

PROCOLO Nº: 227977/21
ORIGEM: MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO IGUAÇU
INTERESSADO: BOAVENTURA MANOEL JOÃO MOTTA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 35/22

I – Consulta. Possibilidade de a advocacia pública municipal prestar assistência jurídica ao servidor público em decorrência da prática de atos funcionais, desde que estes atos sejam legais ou ilegais ou abusivos praticados com erro não grosseiro ou de boa-fé;

II – Impossibilidade de criação de cargos para tal fim, dado que não é função institucional do órgão assegurar assistência jurídica a seus servidores. Serviço meramente ampliativo das assistências assegurada ao servidor, cuja inexpressiva demanda não justifica a criação de cargo;

III – Não é possível a terceirização da assistência jurídica de servidor público tendo em vista a vedação contida no Prejulgado nº 6 e o disposto no artigo 39 da Constituição Estadual;

IV – O mero acréscimo de atribuição de assistência jurídica ao órgão da procuradoria jurídica, ou a seus cargos relacionados, não viola a LC nº 173/2020 dado que o acréscimo referido não demanda aumento da despesa de pessoal.

Trata-se de procedimento de **Consulta** formulado pelo prefeito do **Município de São Miguel do Iguaçu**, cujas questões foram assim redigidas

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.

A **Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (SJB)**, por meio da **Informação nº 35/21** (peça nº 8), em consulta à sua base de dados retornou o Prejulgado nº 6 e mais quatro Acórdãos relacionados a temática.

A **Coordenadoria de Gestão Municipal (CGM)**, na **Instrução nº 3708/21** (peça nº 11), que opinou pelas seguintes respostas:

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;

Resposta: 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) 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;

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

Resposta: 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 n.º 3255/20 - Tribunal Pleno.

4) A necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a contratação dos referidos profissionais.

Resposta: Conforme o Prejulgado n.º 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.*

É, em síntese, o relatório.

A presente Consulta foi formulada pelo prefeito municipal de São Miguel do Iguçu, sendo autoridade legitimada a manejar o referido instrumento processual. As questões foram formuladas de forma objetiva e tratou de situações em tese, não vislumbrando que eventual resposta possa antecipar o julgamento de caso concreto.

Note-se também que a temática tratada nas questões se refere a representação jurídica de servidor público por órgão de advocacia pública, o que se insere nas competências desta Corte de Contas.

Sendo assim, preenchidos os requisitos regimentais para o processamento desta Consulta, **opina-se pelo seu conhecimento**.

Quanto ao **mérito**, a primeira questão suscita a dúvida quanto a possibilidade da Procuradoria Municipal ou de advogados ocupantes de cargos em comissão representar judicialmente os servidores municipais nos casos da prática de atos funcionais.

A resposta a esta primeira questão será subdividida em três pontos: atos funcionais legais, atos funcionais ilegais e atos funcionais ilegais qualificados.

i) Atos funcionais legais

Os atos funcionais são aqueles praticados pelos servidores públicos lotados no respectivo órgão que representa o Estado. Os servidores públicos representam a atividade volitiva do órgão, é o elemento subjetivo, a personificação da vontade estatal, sem a qual não há atividade estatal. Nesse sentido, os atos funcionais praticados pelos servidores públicos em observância às normas constitucionais, legais e regulamentares gozam da presunção de legitimidade, imperatividade, executoriedade e exigibilidade, ou seja, são válidos e eficazes.

Nestes casos, eventual responsabilidade recai sobre a pessoa política a qual o servidor pertence, de modo que admitir-se-á ilegitimidade passiva em eventual medida judicial. Não se denota necessária a autorização legal para a atuação da advocacia pública na defesa de agente público que praticou ato válido e eficaz, uma vez que a defesa deste é justamente a defesa da própria entidade.

É dever do órgão jurídico prestar a assistência jurídica ao servidor, inclusive representando-o judicialmente em sua defesa, se assim requerer.

ii) Atos funcionais ilegais

Há, entretanto, atos administrativos que assumem contornos de antinormatividade, que de algum modo viola disposições constitucionais, legais e

regulamentares, cujo elemento volitivo revela certa ignorância ou desconhecimento da estrutura normativa que o reveste – ou que deveria revestir-se –, bem como decorrente de erro de interpretação ou adoção de interpretação minoritária, inclinando para uma ilegalidade pura simplesmente.

