



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE
INDUSTRIAL
GABINETE

PARECER n. 00050/2018/PROCGAB/PFE-INPI/PGF/AGU

NUP: 52400.088604/2017-17

INTERESSADOS: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI E OUTROS

ASSUNTOS: REQUERIMENTO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL

I. O requerimento de representação judicial atende aos requisitos dispostos na Portaria AGU nº 408, de 2009.

II. Os atos impugnados na ação civil pública, relacionados à autorização e realização da contratação do SERPRO, foram baseados em manifestação jurídica prévia desta Procuradoria e da Auditoria Interna, que concluíram pela regularidade da dispensa de licitação.

III. A contratação do SERPRO pelo INPI atendeu ao interesse público, solucionando problema da autarquia. Tampouco houve dano ao Erário.

IV. A exordial não descreve culpa ou dolo na conduta dos requerentes.

Ilma. Dra. Procuradora Regional Federal da 2ª Região,

1. RELATÓRIO

1. Os autos tratam dos requerimentos de representação judicial, apresentados pelos Senhores **Roberto Jaguaribe Gomes de Mattos, Jorge de Paula Costa Ávila e Hélio Meirelles Cardoso**, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, e da Portaria AGU nº 408, de 2009.

2. Por meio da ação civil pública nº 0119603-05.2017.4.02.5101, em trâmite na 32ª Vara Federal do Rio de Janeiro, o Ministério Público Federal imputa aos requerentes a prática de ato de improbidade administrativa, tipificada no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429, de 1992, quando da contratação da empresa pública SERPRO pelo INPI para reestruturação da rede de informática da autarquia.

3. A respeito do primeiro requerente, Presidente da autarquia à época dos fatos, os atos considerados ímprobos pelo Ministério Público Federal são os despachos de 13 de abril de 2005 e de 18 de abril de 2005, bem como a ratificação da autorização de dispensa de licitação efetuada pelo Sr. Hélio Meirelles Cardoso, terceiro requerente.

4. Em relação ao segundo requerente, então Vice-Presidente do INPI, os atos considerados ímprobos são: (i) o despacho, de 03 de janeiro de 2005, proferido nos autos do processo administrativo nº 52400.004115/04, que trata da contratação do SERPRO pelo INPI; (ii) a determinação da juntada de minuta de contrato feita pelo SERPRO aos autos; e (iii) a assinatura do instrumento contratual, como representante da autarquia.

5. Quanto ao terceiro requerente, afirma-se, na exordial, que este teria defendido, em seu parecer, acostado nos autos da ação civil pública às fls. 264-266, a vantajosidade da contratação com a SERPRO, sem base empírica além da pesquisa feita pela seção de compras da autarquia. Além disso, teria partido do requerente a autorização de dispensa de licitação, antes de sanadas as pendências, segundo o Ministério Público Federal.

6. Ressalte-se que a ação civil pública atribui aos requerentes a responsabilidade por uma suposta dispensa irregular do processo licitatório, mas não descreve os motivos pelos quais não se poderia enquadrar a contratação na hipótese prevista no art. 24, XVI, da Lei nº 8.666, de 1993.

7. Infere-se da exordial uma crítica à análise de vantajosidade econômica contida nos autos, como se os valores previstos no contrato fossem superiores ao do mercado. Mas a petição inicial não demonstra que os preços contratados com o SERPRO foram superiores aos valores de mercado.

Tampouco a petição demonstra qualquer prejuízo ao Erário.

