em Consulta formulada ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se concluiu no mesmo sentido, qual seja, de que é possível que a advocacia pública atue na defesa de agentes públicos quando o ato esteja relacionado diretamente com o desempenho de suas funções e, por via de consequência, não contrarie os interesses do órgão ou entidade, nos seguintes termos:

CONSULTA. PROCURADORIA MUNICIPAL. PRELIMINAR. FORMULAÇÃO DE CONSULTA POR PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE. MÉRITO. DEFESA DE SERVIDORES OU AGENTES POLÍTICOS POR PROCURADORES MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. ATO OU OMISSÃO DIRETAMENTE RELACIONADO AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO. NECESSIDADE DE AUSÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES COM O MUNICÍPIO.

1. Embora não haja expressa previsão regimental, a formulação de consulta por procurador geral de município é legítima.

2. É possível que a Advocacia Pública atue na defesa de servidores ou agentes políticos municipais, desde que não haja conflito de interesses com o próprio ente federativo, órgão ou entidade, tendo em vista que a defesa desses agentes, em razão de ato ou omissão diretamente relacionados com o desempenho de suas funções não se trata de benefício pessoal do agente, mas de um atributo do cargo ou função com o objetivo de legitimar os atos legal e regularmente praticados pelos agentes públicos.

3. Caso ao final reste demonstrada a ilicitude do ato, o agente público poderá ser compelido a restituir ao erário o valor correspondente às despesas da Advocacia Pública. (Consulta nº 833220 – TCE-MG. Conselheiro Relator José Alves Viana) (grifo nosso)

Assim, conforme bem concluiu a CGM, a defesa do agente público pelos procuradores do município somente será legítima quando o ato praticado pelo agente não contrariar o interesse público.

Nos casos em que o agente público pratica conduta violadora do ordenamento jurídico, ou seja, condutas antinormativas, não há que se falar em interesse público na defesa do ato, tais como no caso de práticas de crimes, atos de improbidade administrativa ou atos lesivos ao patrimônio público, atacáveis por meio de ação popular.

Em atos que se caracterizam como crimes, a conduta do agente público está invariavelmente desatrelada do interesse público, havendo somente o interesse pessoal, uma vez que a responsabilidade penal é pessoal por excelência. O mesmo ocorre com os crimes funcionais, pois, apesar de o agente atuar no contexto da função pública, a imputação de crime funcional demonstra que a conduta foi realizada fora do plexo de suas atribuições ou competências públicas. Desse modo, quando não há interesse público envolvido, é inviável que a defesa do agente público seja realizada pela advocacia pública, pois o interesse é unicamente privado ou pessoal do agente.

Tratando deste tema, o STJ – Superior Tribunal de Justiça apresentou esse mesmo entendimento, nos seguintes termos:

Entrementes, se a conduta realizada pelo agente é, de per si, violadora do ordenamento jurídico, sendo definida, pois, como antinormativa não há falar em interesse público na defesa do ato. Na esfera penal, mesmo nos crimes não funcionais, a conduta criminosa imputada é invariavelmente desatrelada do interesse público primário, haja vista este se satisfaz com a incidência do devido processo legal na resolução das questões da materialidade da conduta imputada e da autoria no processo penal, e não na defesa do imputado para melhora em sua situação jurídica, temas estes que

invariavelmente se vinculam ao interesse unicamente pessoal do agente, afinal, a responsabilidade penal é pessoal por excelência.

Por sua vez, nos crimes violadores de bens jurídicos atrelados à Administração Pública, conquanto o agente atue no contexto do exercício da função pública ou em razão dela, ao ser imputado ao agente público um crime funcional, não resta dúvida que a conduta foi realizada fora do plexo de atribuições que lhe é conferida, portanto, inviável a imputação volitiva da conduta ao Estado. Nesse caso, a defesa realizada pela advocacia pública do servidor implicaria evidente conflito de interesses para a Administração Pública, porquanto se trata de interesse unicamente pessoal do agente público, e não público primário, até porque, para que este existisse, pressupor-se-ia o teratológico reconhecimento da responsabilização penal do Estado por atos de seus agentes, flagrantemente contrários aos interesses estatais, o que é repellido, inclusive, no âmbito do direito internacional penal, hipótese em que recai sempre sobre o indivíduo a culpa, como indica o art. 1º, c/c art. 25, 2, ambos do Estatuto de Roma. (AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 48.222 - PR (2014/0124733-2 – Ministro Relator Ribeiro Dantas)