O termo “pura simplesmente” não significa reduzir ou afastar a ilegalidade, ou tolerá-la dada a sua simplicidade, mas ao contrário, é justamente sublinhar que a legalidade pura não é uma constância social e que as correções devem ser implementadas a todo o tempo.

Nesse sentido, os atos ilegais “pura simplesmente” seriam aqueles praticados por conduta comissiva ou omissiva, cujo elemento subjetivo compreende o erro não grosseiro (culpa leve e levíssima) e a boa-fé.

Extraí-se tais elementos do contido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a atualizada 4.657/42, que em seus dispositivos determina sopesar os atos praticados no âmbito da administração pública, cujo controle judicial ou administrativo, quando da prolação de suas decisões sancionatórias, evidencie o erro grosseiro ou dolo do agente público.

Daí então que, a nosso ver, os atos ilegais “pura simplesmente”, a *contrario sensu*, seriam aqueles em que o elemento volitivo contenha o erro não grosseiro ou a boa-fé.

Além dos atos ilegais, há também atos praticados com abuso de poder, ou seja, aqueles em que o ato foi praticado com excesso de poder ou em desvio de finalidade. O primeiro refere-se ao ato praticado não se encontra dentro das atribuições do agente, ou seja, é incompetente para o seu ato. O segundo é quando o agente pratica o ato visando fim diverso do que está previsto para a sua competência.

Tanto os atos ilegais quanto o abuso de poder podem ser corrigidos por meio do mandado de segurança e, caso tenham sido praticados com culpa ou boa-fé, e desde que lei específica autorize, não denota óbice para que o servidor autor seja defendido judicialmente pela procuradoria jurídica do órgão que pertence.

Entretanto, a jurisprudência tem apontado que o conflito de interesses entre o ente federado e o servidor, este não poderá se valer da representação judicial do órgão jurídico da entidade:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE DEVERES DE MORALIDADE JURÍDICA E LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES. CONSULTORIA JURÍDICA E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL SIMULTÂNEA DO MUNICÍPIO E DOS SERVIDORES. CONFLITO DE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO. DANO IN RE IPSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO INCORPÓREO.

1. Considerando que o Município contratou advogado exclusivamente para defender interesses da Administração, caracteriza ato de improbidade administrativa a autorização do Prefeito aos seus subalternos, permitindo-lhes a utilização dos

serviços jurídicos do causídico para duvidosa finalidade pública - defesa em relação à acusação penal e com denúncia recebida por prática de crime de falsificação de documento público, dispensa irregular de licitação, contratação e designação irregular de servidores, desvio e emprego ilegal de verbas públicas e formação de quadrilha -, evidenciando forte indício de conflito de interesses público e privado.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "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" (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2006).

3. Mais grave ainda a violação dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé objetiva quando a defesa de atos pessoais, tidos por criminosos, dos servidores é disfarçada como serviços "gratuitos" do advogado contratado às expensas do contribuinte.

4. O simples fato de a conduta do agente não ocasionar dano ou prejuízo ao Erário não significa que seja impassível de reprimenda, nos termos dos arts. 11, caput, e 12, III, da Lei 8.429/92, pois "a lesividade decorre da ilegalidade. Está ela in re ipsa. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente, no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável a existência de lesão" (STF: RE 567460). Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido tão-somente para anular o acórdão de origem, determinando-se nova apreciação do recurso de apelação do Ministério Público local, observadas as diretrizes de hermenêutica do art. 11, caput, da Lei 8.429/1992. (STJ: REsp 490259/RS; Relator Ministro HERMAN BENJAMIN; DJe 04/02/2011).

No tocante ao modelo que se pretende implementar a representação judicial do servidor público, pode-se visualizar três formatos: 1) contratação de advogado por meio de licitação ou sua dispensa, ou por inexigibilidade; 2) atribuição à Defensoria Pública para tal mister; e 3) atribuição à Procuradoria Jurídica do ente.