8. Além disso, a petição inicial infere a existência de uma fraude à licitação sem descrever o elemento subjetivo dos requerentes. O Ministério Público Federal individualiza a responsabilidade dos requerentes nos seguintes termos:

“ROBERTO JAGUARIBE GOMES DE MATTOS, então Presidente do INPI à época dos fatos aqui narrados, agiu diversas vezes a fim de viabilizar a contratação fraudulenta no trâmite processual, merecendo destaque: o despacho proferido em 13 de abril de 2005, onde o demandado pressiona o órgão auditor interno da autarquia federal para aprovar a minuta do contrato, fazendo uso, inclusive, de informações falsas, bem como o despacho lavrado em 18 de abril de 2005, ocasião na qual o demandado considerou superadas as questões suscitadas pelo órgão auditor e jurídico do INPI e pôs termo à discussão envolvendo a contratação. Além disso, o demandado ratificou, em 31 de março de 2005, a autorização de dispensa de licitação dada pelo réu HÉLIO MEIRELLES CARDOSO. Como é possível notar, o denunciado agiu de forma consciente e voluntária no processo irregular de contratação da SERPRO, possivelmente se beneficiando com o contrato firmado”.

“JORGE DE PAULA COSTA ÁVILA, então Vice-Presidente do INPI: o intento do demandado em possibilitar a contratação irregular do SERPRO é cristalino em diversos momentos no trâmite processual: em despacho datado de 03 de janeiro de 2005, buscou justificar a fraudulenta contratação direta da SERPRO apresentando fundamentos genéricos e atécnicos; a determinação de juntada de minuta de contrato feita pela SERPRO aos autos, que demonstra sua interação direta com os dirigentes da predita empresa pública; e o descumprimento das recomendações constantes nos pareceres da Procuradoria Federal. Ademais, o réu assinou o contrato como representante do INPI sem que estivessem exauridas as controvérsias em debate junto ao órgão jurídico e auditor interno da autarquia federal, fato este utilizado pelo réu ROBERTO JAGUARIBE GOMES DE MATTOS para pressionar a auditoria interna da instituição, conforme já exposto no item *1supra*”.

“HÉLIO MEIRELLES CARDOSO, então Diretor de Administração e Serviços do INPI, ao defender, em seu parecer acostado nas fls. 264- 266, a ficta vantajosidade da contratação com a SERPRO, sem qualquer base empírica além da pesquisa açodada e pro forma realizada pela Seção de Compras da autarquia federal (fls. 186-205). Ademais, partiu do réu a autorização de dispensa de licitação (fl. 280), antes mesmo de sanadas as pendências apontadas pela auditoria interna e pela Procuradoria Federal, sendo esta ratificada pelo demandado ROBERTO JAGUARIBE GOMES DE MATTOS posteriormente”.

9. O pedido autoral remete à condenação dos requerentes às sanções dispostas nos arts. 10, VIII e 12, II, da Lei nº 8.429, de 1992.

[...] d) a condenação dos demandados às sanções previstas no artigo 12, inciso II da Lei 8429/92, ante a prática dos atos previstos nos artigos 10, inciso VIII, da Lei 8.429/1992, e consequentemente que sejam adotadas as seguintes providências: [...]”

10. Convém destacar que a sentença, proferida pelo Juízo da 32ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, julgou extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do art. 332, § 1º c/c 487, II do CPC, pois considerou que entre o ato tido como ímprobo e a data do ajuizamento desta ação civil pública, restou transcorrido prazo superior ao prescricional de doze anos.

11. O Ministério Público também propôs a ação penal, autuada sob o nº 0115924-94.2017.4.02.5101, com o mesmo conteúdo da ação civil pública, variando apenas a tipificação da responsabilidade. O requerimento *sub examine* pleiteia a representação judicial na ação civil, e não na ação penal.

12. O Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro absolveu os denunciados, dentre os quais estão os requerentes, com fundamento no art. 397, inciso IV, do Código de Processo Penal, em razão do reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso I e 109, inciso III, do Código Penal.

13. A 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, decidindo por unanimidade, negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, sustentando também que o crime estava prescrito, na forma do art. 109, inciso III do Código Penal. O Ministério Público Federal ingressou com recurso especial em face do acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que entendeu pela prescrição da ação penal.

14. Foi apresentado requerimento de representação judicial na ação civil pública pelo Dr. Mauro Sodré Maia, Procurador Federal, Procurador-Chefe da autarquia em exercício na época dos fatos (2005).