Atos que caracterizam improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, também não se revestem de qualquer interesse público. Pelo contrário, tais atos são praticados contra o órgão ou ente público, não havendo interesses convergentes com a Administração que justifiquem que sua defesa seja patrocinada pela advocacia pública. O mesmo ocorre com a prática de atos lesivos que ensejem a sua anulação ou declaração de nulidade por meio de ação popular, nos termos da Lei nº 4.717/65, uma vez que tais atos são praticados em detrimento do interesse público, havendo interesses conflitantes entre o interesse público e o interesse privado do agente que praticou tais atos lesivos.

O STJ – Superior Tribunal de Justiça possui este mesmo entendimento sobre o tema, conforme bem citado no parecer exarado pelo Ministério Público de Contas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PREFEITO RÉU EM AÇÃO POPULAR. DEFESA JUDICIAL PROMOVIDA PELA PROCURADORIA MUNICIPAL. INTERESSES CONFLITANTES. DOLO GENÉRICO. REVISÃO DAS SANÇÕES. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal a quo condenou o ora recorrente pela prática de improbidade administrativa, por ter, na condição de prefeito, utilizado o serviço da procuradoria municipal para promover sua defesa jurídica pessoal em Ação Popular na qual o cidadão autor deduzira a nulidade de atos abusivos praticados no exercício do mandato, a saber, a substituição do brasão oficial por outro semelhante ao do seu partido político e promoção pessoal irregular em anúncios de serviços e obras públicas.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A caracterização de improbidade censurada pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico. Precedentes do STJ.

4. O próprio recorrente admite que encaminhou citação à procuradoria municipal para providências, o que evidencia sua atuação deliberada. Ademais, a alegação de que não houve outorga de procuração pessoal esbarra na Súmula 7/STJ, porquanto contraria a premissa fática do acórdão recorrido.

5. O STJ possui orientação firmada no sentido de que a defesa particular do agente por procurador público configura improbidade administrativa, salvo se houver interesse convergente da Administração.

6. A condenação está apoiada nas peculiaridades fáticas do caso concreto, não havendo desproporcionalidade flagrante que evidencie desrespeito ao art. 12 da LIA. In casu, a alteração das sanções impostas encontra óbice na Súmula 7/STJ.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e desprovido. (STJ: REsp 1229779/MG; Relator Ministro HERMAN BENJAMIN; DJe 05/09/2011). (grifo nosso)
“PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO – CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.

2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.

5. Recurso especial improvido.” (STJ: AgRg no REsp 681571/GO; Relatora Ministra ELIANA CALMON; DJ 29/06/2006 p. 176) (grifo nosso)
ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR PARA DEFESA DOS INTERESSES DO MUNICÍPIO. UTILIZAÇÃO DO CAUSÍDICO PARA ATUAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE AJUIZADA CONTRA O PREFEITO. DEFESA DE INTERESSE PESSOAL DO ALCAIDE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, configura uso ilícito da máquina pública a utilização de procurador público, ou a contratação de advogado particular, para a defesa de interesse pessoal do agente político, exceto nos casos em que houver convergência com o próprio interesse da Administração. Nesse sentido: REsp 703.953/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 03/12/2007, p. 262; AgRg no REsp 681.571/GO, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 29/06/2006, p. 176.

2. No caso em exame, apesar de a contratação do causídico ter ocorrido às expensas do Município, sua atuação profissional se deu exclusivamente na defesa jurídica e pessoal do chefe do Poder Executivo local, em duas ações de improbidade contra ele propostas.

