

Título : A DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS PREVISTA NA LEI Nº 14.133/2021
Autor : Marinês Restelatto Dotti

A DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS PREVISTA NA LEI Nº 14.133/2021

MARINÊS RESTELATTO DOTTI

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito Público. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública. Currículo atualizado: <http://lattes.cnpq.br/5561970349382628>.

Sumário: 1. Introdução. 2. Requisitos da manifestação jurídica e segregação de funções. 3. Defesa de agentes públicos. 4. Patrocínio de ação judicial ou administrativa, em defesa de agente público, segundo o Tribunal de Contas da União. 5. Escolha da advocacia pública ou de escritório de advocacia privado, custeado pela administração. 6. Manifestação jurídica produzida por profissional não pertencente ao quadro permanente da instituição e não acatamento de manifestação jurídica justificado por fundamento jurídico razoável. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Consoante estabelece o art. 10 da Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações, se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora e judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 da Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial, inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

Não será permitida a defesa dos agentes públicos, na forma estatuída no art. 10 da Lei, quando provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Acórdão nº 1221/22 - Tribunal Pleno. Consulta. Processo 227977/21. Relator Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimaraes) há precedente a respeito da aplicação do art. 10 da nova Lei de Licitações. Confira-se:

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 e 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.

Esquadrinham-se, neste texto, as definições, aplicação e desdobramentos advindos da defesa de agentes públicos nas esferas administrativa, controladora e judicial em razão de ato praticado em processos de licitação e contratação da administração pública.

2. REQUISITOS DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA E SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

Dispõe o citado § 1º do art. 53 da Lei nº 14.133/2021 que na elaboração do parecer jurídico o órgão de assessoramento jurídico da administração deverá apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade e redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica.

Cumpra à assessoria jurídica realizar controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação, seja esta precedida de licitação ou realizada de forma direta, por dispensa ou inexigibilidade. No exercício dessa atribuição, há que se observar o princípio da segregação de funções previsto no art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

A segregação de funções deve encontrar aplicabilidade nas atividades técnicas, jurídicas e administrativas relacionadas aos processos de contratação, ou seja, na individualização de tais atividades. A atividade administrativa não se confunde com atividade jurídica. Esta, por sua vez, não se confunde com atividade técnica estranha ao Direito. Nesse sentido, passo importante foi dado pela Advocacia-Geral da União por meio de seu “Manual de boas práticas consultivas” e de suas orientações normativas, que distinguem atribuições de órgãos consultivos de opiniões técnicas, funções administrativas e decisões baseadas em conveniência ou oportunidade.

De acordo com o referido Manual, notadamente a Boa Prática Consultiva nº 07, a manifestação consultiva que adentrar questão jurídica, com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico, deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

Significa, pois, que não é permitido à assessoria jurídica imiscuir-se na escolha do objeto da contratação, adentrando no campo da oportunidade e da conveniência do gestor. Se este pretende adquirir automóveis, não compete à assessoria jurídica manifestar-se no sentido de que a aquisição deva ser de motocicletas; se pretende contratar serviços de vigilância, não cabe à assessoria jurídica decidir que melhor seria a contratação de recepcionistas.

Tem o gestor público a discricionariedade de optar pela contratação do objeto que, a seu juízo, melhor atenda ao interesse público, não podendo a assessoria jurídica adentrar no mérito dessa escolha. O prolator de uma manifestação jurídica não se transforma num gestor público. Todavia, é dever da assessoria jurídica pronunciar-se quando verificar que o objeto da contratação afronta normas e princípios, passando a orientar o gestor público, de forma motivada, para que não prossiga no seu intento. Ex.: a contratação de bem de luxo, cuja vedação encontra-se no art. 20 da Lei nº 14.133/2021.

Dispõe a Orientação Normativa nº 54, de 25 abril de 2014, da Advocacia-Geral da União, que compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável. Ainda, a Orientação Normativa nº 16, de 1º de abril de 2009, estabelece a competência da administração para averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, por tratar-se de atividade administrativa e não jurídica, cabe ao setor administrativo competente aquilatar a veracidade do atestado de exclusividade exigido pela Lei Geral de Licitações.