O **primeiro modelo** deve ser afastado tendo em vista o contido no Prejulgado nº 6 desta Corte de Contas, que veda a terceirização de atividades de assessoria jurídica, devendo este termo ser interpretado extensivamente para alcançar toda a atividade jurídica de um órgão de advocacia pública, inclusive a representação judicial.

Note-se que não é possível atender ao menos um requisito da terceirização contido no referido prejulgado, que é o que trata do “valor máximo pago à terceirizada deverá ser o mesmo que seria pago ao servidor efetivo”.

Em casos tais, a contratação de advogado para a defesa de servidor público deverá ser fixada pelo valor total do serviço, e não pelo valor mensal como se servidor fosse. Ainda que este valor total seja parcelado mensalmente, não é possível aferir se o é maior ou menor ao pago a um servidor efetivo tendo em vista que este executa inúmeras atividades no dia a dia da administração municipal cuja contraprestação é o seu salário mensal, enquanto o advogado contratado assumirá apenas a atividade de defesa do servidor público. Desse modo, são atividades incompatíveis entre si para fins do atendimento ao requisito fixado no Prejulgado nº 6.

Para arrematar, a Constituição do Estado do Paraná, em seu artigo 39, veda a contratação de serviços de terceiros que possam ser executados pelos servidores públicos:

Art. 39. É vedada a contratação de serviços de terceiros para a realização de atividades que possam ser regularmente exercidas por servidores públicos, bem como para cobrança de débitos tributários do Estado e dos Municípios.

O **segundo modelo** já foi objeto de leis estaduais atribuindo à Defensoria Pública a defesa de servidores públicos quando este pratica ato no exercício regular de suas funções. No entanto, o STF declarou inconstitucional dispositivo contido em lei do estado do Rio Grande do Sul que assegurava tal direito ao servidor público:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.

2. *Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.*

3. *Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.*

4. *Ação julgada parcialmente procedente. (STF: ADI 3022; Rel. Min. Joaquim Barbosa; DJ 04/03/2005).*

Nesse sentido, tal modelo não deve ser implementado.

O **terceiro modelo** é o que mais se alinha à estrutura constitucional da Administração Pública, de modo que passemos aos seus detalhes visando contribuir para a sua instituição.

Dada a autonomia político-administrativa dos municípios, se estes intentam implementar a representação judicial de seus servidores, poderão fazê-lo por lei própria, sugerindo-se que o faça de forma simétrica ao consignado para a União, qual seja, autorizando o seu órgão de advocacia pública promover a referida representação.

Portanto, esta simetria se inicia primeiro pela existência de órgão de representação jurídica do ente federado, ou seja, deve a estrutura administrativa do ente contemplar o órgão da procuradoria jurídica com servidores efetivos e comissionados, bem como estrutura para execução da atividade de representação judicial dos servidores sem o comprometimento das suas atribuições de advocacia pública primária, qual seja, representar o ente público.

Tal desenho organizacional parte da interpretação do capítulo IV da Constituição Federal, que trata **das funções essenciais à justiça**, dos quais constitui-se da seção I relativo ao **Ministério Público**; a seção II que trata da **Advocacia Pública**; a seção III que se refere à **Advocacia**; e a seção IV da **Defensoria Pública**.

Todo o capítulo IV não se refere expressamente às procuradorias jurídicas municipais ou de seus procuradores e procuradoras. No entanto, o STF, no RE 663.696 – tema 510 dos assuntos de repercussão geral, ao submeter os procuradores municipais ao teto de 90,25% do subsídio dos ministros do STF, considerou que assim o fez porque tais agentes públicos se inserem nas funções essenciais da justiça. Eis, em parte, a ementa do RE 663.696:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL

ACERCA DO TETO APLICÁVEL AOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E NÃO DO PREFEITO. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.

2. O teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao thema decidendum, preservar as funções essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário.

3. Os Procuradores do Município, consecutivamente, devem se submeter, no que concerne ao teto remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da Constituição da República.

4. A hermenêutica que exclua da categoria “Procuradores” - prevista no art. 37, XI, parte final, da CRFB/88 – os defensores dos Municípios é inconstitucional, haja vista que ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet.