3. Em se tratando de ação civil por improbidade administrativa, a vontade do legislador foi a de proteger a Administração Pública contra condutas inadequadas de seus agentes públicos, cujo contexto conduz à compreensão de que se colocam em disputa interesses nitidamente inconciliáveis. Em contexto desse jaez, não se pode conceber a possibilidade de que uma mesma defesa técnica em juízo possa, a um só tempo, atender simultaneamente ao interesse público da entidade alegadamente lesada e ao interesse pessoal do agente a quem se atribui a ofensa descrita na Lei de Improbidade.

4. Dessa forma, impõe-se o reconhecimento de que os dois réus implicados na presente ação de improbidade (o então Prefeito e o advogado particular contratado pelo Município) incorreram, de forma dolosa, nos atos de improbidade definidos na sentença de primeiro grau, que enquadrou suas condutas, respectivamente, nas hipóteses previstas nos arts. 9º, IV (Prefeito) e 11, I (Advogado), da Lei nº 8.429/92.

5. Recurso especial provido, com a determinação do oportuno retorno dos autos ao Tribunal de origem para que conclua, no seu resíduo, o julgamento das três apelações interpostas pelos litigantes." (STJ: REsp 1239153/MG; Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; DJe 29/11/2016) (grifo nosso)

Além desses casos, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/21, garante às autoridades e aos servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos a sua representação judicial ou administrativa pela advocacia pública, caso necessitem se defender nas esferas administrativa, controladora ou judicial, em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado no final da fase preparatória da licitação, nos seguintes termos:

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

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

I - (VETADO);

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

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

Desse modo, a advocacia pública do ente ou órgão público pode, por expressa disposição legal, representar judicial e administrativamente o agente público que tiver atuado em licitação ou contrato administrativo, quando necessite apresentar defesa em relação a ato praticado de acordo com parecer jurídico que aprecia o processo licitatório em sua fase preparatória.

Estão albergados por este direito de representação, inclusive, os agentes que não ocuparem mais o cargo, emprego ou função pública em que atuavam, uma vez que continuam a possuir responsabilidade pelos atos praticados na realização e condução de licitações e contratações mesmo após o seu desligamento do órgão ou entidade pública.

No entanto, tal possibilidade de representação pela advocacia pública não se aplica quando constarem nos autos do processo, judicial ou administrativo, provas de que o agente público praticou os ilícitos na sua forma dolosa, ou seja, quando há a intenção de sua prática.

Frente ao exposto, é plenamente possível que a defesa de agente público seja promovida pela advocacia pública, desde que haja interesse público envolvido, ou seja, desde que os atos praticados pelo agente estejam vinculados ao exercício de suas funções ou atribuições constitucionais, legais ou institucionais. Ressalta-se

que nos casos em que o agente público pratica conduta violadora do ordenamento jurídico não há que se falar em interesse público na defesa do ato, tais como no caso de práticas de crimes, atos de improbidade administrativa ou atos lesivos ao patrimônio público, atacáveis por meio de ação popular.

Para tanto, é necessário que seja encaminhado ao Poder Legislativo municipal projeto de lei para que seja inserida, dentre as atribuições das procuradorias ou assessorias jurídicas municipais, a defesa jurídica de agentes públicos quanto a atos praticados que atendam ao interesse público, no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares.

Além disso, é necessário que o Poder Executivo municipal regulamente tal dispositivo legal, para fins de estabelecer os legitimados a fruir da representação a ser exercida pela advocacia pública, as suas vedações, os meios de solicitação, e suas respectivas decisões e modos de impugnação, a exemplo da Portaria AGU nº 428, de 28/08/2019, que disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal.

Também é possível que as autoridades e os servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos sejam representados judicial ou administrativamente pela advocacia pública, caso necessitem se defender nas esferas administrativa, controladora ou judicial, em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado no final da fase preparatória da licitação, nos termos do art. 10 da Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/21. Tal possibilidade de representação pela advocacia pública é extensível, inclusive, ao agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

Excetua-se da possibilidade de representação pela advocacia pública quando constarem provas, nos autos do processo administrativo ou judicial, de prática de atos ilícitos dolosos por parte das referidas autoridades e servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos.