Extrai-se, dos conteúdos produzidos pela Advocacia-Geral da União, que a assessoria jurídica não deve emitir manifestações sobre assuntos técnicos e administrativos, cujo conhecimento não domina (como, por exemplo, no tocante à definição da natureza do objeto da licitação, ou, ainda, a definição acerca da natureza da despesa) ou cuja atribuição não lhe compete (atividade administrativa de competência de setor ou departamento específico da administração, como, por exemplo, averiguar a autenticidade ou validade de um documento entranhado nos autos do processo ou, ainda, averiguar se os preços pesquisados são os praticados no mercado).

Suscitada dúvida sobre assunto de natureza técnica ou administrativa, cumpra-lhe (ao setor

jurídico) encaminhá-la ao setor técnico ou administrativo competente para a emissão do parecer/laudo/opinião pertinente, do qual extrairá elementos para o fim de proceder ao enquadramento jurídico que for adequado.

3. DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS

Dispõe o *caput* do art. 10 da Lei nº 14.133/2021 que se as “autoridades competentes e os servidores públicos” que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata a 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 da Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do “agente público”, sua representação judicial ou extrajudicial.

Nada obstante o art. 10, em sua parte inicial, referir-se à possibilidade de utilização da advocacia pública por “autoridades competentes” e “servidores públicos”, a parte final do dispositivo e seu §2º expressam a faculdade de os “agentes públicos” utilizarem a advocacia pública para a sua representação judicial ou extrajudicial, inclusive na hipótese de o “agente público” não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

Na definição da 14.133/2021, o agente público constitui-se no indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da administração pública (art. 6º, inciso V); a autoridade, por sua vez, constitui-se no agente público dotado de poder de decisão (art. 6º, inciso VI). No âmbito do Decreto federal nº 10.947/2022, o qual regulamenta o inciso VII do *caput* do art. 12 da Lei nº 14.133/2021, autoridade competente é o agente público com poder de decisão indicado formalmente como responsável por autorizar as licitações, os contratos ou a ordenação de despesas realizados no âmbito do órgão ou da entidade, ou, ainda, por encaminhar os processos de contratação para as centrais de compras de que trata o art. 181 da Lei.

Dispõe o art. 7º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 que caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar “agentes públicos” para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei, que sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública.

De acordo com a nova Lei de Licitações, dentre a generalidade de funções exercidas em processos de licitação e de contratação direta, deverão ser desempenhadas por agentes públicos, que sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública.

Agente público, em sentido *lato* - alcança todo aquele que presta qualquer atividade pública ao Estado, no sentido mais amplo possível dessa expressão -, no desempenho de suas funções e nas relações jurídico-administrativas de que fazem parte ou em que atuam.

Segundo a Lei nº 8.112/1990, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, cometido a um servidor. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. Cargo efetivo é o que decorre de concurso de provas ou de provas e títulos, ou seja, a pessoa que passa a ter vínculo permanente com a administração pública após aprovação em concurso público. O cargo em comissão, que também integra os quadros da administração, é aquele em que seu ocupante o exerce mediante provimento provisório, sendo exonerável a qualquer tempo, a critério exclusivo da administração. Embora integrantes dos quadros do órgão ou entidade licitadora, os cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas que não guardam vínculo permanente com a administração.

No âmbito da administração pública, existem as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (art. 37, inciso V, da Constituição Federal) e os cargos em comissão, os quais podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira,

de acordo com percentuais estabelecidos na respectiva lei de criação (art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal). Significa, pois, que os cargos em comissão devem ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

Para a Lei nº 14.133/2021, agente público é o indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da administração pública. A Lei adotou conceito amplo de agente público, de sorte que, quaisquer de suas espécies ou categorias foram agasalhadas pelo comando legal. Não importa o caráter estatutário ou contratual da função, a determinação ou a indeterminação temporal do seu exercício, o recebimento ou não de remuneração, a integração formal do seu exercício em órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta. Importa para a aplicação do art. 10 da Lei nº 14.133/2021, que o agente público, em sentido *lato* (servidor público, cargo em comissão sem vínculo com a administração, contratado temporário, etc.), para valer-se da advocacia pública para a promoção de sua defesa em razão de ato praticado em processo de licitação ou contratação, esteja no desempenho de atividade pública.