15. Essa Procuradoria se manifestou de modo favorável à representação judicial do então Procurador-Chefe, por meio do Parecer nº 0025-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOAD-LBC-1.0, tendo sido deferida a representação do Procurador no Despacho de Aprovação nº00017/2017/GAB/PRF2R/PGF/AGU, nos termos da Portaria AGU nº 408, de 2009.

16. É o relatório.

2. MÉRITO

2.1 REQUISITOS DISPOSTOS NA PORTARIA AGU Nº 408, DE 2009

17. A Portaria AGU nº 408, de 2009, dispõe sobre o requerimento de representação judicial dos agentes públicos, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995. Os dois primeiros requisitos para deferimento da representação judicial estão preconizados no art. 2º da Portaria AGU nº 408, de 2009.

Art. 2º A representação de agentes públicos somente ocorrerá por **solicitação do interessado** e desde que o ato pelo qual esteja sendo demandado em juízo tenha sido **praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares**, na defesa do interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995.

18. A representação foi solicitada pelos próprios interessados, conforme se vê no requerimento firmado por eles, juntado ao NUP em epígrafe. Preenchido, portanto, o primeiro requisito previsto no art. 2º da Portaria AGU nº 408, de 2009.

19. Os atos impugnados em juízo correspondem aos despachos, proferidos pelos requerentes, que autorizam a contratação do SERPRO pelo INPI com a dispensa de licitação, bem como a própria assinatura do instrumento contratual pelo Sr. Jorge de Paula Costa Ávila. Como Presidente, Vice-Presidente e Diretor de Administração e Serviços, os requerentes possuíam a atribuição de decidir as contratações da autarquia Vê-se, portanto, que os atos por eles praticados, e impugnados na ação civil pública, foram praticados no exercício de suas atribuições regulamentares como dirigentes da autarquia.

20. Os incisos X e XIII do art. 3º da Portaria AGU nº 408, de 2009, preveem a representação judicial dos titulares de autarquias e fundações federais, bem como os titulares de cargos em comissão de direção e assessoramento superiores da Administração Federal. *In casu*, os requerentes, ao proferirem despachos autorizando a contratação do SERPRO, assim o fizeram como dirigentes da autarquia. No mesmo sentido, quando o Sr. Jorge de Paula Costa Ávila assinou o instrumento contratual.

Art. 3º A AGU e a PGF poderão representar em juízo, observadas suas competências e o disposto no art. 4º, os agentes públicos a seguir relacionados:

X - os titulares de autarquias e fundações federais;

[...]

XIII - os titulares de cargos em comissão de direção e assessoramento superiores da Administração Federal;

21. De acordo com o art. 4º, II, b e §3º da Portaria AGU nº 408, de 2009, o Procurador Regional Federal da localidade correspondente ao Juízo no qual a demanda seja ou deva ser processada possui a prerrogativa de decidir sobre o requerimento de representação.

Art. 4º Os pedidos de representação serão dirigidos:

II - quando se tratar de agentes de autarquias e fundações federais, exceto o Banco Central do Brasil:

b) ao Procurador Regional Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada por Tribunal Regional da respectiva Região ou no Juízo de primeira instância de sua localidade;

§ 3º A decisão sobre a assunção da representação judicial de que trata esta Portaria compete às autoridades indicadas no caput, observado o disposto no § 1º.

22. No caso, o requerimento foi dirigido corretamente à Exma. Procuradora Regional Federal da 2ª Região.

23. O art. 4º, §§ 4º e 6º, da Portaria AGU nº 408, de 2009, estabelecem os pontos a serem examinados na decisão relativa à representação judicial.

Art. 4º [...]

§ 4º A decisão quanto à representação judicial do agente público deve conter, no mínimo, o exame expresso dos seguintes pontos:

I - enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995;

II - natureza estritamente funcional do ato impugnado;

III - existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado;

IV - existência ou não de prévia manifestação de órgão da AGU ou da PGF responsável pela consultoria e assessoramento da autarquia ou fundação pública federal sobre o ato impugnado;

V - consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pelo

Advogado-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal ou pelo órgão de execução da AGU ou da PGF; e

VI - narrativa sobre o mérito e pronunciamento sobre o atendimento aos princípios que norteiam a Administração Pública.

