AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.915 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. NUNES MARQUES**
REQTE.(S)	: ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - ANAPE
ADV.(A/S)	: VICENTE MARTINS PRATA BRAGA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): Regularizada a representação processual da requerente, reconsidero a decisão de eDoc 46 e passo ao exame da ação.

Discute-se a constitucionalidade do art. 10 da Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que atribui à Advocacia Pública a representação judicial e extrajudicial de agentes públicos por atos praticados em procedimentos licitatórios e contratuais com observância de orientação constante em parecer jurídico.

A requerente sustenta que a União, a pretexto de editar normas gerais de licitação e contratação (CF, art. 22, inciso XXVII), invadiu a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para organizar seus serviços, impondo às respectivas procuradorias a defesa pessoal de agentes públicos.

1. Das preliminares

1.1. Da legitimidade ativa

Reconheço a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape), com fundamento

no art. 103, inciso IX, da Constituição Federal, que confere às entidades de classe de âmbito nacional a prerrogativa de instaurar o controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo a jurisprudência desta Corte, essa qualificação pressupõe a representação de categoria profissional ou econômica homogênea de abrangência nacional, ordinariamente aferida pela presença da entidade em, ao menos, nove Estados da Federação. Exige-se, ainda, pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e o conteúdo da norma impugnada.

A Anape congrega, em âmbito nacional, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e tem entre seus objetivos estatutários (Estatuto Social, art. 3º) a defesa das prerrogativas institucionais e funcionais da categoria, a valorização da advocacia pública e a propositura de ações de controle de constitucionalidade destinadas a resguardá-las (eDoc 3).

A pertinência temática é manifesta. A norma questionada atribui à Advocacia Pública a representação judicial e extrajudicial de agentes públicos por atos praticados em procedimentos licitatórios e contratuais, repercutindo diretamente nas funções da categoria representada.

Destaco, ainda, que este Tribunal já reconheceu, em outras oportunidades, a legitimidade ativa da associação autora para o controle concentrado de constitucionalidade, a exemplo do ocorrido na ADPF 328 AgR, Red. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgada em 18 de agosto de 2016.

1.2. Da preliminar de ausência de impugnação específica

A Procuradoria-Geral da República suscita preliminar de

conhecimento parcial da ação, ao argumento de que, embora a requerente postule a declaração de inconstitucionalidade integral do art. 10 da Lei n. 14.133/2021, a fundamentação apresentada se limita à incidência da norma sobre os entes subnacionais, sem demonstrar a invalidade de sua aplicação no âmbito da União.

A preliminar não merece acolhimento.

O ônus da impugnação específica exige identificação do objeto questionado e exposição dos fundamentos jurídicos da alegada inconstitucionalidade. Não impõe, contudo, a exposição de argumentos autônomos para cada uma das possíveis hipóteses de aplicação da norma sob invectiva.

No caso, a Anape identifica o dispositivo impugnado e desenvolve arrazoado destinado a demonstrar que a União, ao impor à Advocacia Pública a representação judicial e extrajudicial de agentes públicos, teria extrapolado sua competência legislativa e interferido na autonomia organizacional dos demais entes federados. A argumentação é específica e diretamente relacionada ao conteúdo da norma.

O fato de os fundamentos se concentrarem na proteção da autonomia federativa não torna genérica a impugnação. A causa de pedir aberta, característica dos processos objetivos, permite ao Tribunal confrontar o dispositivo com fundamentos constitucionais diversos dos invocados na inicial, desde que respeitados os limites do pedido.

Foi exatamente o que ocorreu no julgamento da ADI 7.042, também proposta pela Anape, relativa à obrigatoriedade de a assessoria jurídica subscritora de parecer favorável defender o administrador público em ação de improbidade. Embora a Anape tivesse embasado sua pretensão apenas na ofensa à autonomia dos entes subnacionais, a Corte examinou

também a compatibilidade material da obrigação com a conformação constitucional da Advocacia Pública, invocando expressamente a abertura da causa de pedir.

Não se trata de suprir deficiência da inicial, mas de reconhecer a amplitude da cognição constitucional sobre objeto determinado. Saber se os argumentos apresentados justificam a invalidação integral da norma ou apenas o afastamento de determinada incidência é questão de mérito.

Rejeito, portanto, a preliminar de ausência de impugnação específica.

2. Do mérito

O art. 10 da Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) prevê a representação judicial e extrajudicial de agentes públicos pela Advocacia Pública, 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.
>
> [...]

O legislador buscou conferir segurança ao exercício da função administrativa, resguardando os agentes que atuam em licitações e contratos segundo a orientação do órgão de assessoramento jurídico. A finalidade é legítima e se alinha à preocupação de proteger a atuação decisória do gestor diante do risco de responsabilização pessoal, que também inspirou alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018.

Sem prejuízo da pertinência do propósito, o exame dos vícios de constitucionalidade suscitados pela requerente exige analisar se a União observou os limites de sua competência para editar normas gerais sobre licitações e contratos, bem como se a representação pessoal dos agentes públicos se harmoniza com as funções constitucionalmente atribuídas à Advocacia Pública.

Tenho que as questões estão interligadas, pois o alcance atribuído à representação de agentes públicos condiciona o exame de sua compatibilidade com a repartição constitucional de competências. Explico.

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição confere à União competência privativa para editar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes federados.

A possibilidade de assistência jurídica ao agente que segue a orientação institucional favorece a tomada de decisões administrativas e reduz a insegurança associada à perspectiva de responsabilização pessoal. Trata-se, portanto, de medida vinculada à execução do regime de licitações e contratos, cuja disciplina geral se insere na competência legislativa conferida à União pelo art. 22, inciso XXVII, da Carta Magna.