5. O termo “Procuradores”, na axiologia desta Corte, compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz que a mesma ratio legitima, por seu turno, a compreensão de que os procuradores municipais, também, estão abrangidos pela referida locução. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE 562.238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 17.04.2013; RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 18.03.2011.

(...)

11. Recurso extraordinário PROVIDO. (STF: RE 663.696/MG, Rel. Ministro Luiz Fux; DJe 22/08/2019).

Nesse sentido, assim como a União – e daí já se referindo a segunda simetria –, nos termos do artigo 22¹, *caput*, da Lei 9.028/95, o ente

¹ 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,

municipal poderá atribuir ao seu órgão de advocacia pública a assistência jurídica dos seus servidores.

Tal atribuição deverá ser realizada por lei municipal, que poderá regular com maior ou menor extensão, seja estabelecendo apenas a defesa no âmbito judicial ou incluindo os procedimentos extrajudiciais.

É de boa prática que se estabeleça na respectiva lei local a) as hipóteses de atuação da advocacia pública na defesa do servidor; b) os requisitos necessários para formalização do pedido por parte do agente público; c) a previsão de que a assistência não poderá ser de ofício, devendo ser provocada pelo servidor que a ela necessita; e d) a competência privativa do procurador municipal para decidir sobre o deferimento ou não da assistência.

O atendimento das letras “a” e “b” supracitadas sugere-se como subsídio a elaboração da lei respectiva o que se encontra previsto na Portaria AGU nº 428, de 28/08/2019, da Advocacia-Geral da União, que disciplina a representação judicial dos servidores federais, segundo a qual dispõe:

Art. 6º O requerimento de que trata o art. 5º deverá ser instruído, no mínimo, com os seguintes elementos:

I - demonstração de enquadramento funcional do agente público nas hipóteses previstas no § 1º do art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995;

II - demonstração da presença de nexo de causalidade entre o fato questionado e o exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do interessado;

III - demonstração da existência de interesse público da União, de suas autarquias e suas fundações públicas, quanto à defesa do fato questionado;

IV - manifestação do órgão jurídico consultivo, de assessoramento ou equivalente a respeito do fato questionado;

V - declaração expressa acerca da existência ou da inexistência, acerca do mesmo fato, de:

- a) sindicância ou processo administrativo disciplinar;*
- b) processos administrativos em trâmite perante órgãos de fiscalização e controle;*
- c) representação perante comissão de ética ou órgão correspondente.*

(...)

quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

Art. 11 É vedada a representação judicial do agente público pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal quando se observar:

I - não haver relação entre o fato ocorrido e o estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

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

III - 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;

IV - incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

V - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente:

a) tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

b) tenha sido reconhecida, em caráter definitivo, em processo administrativo disciplinar ou por órgãos de controle; ou

c) tenha sido admitida por ele próprio.

VI - 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;

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

VIII - não ter o requerimento atendido aos requisitos mínimos exigidos pelo art. 5º e 6º; ou

IX - o patrocínio concomitante por advogado privado.

No tocante a atuação de ofício por parte do órgão jurídico do município, tal impossibilidade visa preservar o interesse do servidor de se ver defendido por quem este confia, além de resguardá-lo da sobreposição do interesse público secundário do ente municipal.

Deve-se considerar ainda que a análise do pedido de representação judicial do servidor é de conteúdo eminentemente técnico-jurídico, devendo a

decisão ser tomada por pessoa com formação em direito, de modo que é prudente incluir na referida lei a competência privativa do procurador municipal para decidir quanto ao deferimento ou não do referido pedido, afastando eventuais avocação do ato decisório por quem não tem conhecimento técnico.

iii) Atos funcionais ilegais e abuso de poder qualificados

O artigo 28² da Lei nº 4.657/42 (LINDB) estabelece a responsabilidade pessoal do agente público nos casos de dolo ou erro grosseiro.

Nos termos do § 1º do artigo 12 do Decreto nº 9.830/2019, “*Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”.

O dolo é a vontade livre, consciente, de praticar um ato ilegal ou abusivo, inclusive quando o agente assume o risco de produzir o resultado ilegal ou abusivo. A má-fé guarda o elemento do dolo, somando-se o meio pelo qual é praticado o ato, ou seja, fazendo uso da fraude, do engodo, da dissimulação, cujo ambiente não se aspire o interesse público.