4. PATROCÍNIO DE AÇÃO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA, EM DEFESA DE AGENTE PÚBLICO, SEGUNDO O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No âmbito do Tribunal de Contas da União há precedentes admitindo o patrocínio de ação judicial ou de ação no âmbito administrativo, em defesa de agente público, exercido por escritório de advocacia privado custeado com recursos da administração, desde que o ato praticado pelo agente não seja manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público. A razão da vedação é simples: se o ato é manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público inexistente interesse público nesse custeio. A contratação de advogado para a defesa de agente público configura pagamento ilegal, quando caracterizadas tais hipóteses, tanto ser vedado o emprego de recursos financeiros públicos para defender o agente que atuou em detrimento do interesse público.

Assim:

A despesa relativa à contratação de advogado para atuar na defesa de dirigente de órgão ou entidade públicos não pode ser custeada por tais entes, quando o ato praticado pelo gestor for manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público ou, ainda, quando a imputação lhe tiver sido dirigida de forma pessoal, não havendo interesse da instituição a ser defendido (Acórdão nº 1193/2019 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, Processo nº 014.184/2012-5);

PAGAMENTO DE DESPESA REFERENTE À CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA PATROCÍNIO DE DEFESA JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COM VERBAS DO CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA.

1. A despesa relativa à contratação de advogado para atuar na defesa de dirigente de órgão ou entidade públicos não pode ser custeada pelos cofres daqueles entes quando o ato praticado pelo gestor for manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público (Acórdão nº 2.055/2013 – Segunda Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Processo nº 012.030/2012-0).

No Acórdão acima (nº 2.055/2013 – Segunda Câmara), sumariou a Corte de Contas Federal, ainda, que não pode ser custeada pelos cofres de órgão ou entidade pública a despesa com a contratação de advogado para a defesa de gestor quando a imputação lhe houver sido dirigida de forma pessoal. Sublinhe-se-se o teor:

De igual modo, também não há de ser custeada pelos cofres de órgão ou entidade pública a despesa referente à contratação de causídico para a defesa de gestor quando a imputação lhe tiver sido dirigida, de forma pessoal, e não haja interesse do ente a ser defendido.

Em outro precedente, extrai-se a seguinte orientação do Tribunal de Contas da União:

[...] 1.10.2. abstenha-se de efetuar o pagamento de serviços advocatícios para defesa de dirigentes e ex-dirigentes quando o processo judicial ou administrativo decorrer da prática de atos contrários ao ordenamento constitucional, legal ou regulamentar, bem como aos Acórdãos deste Tribunal, por não se configurarem presentes os requisitos estabelecidos no parágrafo único do art. 21 do Estatuto Social

5. ESCOLHA DA ADVOCACIA PÚBLICA OU DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PRIVADO, CUSTEADO PELA ADMINISTRAÇÃO

A expressão “a critério do agente público”, contida no texto do art. 10 da Lei nº 14.133/2021, significa que o agente público poderá, à sua escolha, valer-se da advocacia pública para o exercício de sua representação judicial ou extrajudicial, ou, ainda, de escritório de advocacia privado, custeado pela administração, para a defesa do ato impugnado.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, há a Portaria nº 428, de 28 de agosto de 2019, a qual disciplina os procedimentos relativos à representação judicial de agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028/1995, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal.

De acordo com o art. 2º da Portaria, a representação de agentes públicos em juízo somente ocorrerá mediante solicitação do interessado e desde que o fato questionado tenha ocorrido no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, devendo o requerimento demonstrar a existência de interesse público da União, suas respectivas autarquias e fundações ou das instituições mencionadas no art. 22 da Lei nº 9.028/1995.