§ 5º Quando houver sindicância ou processo administrativo disciplinar acerca do mesmo fato, a manifestação a que se refere o § 3º deste artigo conterá descrição a respeito do seu objeto, andamento e eventuais conclusões.

24. Os Senhores Roberto Jaguaribe Gomes de Mattos, Jorge de Paula Costa Ávila e Hélio Meirelles Cardoso eram Presidente, Vice-Presidente e Diretor de Administração e Serviços da autarquia, ocupantes de cargo em comissão de direção, tendo praticado os atos no exercício funcional (autorização e contratação do SERPRO), o que atende ao disposto nos incisos I e II do §4º do art. 4º da Portaria.

25. Além disso, verifica-se o atendimento ao art. 4º, §4º, III, da Portaria, uma vez que há interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado.

26. Com efeito, os atos impugnados, despachos e demais atos proferidos pelos requerentes com o intuito de promover a contratação do SERPRO pelo INPI, foram lícitos e regulares, legitimamente praticados com o fim deliberado de atingir objetivo público.

27. Na verdade, os requerentes agiram cientes de que não havia ilegalidade na contratação, uma vez que já havia manifestação do órgão consultivo pela regularidade da dispensa de licitação e da auditoria interna da autarquia.

28. De fato, essa Procuradoria já havia se manifestado nos autos, por meio de três pareceres, proferidos em 11 de janeiro, 21 de abril e 25 de maio de 2005, e concluído que não havia óbice jurídico à contratação direta do SERPRO. Os aspectos pertinentes à dispensa de licitação tinham sido corretamente examinados, inclusive o item relativo à vantagem econômica e motivo da contratação.

29. Ao mesmo tempo, depois que o SERPRO passou a prestar os serviços contidos no contrato nº 16/2005, foram solucionados os problemas de “quedas de sistema” e “travamentos na rede”, que eram notórios no INPI. Assim, o contrato foi celebrado e o serviço foi prestado, o que aperfeiçoou significativamente a estrutura de tecnologia de informação da autarquia.

30. Desse modo, identifica-se o interesse público na defesa dos atos dos requerentes destinados à contratação direta do SERPRO, uma vez que tendo sido legal a dispensa de licitação e alcançado o fim público, assegura-se que a autoridade administrativa tenha a autonomia para atuar dentro da lei e atender aos fins institucionais.

31. De certo, como explica o professor Claudio Geoffroy Granzoto, Advogado da União, o instituto da representação judicial das agentes públicos por membro da Advocacia Geral da União apresenta-se como garantia de preservação da autonomia administrativa.

“Uma autoridade, quando no exercício funcional, para atender ao interesse público, poderá contrariar interesses de terceiros. Estes, sendo atingidos, ainda que de forma legítima, poderão demandar não somente contra o ente público ao qual a autoridade está vinculada, mas sim diretamente contra a própria autoridade. Neste caso, o agente público teria que com suas próprias expensas contratar advogado privado para defender-se judicialmente. Tornando-se frequente a demanda pessoal, a autoridade tenderia a perder ou ter enfraquecida a autonomia necessária para contrariar interesses particulares, uma vez que estaria sujeita a sofrer o estigma e as agruras de ser ré um processo judicial, sem o respaldo de uma advocacia pública lhe representando. Por outro lado, com o instituto da representação pessoal, a autoridade poderá ter uma maior liberdade na prática de atos funcionais que atendam ao interesse público, já que, na eventual hipótese de ser demandada, poderá ter auxílio representativo pela AGU”^[1].

32. A respeito dos incisos IV e V do § 4º da Portaria AGU nº 408, de 2009, conforme já ressaltado, os requerentes atuaram na contratação direta do SERPRO, em conformidade com a lei, conforme exame jurídico exarado pela Procuradoria, na ocasião, e reiterado no Parecer nº 0025-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOAD-LBC-1.0, de autoria do signatário, em junho de 2017.

33. De fato, a análise da vantagem econômica do contrato, cerne da controvérsia levantada pelo Ministério Público Federal, foi realizada no parecer do dia 21 de abril de 2005, pela Procuradora Federal Maria Alice Castro Rodrigues, tendo sido adotado como parâmetro a declaração da Administração, que por sua vez, aferiu o custo do serviço oferecido pela SERPRO a partir de contratações similares de outros entes públicos, tais como DNPM, MDIC e STM.

34. Sem demonstrar que os valores praticados pela SERPRO foram acima daqueles do mercado, o autor da ação sugere um vício na análise de vantagem econômica, que supostamente deveria ter incluído uma pesquisa exaustiva junto aos fornecedores. Ora, tal divergência sobre os parâmetros da pesquisa de preços já foi superada pela Orientação Normativa nº 17 da AGU.

de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os **preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados**, ou outros meios igualmente idôneos."

35. Desse modo, os parágrafos precedentes demonstraram que na contratação direta do SERPRO agiu-se em consonância com a orientação jurídica definida pelo Advogado-Geral da União, o que mostra o atendimento ao disposto no art. 4º, §4º, V, da Portaria.

36. A respeito do prazo consignado no art. 4º, §6º, da Portaria, convém destacar que segundo requerente, Dr. Jorge de Paula Costa Ávila, **não foi citado**.

Art. 4º, § 6º O requerimento de representação deverá ser encaminhado à AGU ou PGF no prazo máximo de três dias a contar do recebimento do mandado, intimação ou notificação, salvo motivo de força maior ou caso fortuito, devidamente justificado.

37. Desse modo, ainda que já tenha sido efetuada a citação do primeiro e do terceiro requerentes, no dia 30 de janeiro de 2018 e no dia 13 de setembro de 2017, respectivamente, o prazo para a apresentação do requerimento não se iniciou, uma vez que o segundo requerente ainda não foi citado.

38. Nesse sentido, o art. 231, § 1º do Código de Processo Civil é claro ao afirmar que, no caso de existir mais de um réu, considera-se o início do prazo a data da última juntada nos autos do ato de comunicação.

39. Assim, o art. 231, § 1º, II, determina que o prazo será iniciado a partir da data da última juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça.

40. Nesse momento, oportuno será transcrever a lei processual civil:

Código de Processo Civil.

Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

VI - a data de juntada do comunicado de que trata o [art. 232](#) ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

[...]

§ 1º Quando houver mais de um réu, o dia do começo do prazo para contestar corresponderá à última das datas a que se referem os incisos I a VI do caput.

41. Acrescente-se, ainda, que o deferimento da representação judicial dos três requerentes não acarreta prejuízo para o prosseguimento da ação civil pública. Na verdade, a **representação judicial conjunta dos requerentes traz coerência para a defesa do ato impugnado**, qual seja a contratação direta do SERPRO, pois os três requerentes, como gestores do INPI, atuaram na realização do contrato, com a dispensa da licitação, em conformidade com o opinamento jurídico da Procuradoria.

42. Os demais requisitos do requerimento de representação estão elencados no art. 5º da Portaria.

Art. 5º O agente que solicitar a representação de que trata esta Portaria deverá fornecer ao órgão jurídico competente todos os documentos e informações necessários à defesa, bem como a indicação de testemunhas, quando necessário, tais como:

I - nome completo e qualificação do requerente, indicando, sobretudo, o cargo ou função ocupada;

II - descrição pormenorizada dos fatos;

III - citação da legislação constitucional e infraconstitucional, inclusive atos regulamentares e administrativos, explicitando as atribuições de sua função e o interesse público envolvido;

IV - justificativa do ato ou fato relevante à defesa do interesse público;

V - indicação de outros processos, judiciais ou administrativos, ou inquéritos que mantenham relação com a questão debatida;

VI - cópias reprográficas de todos os documentos que fundamentam ou provam as alegações;

VII - cópias reprográficas integrais do processo ou do inquérito correspondente;

VIII - indicação de eventuais testemunhas, com respectivas residências; e

43. O preâmbulo do requerimento atende ao previsto no art. 5º, I, da Portaria, posto que informa os nomes completos dos requerentes, bem como as suas qualificações.
44. Por meio da descrição pormenorizada apresentada pelos requerentes, vê-se que a justificativa da contratação e a análise de vantajosidade econômica foram objeto de exame jurídico da PFE/INPI. A descrição dos fatos demonstra que o Ministério Público Federal teve acesso integral ao processo administrativo de contratação, no ano de 2007, sendo que apenas uma testemunha foi ouvida para esclarecer os acontecimentos. No caso, o então Auditor Interno da autarquia foi o único ouvido, nessa história, ainda no ano de 2007.
45. Mostra-se atendido ao art. 5º, II, da Portaria, posto que o requerimento trouxe a descrição pormenorizada dos fatos.
46. O atendimento ao requisito preconizado no art. 5º, III, da Portaria ocorreu mediante referência à legislação infraconstitucional no requerimento, particularmente a Instrução Normativa MPOG nº 3, de 2017, que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral.
47. A justificativa do ato relevante à defesa do interesse público, tal como exige o art. 5º, IV, da Portaria, encontra-se contida no requerimento, mormente pela exposição sobre a relevância de se defender a autonomia administrativa para decidir, dentro da lei, e com apoio em manifestação jurídica prévia do órgão consultivo, pela vantajosidade econômica da dispensa de licitação, feita à luz de contratações similares da SERPRO com outros entes públicos e privados.
48. A exordial acusa os Senhores Roberto Jaguaribe Gomes de Mattos, Jorge de Paula Costa Ávila e Hélio Meirelles Cardoso de atuarem no trâmite processual para possibilitar a contratação. Ressalta-se, contudo, que, como dirigentes da autarquia, possuíam a atribuição e o dever de buscarem, por meio de contratos administrativos, solucionar os problemas que afligiam a autarquia.
49. A ação civil pública, ao tipificar a conduta dos requerentes como de improbidade administrativa, a partir de inferências vazias, sem descrever qualquer dano ao Erário, promove uma violação da autonomia da Administração. Existe interesse público na defesa dos requerentes, que atuaram no exercício das prerrogativas legais decorrentes do cargo público que possuíam.
50. Nessa linha de raciocínio, está configurado o interesse público na defesa da atuação dos requerentes, nos autos do processo de contratação do SERPRO.
51. Os incisos V, VI e VII do art. 5º da Portaria também foram atendidos pelo requerimento, porquanto foi explicitada a existência de uma ação penal com idêntico conteúdo ao da ação civil pública, variando apenas a tipificação da responsabilidade. Ressalte-se que já havia sido feita a vinculação deste NUP com a ação civil pública e a ação penal, sendo possível, portanto, o acesso à íntegra das ações judiciais.
52. O atendimento ao disposto no inciso IX do art. 5º da Portaria encontra-se no preâmbulo dos requerimentos (indicação de meio eletrônico, endereço e telefone).
53. Verificado o atendimento dos requisitos do art. 5º da Portaria, passa-se ao exame das hipóteses negativas do art. 6º, isto é, as situações as quais o requerente do requerimento não pode preencher para ver o seu pleito deferido.

Art. 6º Não cabe a representação judicial do agente público quando se observar:

I - não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

II - não ter havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação assim o exige;

III - ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico 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 - conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição;

VI - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

VII - ter sido levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário;

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

IX - não ter o requerimento atendido os requisitos mínimos exigidos pelo art. 4º; ou

X - o patrocínio concomitante por advogado privado.

54. Na ação judicial, impugnaram-se os despachos e demais atos dos Requerentes autorizativos da contratação do SERPRO. Não há como negar que tais atos atacados foram elaborados no estrito exercício das atribuições que possuíam os requerentes, enquanto dirigentes da autarquia.

55. Nesse ponto, ressalte-se que foram realizados em conformidade com a legislação e com apoio em manifestação jurídica da PFE/INPI, que analisara todos os aspectos pertinentes à dispensa de licitação.