Tanto os atos ilegais quanto o abuso de poder praticado com erro grosseiro, dolo ou má-fé contrariam o interesse público e viola os princípios da legalidade e moralidade administrativa, sendo vedada a atuação da advocacia pública assistir juridicamente o servidor que o praticou.

É pacífica a jurisprudência do STJ de que os casos em que o servidor pratica crime, ato de improbidade administrativa e atos lesivos ao patrimônio público não podem ser assistidos pela advocacia pública do ente federado:

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.

² Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

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).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DO ART. 325, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 10 DA LEI N. 9296/1996. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DE AGENTE PÚBLICO PELA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE IMPUTAÇÃO AO ENTE FEDERATIVO DE ATO CRIMINOSO APURADO. CONFLITO DE INTERESSES. AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FORMAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Aplicando-se a teoria dos poderes implícitos, reiteradamente aplicável pela jurisprudência pátria, cuja origem remete ao julgamento do caso *McCulloch versus Maryland* pela Suprema Corte americana, em 1819, 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.

2. 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 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.

3. A Advocacia-Geral da União foi, pois, legalmente autorizada a representar judicialmente os titulares e membros dos três Poderes da República, bem como os ocupantes de cargos de direção e assessoramento superiores, quanto aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regimentais, nos termos art. 22 da Lei n. 9.028/1995, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31.8.2001.

4. 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. Precedentes.

5. Se a conduta realizada pelo agente é, de per si, violadora do ordenamento jurídico, sendo definida, pois, como antinomativa, 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.

6. 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 o art. 25, 2, ambos do Estatuto de Roma (Decreto 4.388/2002).

7. *In concreto, ao recorrente, servidor de carreira da Controladoria-Geral da União, são imputados os crimes tipificados nos arts. 325, § 2º, do Código Penal e 10 da Lei n. 9.296/1996, quando, à época, exercia o cargo em comissão de Assessor Especial de Controle Interno do Ministério da Educação. Ainda, vê-se ter sido imputado ao réu a prática do crime de violação do sigilo funcional qualificado, porquanto a sua conduta resultou dano efetivo à Administração Pública. Indubitavelmente, não há interesse público na defesa da suposta conduta de divulgação de informações acobertadas por sigilo, que teria comprometendo parcialmente a eficácia e acarretado retardamento da investigação sigilosa, denominada "Operação Sinapse". Vislumbra-se unicamente o interesse público na apuração do fato imputado, não na defesa do réu imputado, a qual não ultrapassa a esfera de interesse pessoal do agente público. Destarte, mostra-se ilegal a representação processual do réu pela Advocacia Geral do União, motivo pelo qual o agravo regimental deve ser inadmitido por falta de regularidade formal.*

8. *Agravo regimental não conhecido. (STJ: AgRg no RHC 48222/PR; Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 24/02/2017)*

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE DEVERES DE MORALIDADE JURÍDICA E LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES. CONSULTORIA JURÍDICA E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL SIMULTÂNEA DO MUNICÍPIO E DOS SERVIDORES. CONFLITO DE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO. DANO IN RE IPSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO INCORPÓREO.

1. *Considerando que o Município contratou advogado exclusivamente para defender interesses da Administração, caracteriza ato de improbidade administrativa a autorização do Prefeito aos seus subalternos, permitindo-lhes a utilização dos serviços jurídicos do causídico para duvidosa finalidade pública - defesa em relação à acusação penal e com denúncia recebida por prática de crime de falsificação de documento público, dispensa irregular de licitação, contratação e designação irregular de servidores, desvio e emprego ilegal de verbas públicas e formação*

de quadrilha -, evidenciando forte indício de conflito de interesses público e privado.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "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" (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2006).

3. Mais grave ainda a violação dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé objetiva quando a defesa de atos pessoais, tidos por criminosos, dos servidores é disfarçada como serviços "gratuitos" do advogado contratado às expensas do contribuinte.