Esse vínculo, contudo, não autoriza interpretar o dispositivo como fonte de obrigação de representação, exigível pela simples manifestação de vontade do interessado. A finalidade protetiva da norma deve ser conciliada com a missão constitucional da Advocacia Pública e com a competência dos entes federados para organizar seus serviços.

Os arts. 131 e 132 da Constituição Federal delineiam as atribuições da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal:

> 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.
>
> § 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
>
> § 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.
>
> § 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.
>
> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.
>
> Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é

> assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

A atuação da Advocacia Pública, enquanto função essencial à Justiça, orienta-se, assim, à representação e ao assessoramento jurídico dos entes estatais, em defesa de seus interesses institucionais.

Embora dessas normas não decorra proibição à Advocacia Pública de atuar na representação pessoal de agentes públicos, o dispositivo impugnado, ao adotar como único critério a prévia elaboração de parecer, converte a exceção em regra e desvirtua a conformação constitucional da Advocacia Pública delineada nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal.

A defesa de agentes públicos pode integrar a atuação da Advocacia Pública quando, consideradas as circunstâncias concretas, também se destine à proteção de interesses institucionais da Administração. A convergência entre esses interesses, no entanto, não pode ser presumida de maneira absoluta apenas porque o ato questionado foi precedido de parecer favorável.

Cabe à Administração, por intermédio do órgão competente, examinar a solicitação de assistência e verificar se estão atendidos os pressupostos que justificam a representação. Essa avaliação deve considerar a efetiva observância da orientação jurídica, a relação entre a conduta questionada e o exercício das atribuições funcionais, a compatibilidade da defesa com o interesse público, bem como a inexistência de conflito com a posição institucional do ente representado.

A ressalva do inciso II do § 1º do art. 10 da Lei n. 14.133/2021, que afasta a aplicação da norma quando houver provas da prática de atos ilícitos dolosos, constitui limite expresso à assistência. Não dispensa,

porém, o exame das demais condições necessárias à legitimidade da atuação institucional. A ausência de provas de dolo não transforma, por si só, a representação em dever automático da advocacia pública.

Nessa perspectiva, a expressão "a critério do agente público" deve ser compreendida como faculdade de solicitar a representação, sem retirar da Administração a prerrogativa para decidir sobre seu cabimento. A iniciativa do interessado é pressuposto para a apreciação do pedido, mas não vincula o órgão jurídico ao seu deferimento.

Essa compreensão encontra apoio no decidido na ADI 7.042, relativa à defesa judicial de administradores públicos pela assessoria jurídica que emitiu parecer favorável ao ato posteriormente questionado em ação de improbidade. Naquela oportunidade, esta Corte afastou a obrigatoriedade da representação, preservando a possibilidade de sua realização nos termos legalmente autorizados.

Confira-se o teor da ementa, na parte que interessa:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PROTEÇÃO AO PATRIMONIO PÚBLICO E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. VEDAÇÃO À EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL (CF, ARTIGO 129, §1º). LEGITIMIDADE CONCORRENTE E DISJUNTIVA ENTRE FAZENDA PÚBLICA E MINISTÉRIO PÚBLICO. VEDAÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE ATUAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA NA DEFESA JUDICIAL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

6. A previsão de obrigatoriedade de atuação da assessoria jurídica na defesa judicial do administrador público afronta a autonomia dos Estados-Membros e desvirtua a conformação constitucional da Advocacia Pública delineada pelo art. 131 e 132 da Constituição Federal, ressalvada a possibilidade de os órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, nos termos de legislação específica.

7. Ação julgada parcialmente procedente para (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, com interpretação conforme sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com interpretação conforme sem redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não inexiste "obrigatoriedade de defesa judicial"; havendo, porém, a possibilidade de os órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica;(c) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021. Em consequência, declara-se a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (b) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021.

(ADI 7.042, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 28.2.2023)

No citado julgamento, acolhi, após as ponderações do Ministro Dias Toffoli, a compreensão de que a norma deveria representar uma autorização, e não um mandamento, cabendo à Administração avaliar os elementos concretos para decidir sobre a defesa do agente público.

A mesma orientação se mostra adequada à solução da presente demanda.

Interpretado nesses termos, o art. 10 da Lei n. 14.133/2021 estabelece uma diretriz geral de proteção jurídica dos agentes que atuam em licitações e contratos, sem substituir a competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para organizar seus serviços. Cabe a cada ente, à luz de suas atribuições constitucionais e de sua legislação, disciplinar a prestação dessa assistência, definir os órgãos responsáveis e estabelecer os procedimentos para a apreciação dos pedidos.

A norma nacional não deve ser entendida como determinação de criação de estruturas, redistribuição compulsória de funções ou disponibilização obrigatória de procuradores para a defesa pessoal de agentes públicos. Seu alcance é o de admitir a representação institucionalmente justificada, cuja concretização permanece sujeita à organização administrativa e à avaliação do ente competente.

Afastada a obrigatoriedade de representação judicial ou extrajudicial, não há falar em afronta à autonomia dos entes subnacionais.

Ante o exposto, conheço da ação e julgo parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 10 da Lei n. 14.133/2021, de modo a estabelecer que a representação judicial ou extrajudicial nele prevista constitui faculdade da Administração, sujeita à autorização do órgão competente, cabendo a cada ente federativo disciplinar e organizar a prestação dessa assistência no exercício de suas

competências.

É como voto.