Ainda segundo a Portaria, é vedada a representação judicial do agente público pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal quando se observar:

(a) não haver relação entre o fato ocorrido e o estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

(b) não ter sido o fato questionado judicialmente objeto de análise prévia do órgão de consultoria ou assessoramento jurídico competente, quando exigível;

(c) ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico, ou equivalente, competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo;

(d) incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

(e) que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente: i. tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal; ii. tenha sido reconhecida, em caráter definitivo, em processo administrativo disciplinar ou por órgãos de controle; ou iii. tenha sido admitida por ele próprio;

(f) a existência de litígio judicial com a pessoa jurídica de direito público da administração federal de que seja integrante, inclusive por força de litisconsórcio necessário ou intervenção de terceiros, desde que relacionada ao fato em que o pedido de representação se baseia; não incide esta vedação na hipótese em que o agente público pretenda levar a juízo pessoa jurídica de direito público da administração federal diversa daquela que integra, desde que preenchidos os requisitos do art. 2º da Portaria.

(g) que se trata de pedido de representação, como parte autora, em ações de indenização por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;

(h) não ter o requerimento atendido aos requisitos mínimos exigidos pelos artigos 5º e 6º da Portaria; ou

(i) o patrocínio concomitante por advogado privado.

Da conjugação do art. 10 da Lei nº 14.133/2021, dos julgados do Tribunal de Contas da União e da Portaria nº 428, de 28 de agosto de 2019, da Advocacia-Geral da União, extrai-se que a representação judicial ou extrajudicial de agentes públicos que participaram dos procedimentos relacionados às licitações e contratos do órgão ou entidade poderá ser exercida pela advocacia pública

ou, ainda, patrocinada por escritório de advocacia privado, custeado com recursos da administração, à escolha do agente público ou autoridade (não pode haver representação judicial ou extrajudicial concomitante com o patrocínio por advogado privado), desde que:

(a) o ato praticado pelo agente público não seja manifestamente ilegal ou incompatível com o interesse público;

(b) a imputação não tenha sido dirigida ao agente público de forma pessoal, inexistindo interesse do ente a ser defendido;

(c) o ato praticado pelo agente público, questionado na esfera judicial, de controle ou administrativa, decorra de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 da nova lei;

(d) o ato questionado decorra do exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do agente público, competindo-lhe demonstrar a existência de interesse público do ente a ser defendido;

(e) inexistam, nos autos do processo administrativo ou judicial, provas da prática de atos ilícitos dolosos praticados por esses agentes, atos estes que podem configurar ilícitos civis, penais e, ainda, decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa;

(f) a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente: i. não tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal; ii. não tenha sido reconhecida, em caráter definitivo, em processo administrativo disciplinar ou por órgãos de controle; ou iii. não tenha sido admitida por ele próprio;

(g) inexistência de litígio judicial com a pessoa jurídica de direito público da administração federal de que seja integrante, inclusive por força de litisconsórcio necessário ou intervenção de terceiros, desde que relacionada ao fato em que o pedido de representação se baseia; e

(h) que não se trate de requerimento de representação ou patrocínio, como parte autora, em ações de indenização por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente.

6. MANIFESTAÇÃO JURÍDICA PRODUZIDA POR PROFISSIONAL NÃO PERTENCENTE AO QUADRO PERMANENTE DA INSTITUIÇÃO E NÃO ACATAMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA JUSTIFICADO POR FUNDAMENTO JURÍDICO RAZOÁVEL

Exsurtem dois questionamentos, os quais visam a legitimar o requerimento do agente público para que seja representado judicial ou extrajudicialmente pela advocacia pública ou o requerimento para que possa obter o patrocínio em ação judicial ou no âmbito administrativo, por escritório de advocacia privado, custeado com recurso da administração: o primeiro deles, na hipótese de o responsável pela elaboração do parecer jurídico, que serviu de base para a prática do ato administrativo ou para a tomada de decisão pelo agente público, não ser servidor ou empregado concursado (procurador ou advogado público), não pertencente, portanto, ao quadro permanente da instituição, mas sim, profissional contratado (advogado privado), estaria legitimado o patrocínio da defesa do agente por escritório de advocacia custeado pela administração ou a representação judicial ou extrajudicial pela advocacia pública? O segundo questionamento: e no caso de o agente público não acatar o parecer jurídico, mas em sua motivação de rejeição apresentar fundamento jurídico razoável, é legítimo o requerimento para representação judicial ou extrajudicial pela advocacia pública ou o requerimento para o patrocínio de sua defesa por escritório de advocacia, custeado pela administração, quando impugnado o ato ou decisão?

Sobre o primeiro questionamento, sublinhe-se que a realização de concurso público é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, por meio do qual: (a) aferem-se aptidões necessárias aos ocupantes de cargos e empregos públicos na administração pública; (b) privilegia-se o sistema de mérito; (c) proporciona-se aos interessados participarem do certame em igualdade de condições; (d) selecionam-se os candidatos mais aptos a firmarem a relação jurídica estatutária ou laboral conforme o vínculo a ser encetado; e (e) afasta-se a prática ilegítima do nepotismo.

Como assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CR/88, art. 5º, caput). (RE nº 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/04/2016).

O edital de abertura do concurso público, que é considerado a lei do certame, descreve a habilitação exigida para o exercício dos cargos e as atribuições correspondentes, portanto, ao aprovado em concurso compete exercer as atividades legalmente previstas para o cargo que assume.

Existindo o cargo de procurador ou advogado público, aprovado em concurso público, a este competirá a consultoria e o assessoramento ao agente público nos processos administrativos de licitação e contratação, sendo ilícita, por isso, a terceirização de atividades advocatícias previstas em plano de cargos de órgão ou entidade pública.

A propósito, assim assentou o Tribunal de Contas da União:

As atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo são de competência exclusiva da Advocacia-Geral da União, entre as quais se inclui a emissão do parecer prévio e obrigatório sobre a aprovação de minutas de contratos e de convênios a que alude o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Tais atribuições não podem ser substituídas pelas opiniões emitidas por servidores, civis ou militares, bacharéis em Direito, sendo-lhes facultado, no máximo, auxiliar os trabalhos jurídicos dos membros da AGU (Acórdão nº 3.241/2013–Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 027.630/2010-2).

A Constituição Federal prevê o exercício de funções de confiança e cargos em comissão, os quais devem ser criados por lei, destinando-se, apenas, às atribuições de direção, chefia e assessoramento¹ na administração pública, sendo, respectivamente, preenchidos ou exercidos mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou.

O Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido de que a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais. O tema, objeto do Recurso Extraordinário (RE 1041210), teve repercussão geral reconhecida e julgamento de mérito no plenário virtual. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Portanto, existindo, na administração pública, o cargo de procurador ou advogado, aprovado em concurso público, a este competirá a consultoria e o assessoramento ao agente público nos processos administrativos de licitação e contratação. O cargo comissionado, segundo a Corte Suprema, somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, próprias do cargo concursado.

É sabido que existem inúmeros órgãos e entidades, sobretudo prefeituras municipais e suas secretarias, que não possuem quadro de procuradores ou advogados concursados. Neste caso, para a emissão de manifestação jurídica, em cumprimento do disposto no art. 53, da Lei nº 14.133/2021, a solução haverá de ser a contratação de profissionais (advogados privados) para o assessoramento jurídico, aptos ao exercício do controle prévio da legalidade em processos administrativos de licitação e contratação. Em municípios, portanto, o órgão de assessoramento jurídico tanto pode ser constituído por técnicos concursados (procuradores ou advogados públicos), onde existirem, como, também, constituído de profissionais (advogados privados) contratados pela instituição para o exercício do controle prévio da legalidade da contratação, onde não existir corpo técnico formado por advogados públicos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que os municípios não têm a obrigação de instituir procuradorias, por ausência de previsão na Constituição Federal (RE 1156016 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 28/09/2018).

A existência de prévio parecer jurídico sobre a licitação ou a contratação, a respaldar o ato ou decisão do agente público no processo da contratação, poderá, portanto, advir de profissionais (advogados privados) contratados para exercerem atividades de consultoria e assessoramento jurídico para a instituição, constituindo-se na base para o requerimento, pelo mesmo agente público, de patrocínio por escritório de advocacia privado, custeado com recursos da administração, em ação judicial ou em âmbito administrativo, ou requerimento de representação, desde que: (a) o ato ou decisão tenha se baseado no referido parecer jurídico; (b) o ato questionado decorra do exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do agente público; (c) seja demonstrada a existência de interesse público do ente a ser defendido; (d) a imputação não tenha sido dirigida ao agente público de forma pessoal, inexistindo interesse do ente a ser defendido; e (e) inexistam, nos autos do processo administrativo ou judicial, provas da prática de atos ilícitos dolosos praticados por esses agentes.

Sobre o segundo questionamento, qual seja, de ser legítima a representação judicial ou extrajudicial de agente público, pela advocacia pública, ou de patrocínio de sua defesa por escritório de advocacia, custeado pela administração, na hipótese de ter sido rejeitado o parecer jurídico, mas motivada a rejeição pelo mesmo agente, com base em fundamento jurídico razoável, são as considerações.

A manifestação jurídica que realizar o controle prévio da legalidade das licitações e contratações não vinculam o administrador público, como já decidido no âmbito do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 7.249/2016 – Segunda Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, Processo nº 026.884/2010-0; Acórdão nº 6.165/2015 – Primeira Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Processo nº 022.495/2013-4; e Acórdão nº 521/2013 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Processo nº 009.570/2012-8), do Supremo Tribunal Federal (HC 155020 AgR / DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 05-11-2018; e MS 29.137/DF, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJe de 28.02.2013) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 827.445–SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 5.8.2010; e RHC 46102, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, DJe 24/09/2015).

Em caso de discordância do parecer jurídico, cumpre ao agente público expor as razões de fato e de direito que a fundamentam, consoante preceitua o art. 50 da Lei nº 9.784/1999, *verbis*:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

O parecer jurídico que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderá ser motivadamente rejeitado pelo agente público do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.

Interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça assentou o seguinte entendimento:

[...] 3. É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade (REsp nº 827.445–SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 05/08/2010).

Não se presume vício de conduta quando o agente público acata a manifestação jurídica, porque originária de quem possui formação em Direito, cujo parâmetro seria o conhecimento que se pode exigir de sua formação profissional, detentor, portanto, de qualificação e habilitação técnica suficientes

para se pronunciar sobre temas dessa área.

No tocante ao questionamento, legítima será a representação ou o patrocínio requerido pelo agente público, havendo plausibilidade na motivação de rejeição do parecer jurídico emitido e inexistindo questão de fato que desconstitua a presunção de boa fé em sua manifestação. A heterogeneidade de ideias é valor constitucional e ilumina a possibilidade de permitirem-se opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, desde que fundamentadas e em lícita compatibilidade com o interesse público.

Esse, também, é o entendimento que se extrai da Portaria nº 428, de 28 de agosto de 2019, da Advocacia-Geral da União, ou seja, o entendimento no sentido de ser legítima a representação judicial quando plausível (razoável) a motivação de rejeição do parecer jurídico, ao estabelecer que é vedada a representação judicial do agente público pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal quando se observar ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, “salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo”.

7. CONCLUSÃO

Autoridades competentes e servidores públicos, ou seja, agentes públicos que tiverem participado de procedimentos relacionados a licitações e contratos e que precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora e judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 da Lei nº 14.133/2021, poderão valer-se da advocacia pública para promover sua representação judicial ou extrajudicial. A representação abrange, inclusive, a hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado, sendo vedada quando provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

Do texto do art. 10 da nova Lei de Licitações extraem-se as seguintes diretrizes e conclusões:

(a) importa para sua aplicação que o agente público, em sentido *lato* (servidor público, cargo em comissão sem vínculo com a administração, contratado temporário etc.), para valer-se da advocacia pública para a promoção de sua defesa em razão de ato praticado em processo de licitação ou contratação, esteja no desempenho de atividade pública;

(b) no âmbito do Tribunal de Contas da União há precedentes admitindo o patrocínio de ação judicial ou de ação no âmbito administrativo, em defesa de agente público, exercido por escritório de advocacia privado custeado com recursos da administração, desde que o ato praticado pelo agente não seja manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público;

(c) a representação judicial ou extrajudicial de agentes públicos que participaram dos procedimentos relacionados às licitações e contratos do órgão ou entidade poderá ser exercida pela advocacia pública ou, ainda, patrocinada por escritório de advocacia privado, custeado com recursos da administração, à escolha do agente público (não pode haver representação judicial ou extrajudicial concomitante com o patrocínio por advogado privado), desde que:

- o ato praticado pelo agente público não seja manifestamente ilegal ou incompatível com o interesse público;

- a imputação não tenha sido dirigida ao agente público de forma pessoal, inexistindo interesse do ente a ser defendido;

- o ato praticado pelo agente público, questionado na esfera judicial, de controle ou administrativa, decorra de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 da nova lei;

- o ato questionado decorra do exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do agente público, competindo-lhe demonstrar a existência de interesse público do ente a ser defendido;

- inexistam, nos autos do processo administrativo ou judicial, provas da prática de atos ilícitos dolosos praticados por esses agentes, atos estes que podem configurar ilícitos civis, penais e, ainda, decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa;

- a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente: i. não tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal; ii. não tenha sido reconhecida, em caráter definitivo, em processo administrativo disciplinar ou por órgãos de controle; ou iii. não tenha sido admitida por ele próprio;

- inexistência de litígio judicial com a pessoa jurídica de direito público da administração federal de que seja integrante, inclusive por força de litisconsórcio necessário ou intervenção de terceiros, desde que relacionada ao fato em que o pedido de representação se baseia; e

- que não se trate de requerimento de representação ou patrocínio, como parte autora, em ações de indenização por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente.

(d) a existência de prévio parecer jurídico sobre a licitação ou a contratação, a respaldar o ato ou decisão do agente público no processo da contratação, poderá advir de profissionais (advogados privados) contratados para exercerem atividades de consultoria e assessoramento jurídico para a instituição, constituindo-se na base para o requerimento, pelo mesmo agente público, de patrocínio por escritório de advocacia privado, custeado com recursos da administração, em ação judicial ou em âmbito administrativo, ou requerimento de representação pela advocacia pública, desde que:

- o ato ou decisão tenha se baseado no referido parecer jurídico;

- o ato questionado decorra do exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do agente público;

- seja demonstrada a existência de interesse público do ente a ser defendido;

- a imputação não tenha sido dirigida ao agente público de forma pessoal, inexistindo interesse do ente a ser defendido; e

- inexistam, nos autos do processo administrativo ou judicial, provas da prática de atos ilícitos dolosos praticados por esses agentes;

(e) é legítima a representação ou o patrocínio requerido pelo agente público, havendo plausibilidade na motivação de rejeição de parecer jurídico emitido e inexistindo questão de fato que desconstitua a presunção de boa fé em sua manifestação.

¹ Cargos comissionados no serviço público destinam-se apenas às funções de chefia e assessoramento. Assim, todas as demais atividades de órgãos estatais devem ser exercidas por servidores concursados. Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal validou decisão do Conselho Nacional de Justiça que considerou irregular a contratação, por parte do Tribunal de Justiça da Paraíba, de 100 assistentes de administração nomeados sem concurso público (Pet 4656, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19.12.16).

Como citar este texto:

DOTTI, Marinês Restelatto. A defesa de agentes públicos prevista na Lei nº 14.133/2021. Zênite Fácil. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>, categoria Doutrina. Publicado em: 05 ago. 2022.