4. O simples fato de a conduta do agente não ocasionar dano ou prejuízo ao Erário não significa que seja impassível de reprimenda, nos termos dos arts. 11, caput, e 12, III, da Lei 8.429/92, pois "a lesividade decorre da ilegalidade. Está ela in re ipsa. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente, no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável a existência de lesão" (STF: RE 567460). Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido tão-somente para anular o acórdão de origem, determinando-se nova apreciação do recurso de apelação do Ministério Público local, observadas as diretrizes de hermenêutica do art. 11, caput, da Lei 8.429/1992. (STJ: REsp 490259/RS; Relator Ministro HERMAN BENJAMIN; DJe 04/02/2011).

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).*

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).*

Nesse sentido, inadmissível a defesa de servidor público quando este pratica ato ilegais ou abusivos qualificados pelo erro grosseiro, dolo ou má-fé.

A segunda questão refere-se à possibilidade de encaminhamento de projeto de lei que autorize a contratação de advogado para a defesa judicial de servidores municipais em razão da prática de atos funcionais.

Textualmente o questionamento leva-nos a imaginar duas situações: uma de que a lei autorizasse a contratação de advogado por meio da criação de cargo público, seja de caráter efetivo ou comissionado; e a outra é de que a lei autorizasse a contratação de advogado por meio de dispensa, inexigibilidade ou formal procedimento licitatório.

Esta última situação deve ser afastada de plano tendo em vista o disposto no Prejulgado nº 6 desta Corte de Contas, que não admite a contratação de profissionais da advocacia por meio do procedimento ordinário de despesa, salvo algumas exceções previstas no próprio prejulgado, exceções estas que não se insere na hipótese destes autos, conforme já se anotou alhures.

Portanto, a primeira situação é o que cabe melhor aprofundamento da análise.

Não se observa dentro das finalidades institucionais do poder público municipal a assistência jurídica a seus servidores públicos. Tal prática pode assumir um papel que não é de competência do município, assemelhando-se ao órgão da defensoria pública, de competência do Estado-membro.

A assistência jurídica dos servidores municipais deve ser enfrentada sob o prisma de ampliação dos serviços públicos tendo como destinatários os servidores públicos. Esta ampliação não decorre de uma obrigação constitucional ou legal, de modo que a sua instituição é facultativa, porém, se implementada, torna-se obrigatória quando preenchido os requisitos.

O alinhamento mais próximo das disposições constitucionais acerca da advocacia pública seria a inserção da assistência jurídica dentre as atribuições da procuradoria jurídica municipal, ou dos cargos a ela relacionados. De todo modo, esta assistência não poderia ser plena e automática, de modo que eventual conflito entre os interesses do servidor e da entidade, esta assistência deverá ser declinada em razão dos interesses da entidade.

Nesse sentido, em resposta ao questionamento, não é possível que lei municipal autorize a contratação de advogado para a defesa de servidor público, seja pela impossibilidade de terceirização já discorrido em tópico supra, ou mesmo a criação de cargo público de advogado ou procurador, tendo em vista a baixa demanda deste serviço que justifique a contratação.

Todavia, é possível a inclusão, por lei, de atribuições à procuradoria jurídica, ou aos cargos já criados e a ela relacionados, para atuar na defesa de servidores públicos.

O terceiro questionamento suscita a dúvida se a remessa da lei referida no segundo questionamento violaria as disposições da Lei Complementar nº 173/2021.

A resposta a esta questão se encontra prejudicada em razão da desnecessidade de criação de cargos para tal fim, devendo tão somente incluir nova atribuição a procuradoria jurídica para que atue na defesa de servidor público quando da prática de ato funcional.

A quarta questão trata da necessidade ou não da realização de procedimento licitatório para a contratação de advogado para a defesa de servidor público.

A resposta a esta questão também se encontra prejudicada uma vez que não se admite o encaminhamento de lei que autorize a contratação de advogado para a defesa de servidor público. Tal defesa só é possível pela procuradoria jurídica, desde que tenha atribuição para tanto e lei específica que regulamente a assistência jurídica.

Ante o exposto, este **Ministério Público de Contas** entende presente os requisitos para o conhecimento da presente Consulta e, no mérito, sugere as seguintes respostas:

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;

Resposta: 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) 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;

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

Resposta: 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 necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para a contratação dos referidos profissionais.

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

Curitiba, 10 de fevereiro de 2022.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas