

LICITAÇÕES E CONTRATOS

Licitação, improbidade administrativa e advocacia pública municipal

28 de abril de 2023, 9h15

Por Guilherme Carvalho e Fabíola Marquetti Sanches Rahim

Significativa parte das ações por ato de improbidade administrativa decorre da prática de procedimentos realizados no decorrer dos processos de contratação pública. De tal modo, a interpretação pelo órgão de controle externo — invariavelmente, o Ministério Público, cuja competência para a propositura da respectiva ação é incontestada — perpassa, não raramente, pela análise jurídica realizada pelo órgão de assessoramento jurídico.

A temática envolvendo a emissão de parecer jurídico pelo órgão de assessoramento jurídico (terminologia utilizada pela Lei nº 14.133/2021) sempre foi objeto de contundentes polêmicas, notadamente porque a autoridade que autoriza e homologa a licitação tende a aderir às recomendações constantes no *dictamen*.

No contexto da Lei nº 8.666/1993, a opinião jurídica, é dizer, o papel exercido pelo órgão de assessoramento jurídico (parágrafo único do artigo 38), embora indispensável, não corresponde à relevância emanada do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021. À vista disso, o plexo de atribuições deferidas pela Nova Lei ao órgão de assessoramento jurídico segue, tal qualmente, um encadeamento de maiores responsabilidades.

No ensejo da promulgação da Lei nº 14.230/2021, a qual altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa, a redação original previu a exclusividade para o manejo da respectiva ação ao Ministério Público. Dito de outro modo, à Fazenda Pública não fora deferida legitimidade para manusear o respectivo lenitivo processual.

Em virtude do monopólio quanto à legitimidade ativa conferida ao Ministério Público, ao STF (Supremo Tribunal Federal) foram dirigidas duas ações diretas de



inconstitucionalidade: ADI 7.042, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape), bem como a ADI 7.043, de autoria da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (Anafe), tendo por objeto, em seu conjunto, os artigos 17, *caput* e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei nº 8.429/1992, alterados e incluídos pelo artigo 2º da Lei nº 14.230/2021, e os artigos 3º e 4º, X, da referida Lei nº 14.230/2021.

Exercendo controle concentrado de constitucionalidade, o STF firmou entendimento — para o quanto importa para o presente texto[1] — no sentido de restabelecer a 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 cível.

Evidentemente, a Corte Suprema fundamentou o julgado lastreado em disposições constitucionais relativas à matéria, normativos que guardam plena compatibilidade com os autores das referidas ADIs, Anafe e Anape. Isso porque não há qualquer traço constitucional que albergue menção à estrutura da Advocacia Pública nos Municípios, tema que já foi objeto de livro de nossa autoria[2].

A Constituição Federal de 1988 não aborda a Advocacia Pública no âmbito dos municípios, versando, apenas, sobre a seara federal (artigo 131), bem assim estadual e distrital (artigo 132), pelo que nem todos os municípios, pelas mais variadas razões, possuem procuradorias estruturadas em carreira.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) utiliza o termo "órgão de assessoramento jurídico", sem expressar, pontualmente, nomenclaturas que traduzam atribuições inerentes, com exclusividade, à Advocacia Pública.

De tal modo, é imprescindível distinguir, à luz da interpretação conferida pelo STF quando do julgamento das mencionadas ADIs, os municípios que possuem procuradorias com estrutura de Advocacia Pública (conforme preveem os artigos 131 e 132 da CF/1988), impondo uma comparação à União, estados e Distrito Federal, daqueles que se utilizam de advogados contratados por livre nomeação e exoneração pelos respectivos agentes públicos que exercem, com tempo rigidamente definido, o mandato eletivo.

Advogados ou escritórios privados, sob qualquer viés, não se igualam ao conceito de Advocacia Pública, não havendo qualquer margem para que a legitimidade ativa para proposição de ação por atos de improbidade administrativa seja deferida à Fazenda Pública Municipal em que inexistente Advocacia Pública. Em curtas palavras, a Fazenda Pública somente goza de legitimidade ativa se, e somente se, for dotada de órgão que possua estrutura de carreira de Advocacia Pública, cuja autonomia funcional assegure o patrocínio

da ação de acordo com seus convencimentos técnicos-jurídicos e não permita situações em que a mudança do gestor ou do detentor de mandato eletivo influa substancialmente na condução do processo.

Por outro lado, não deve remanescer qualquer equivocação entre os termos Fazenda Pública, Advocacia Pública e órgão de assessoramento jurídico. Ao que tudo indica, o conceito de Fazenda Pública, para os fins a que se referem os princípios encartados no *caput* do artigo 37 da Carta Magna de 1988, não se desfaz pela simples privação de Advocacia Pública, cuja obrigatoriedade inexistente para os municípios.

Assim sendo, o conceito de órgão de assessoramento jurídico, nos âmbitos federal, estadual e distrital, confunde-se com Advocacia Pública e suas respectivas procuradorias. Porém, na esfera dos municípios, o órgão de assessoramento jurídico, a que se refere a Lei nº 14.133/2021, poderá ou não ser identificado com Advocacia Pública, a depender, por óbvio, da existência de procuradorias estruturadas em carreiras, com provimento dos cargos (advogado público) na conformidade da norma constitucional, isto é, inciso II do artigo 37.

Por certo, a interpretação conferida pela Corte Suprema, adjudicando legitimidade concorrente e disjuntiva entre Ministério Público e Fazenda Pública para o manuseio de ações de improbidade administrativa e celebração de acordo de não persecução cível requer, necessariamente, que haja, em se tratando de Fazenda Pública Municipal, verdadeira Advocacia Pública, estruturada em órgão, formada por agentes públicos estáveis e que defendam os interesses primários da Fazenda Pública lesada, os quais, nem sempre, confundem-se com os interesses secundários do gestor que, transitoriamente, está no exercício da função política.

[1] O acórdão aborda outros temas, como a obrigatoriedade de defesa judicial do agente público pela assessoria jurídica.

[2] FERRAZ, Sergio; CARVALHO, Guilherme. **Advocacia Pública Municipal**: soluções estruturantes proporcionais. Salvador: Juspodivm. 2021.

Guilherme Carvalho é doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e políticas públicas, ex-procurador do estado do Amapá, bacharel em administração, sócio fundador do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados e presidente da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico (Abradade).

Fabíola Marquetti Sanches Rahim é pós-graduada em Regime Próprio de Previdência e em Direito Eleitoral, ex-promotora de Justiça do Mato Grosso, procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul e procuradora-geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

Revista **Consultor Jurídico**, 28 de abril de 2023, 9h15