O segundo questionamento do Consultante se refere à possibilidade de encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal que vise à contratação pelo Poder Municipal de Advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

O Prejulgado nº 06 deste Tribunal de Contas prevê que a contratação de assessoria jurídica deve ser realizada, via de regra, através de concurso público. Nos termos do referido Prejulgado, a contratação de serviços jurídicos por meio de terceiros somente pode ser realizada quando preenchidos os seguintes pressupostos: a) comprovação de realização de concurso infrutífero; b) procedimento licitatório; c) necessidade de observância do prazo do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93; d) valor

máximo pago à terceirizada deverá ser o mesmo que seria pago ao servidor efetivo; e) possibilidade de a terceirizada ser responsabilizada pelos documentos públicos; f) responsabilidade do gestor pela fiscalização do contrato.

Desse modo, revela-se incabível o encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal que vise à contratação pelo Poder Municipal de advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais, uma vez que tal tarefa deve ser atribuída à procuradoria ou assessoria jurídica municipal, conforme acima exposto, somente podendo haver terceirização de serviços jurídicos nas hipóteses previstas no Prejulgado nº 06 deste Tribunal de Contas.

O terceiro questionamento do Consulente se refere, em sendo o positivo o item acima, se o encaminhamento neste momento, em razão da situação de Pandemia, violaria à Lei Complementar 173/2020.

No entanto, verifico que tal questionamento revela-se prejudicado, uma vez que o segundo questionamento se revelou negativo. Além disso, a Lei Complementar 173/2020 teve sua vigência encerrada em 31 de dezembro de 2021 quanto à vedação de aumento de despesas, prevista em seu art. 8º.

O quarto questionamento também se revela prejudicado, referente à necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a contratação dos referidos profissionais. Conforme resposta ao segundo questionamento, é incabível o encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal que vise à contratação pelo Poder Municipal de advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

Em face de todo o exposto, voto no sentido de que deve o Tribunal de Contas do Estado do Paraná responder à presente Consulta nos seguintes termos:

I - Possibilidade das Procuradorias Municipais Efetivas e/ou dos Advogados que ocupam cargo em comissão realizarem a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

É plenamente possível que a defesa de agente público seja promovida pela advocacia pública, desde que haja interesse público envolvido, ou seja, desde que os atos praticados pelo agente estejam vinculados ao exercício de suas funções ou atribuições constitucionais, legais ou institucionais. Ressalta-se que, nos casos em que o agente público pratica conduta violadora do ordenamento jurídico, não há que se falar em interesse público na defesa do ato, tais como no caso de práticas de crimes, atos de improbidade administrativa ou atos lesivos ao patrimônio público, atacáveis por meio de ação popular.

Para tanto, é necessário que seja encaminhado ao Poder Legislativo municipal projeto de lei para que seja inserida, dentre as atribuições das procuradorias ou

assessorias jurídicas municipais, a defesa jurídica de agentes públicos quanto a atos praticados que atendam ao interesse público, no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares.

Além disso, é necessário que o Poder Executivo municipal regulamente tal dispositivo legal, para fins de estabelecer os legitimados a fruir da representação a ser exercida pela advocacia pública, as suas vedações, os meios de solicitação, e suas respectivas decisões e modos de impugnação, a exemplo da Portaria AGU nº 428, de 28/08/2019, que disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal.

Também é possível que as autoridades e os servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos sejam representados judicial ou administrativamente pela advocacia pública, caso necessitem se defender nas esferas administrativa, controladora ou judicial, em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado no final da fase preparatória da licitação, nos termos do art. 10 da Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/21. Tal possibilidade de representação pela advocacia pública é extensível, inclusive, ao agente público que não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

Excetuam-se da possibilidade de representação pela advocacia pública quando constarem provas, nos autos do processo administrativo ou judicial, de prática de atos ilícitos dolosos por parte das referidas autoridades e servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos.

II - Possibilidade de encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal, que vise a contratação pelo Poder Municipal de Advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

É incabível o encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal que vise à contratação pelo Poder Municipal de advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais, uma vez que tal tarefa deve ser atribuída à procuradoria ou assessoria jurídica municipal, conforme acima exposto, somente podendo haver terceirização de serviços jurídicos nas hipóteses previstas no Prejulgado nº 06 deste Tribunal de Contas.

III - Em sendo positivo o item acima, se o encaminhamento neste momento, em razão da situação de Pandemia, violaria à Lei Complementar 173/2020.

Resposta prejudicada, em razão da resposta negativa ao item anterior e em razão da Lei Complementar 173/2020 ter sua vigência encerrada em 31 de dezembro de 2021 quanto à vedação de aumento de despesas, prevista em seu art. 8º.

IV - A necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a contratação dos referidos profissionais.

Resposta prejudicada, em razão da resposta negativa ao questionamento nº 02.

V - Determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encaminhamento destes autos à Coordenadoria de Execuções para o devido registro e adoção das medidas cabíveis.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, por unanimidade, responder à presente Consulta nos seguintes termos:

I - Possibilidade das Procuradorias Municipais Efetivas e/ou dos Advogados que ocupam cargo em comissão realizarem a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais;

É plenamente possível que a defesa de agente público seja promovida pela advocacia pública, desde que haja interesse público envolvido, ou seja, desde que os atos praticados pelo agente estejam vinculados ao exercício de suas funções ou atribuições constitucionais, legais ou institucionais. Ressalta-se que, nos casos em que o agente público pratica conduta violadora do ordenamento jurídico, não há que se falar em interesse público na defesa do ato, tais como no caso de práticas de crimes, atos de improbidade administrativa ou atos lesivos ao patrimônio público, atacáveis por meio de ação popular;

Para tanto, é necessário que seja encaminhado ao Poder Legislativo municipal projeto de lei para que seja inserida, dentre as atribuições das procuradorias ou assessorias jurídicas municipais, a defesa jurídica de agentes públicos quanto a atos praticados que atendam ao interesse público, no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

Além disso, é necessário que o Poder Executivo municipal regulamente tal dispositivo legal, para fins de estabelecer os legitimados a fruir da representação a ser exercida pela advocacia pública, as suas vedações, os meios de solicitação, e suas respectivas decisões e modos de impugnação, a exemplo da Portaria AGU nº 428, de 28/08/2019, que disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal;

Também é possível que as autoridades e os servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos sejam representados judicial ou administrativamente pela advocacia pública, caso necessitem se defender nas esferas administrativa, controladora ou judicial, em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado no final

da fase preparatória da licitação, nos termos do art. 10 da Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/21. Tal possibilidade de representação pela advocacia pública é extensível, inclusive, ao agente público que não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado;

Excetuam-se da possibilidade de representação pela advocacia pública quando constarem provas, nos autos do processo administrativo ou judicial, de prática de atos ilícitos dolosos por parte das referidas autoridades e servidores públicos que participem da realização de licitações e contratos;

II - Possibilidade de encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal, que vise a contratação pelo Poder Municipal de Advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais.

É incabível o encaminhamento de Projeto de Lei à Câmara Municipal que vise à contratação pelo Poder Municipal de advogado para a defesa judicial de servidores da Administração Pública em decorrência da prática de atos funcionais, uma vez que tal tarefa deve ser atribuída à procuradoria ou assessoria jurídica municipal, conforme acima exposto, somente podendo haver terceirização de serviços jurídicos nas hipóteses previstas no Prejulgado nº 06 deste Tribunal de Contas;

III - Em sendo positivo o item acima, se o encaminhamento neste momento, em razão da situação de Pandemia, violaria à Lei Complementar 173/2020;

Resposta prejudicada, em razão da resposta negativa ao item anterior e em razão da Lei Complementar 173/2020 ter sua vigência encerrada em 31 de dezembro de 2021 quanto à vedação de aumento de despesas, prevista em seu art. 8º;

IV - A necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a contratação dos referidos profissionais;

Resposta prejudicada, em razão da resposta negativa ao questionamento nº 02;

V - Determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encaminhamento destes autos à Coordenadoria de Execuções para o devido registro e adoção das medidas cabíveis.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Sala das Sessões, 21 de julho de 2022 – Sessão nº 8.

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Presidente