56. Das demais previsões do art. 6º, cumpre observar que os Requerentes não constituíram advogado privado para representá-los nos autos da ação civil pública. Não apresentaram contrarrazões ou qualquer outra manifestação em Juízo.

57. Verificado o preenchimento dos requisitos dispostos na Portaria AGU nº 408, de 2009, cumpre registrar que a defesa do ato impugnado é de interesse público para reafirmar o entendimento da Advocacia-Geral da União a respeito da legalidade da dispensa da licitação, quando norteada pelo interesse público, como o caso se apresenta.

2.2 LEGALIDADE DA DISPENSA DA LICITAÇÃO E INTERESSE PÚBLICO

58. Não há dúvida quanto à legalidade da contratação direta por dispensa de licitação do SERPRO para prestação de serviço de processamento de dados.

59. A exordial da presente ação civil pública sugere uma irregularidade no processo de contratação porque ele inicia com uma proposta comercial do SERPRO. Ora, isso é comum. Nesse sentido, cabe transcrever um trecho do Parecer PGE/CAF/nº 214/2014, emitido pela Procuradoria-Geral da Agência Nacional das Águas, que também entendeu pela contratação direta com o SERPRO:

“2. Inaugurando os autos - fls. 4/7 - consta proposta comercial da empresa referente aos serviços a serem prestados e documentos de pesquisa mercadológica.

[...]

A contratação, no nosso entendimento, poderá ser efetuada diretamente, por dispensa de licitação, conforme sugerido na área técnica ao amparo do disposto no inciso XVI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993 [...]

9. Assim, ao que se infere do dispositivo supra, para que se opere legitimamente a contratação direta ao amparo deste dispositivo é necessário o atendimento dos seguintes requisitos:

- a) que a contratante (ANA) seja pessoa jurídica de direito público interno;
- b) que o contratado (SERPRO) seja entidade que integre a Administração Pública; e
- c) que tenha sido criado para prestação de serviços de informática.

[...]

18. No que tange ao segundo requisito, isto é, a justificativa de preço, verifica-se que foi realizada pesquisa de preço sendo a mais vantajosa a proposta encaminhada pelo SERPRO.

19. Conforme se extrai da Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 17, de 1º de abril de 2009, tal justificativa pode se dar pela demonstração de que o preço em tela é o correntemente praticado pela Instituição perante outros clientes [...]

60. Pela leitura do parecer *supra* mencionado, vê-se que o caso concreto é bastante parecido com o objeto da ação civil pública. A autarquia que entendeu pela dispensa de licitação com o SERPRO não era vinculada ao Ministério da Fazenda. Além disso, adotou-se uma pesquisa de preços a partir da demonstração dos preços praticados pelo SERPRO com outros órgãos públicos e privados.

61. O CADE já celebrou contratos com o SERPRO, mediante dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, XVI, da Lei nº 8.666, de 1993, por exemplo, o contrato nº 011/2010, nos autos nº 08700.004621/2009-23.

62. Dos contratos firmados entre o SERPRO e a União, por intermédio do Ministério de Relações Exteriores, com dispensa de licitação, cabe citar o contrato nº 03/2007.

63. A ANTT celebrou contrato com o SERPRO, mediante dispensa de licitação, consoante atesta o contrato nº 030/2014, nos autos nº 50500.167966/2013-96.

64. O contrato nº 024/DG/MPDFT/2010, inserido nos autos nº 08190.017788/10-79, comprova que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios também já celebrou contrato com o SERPRO, com respaldo no art. 24, XVI, da Lei nº 8.666, de 1993.

65. Os exemplos acima demonstram que não há dúvida sobre a legalidade da dispensa de licitação para contratação de serviço de informática com o SERPRO.

66. Tampouco existe óbice à pesquisa de preços tendo como parâmetro os preços praticados pelo SERPRO com outros entes públicos e privados. A Orientação Normativa AGU nº 17 permite que se adote tal parâmetro para análise de vantajosidade econômica.

67. Além disso, a Instrução Normativa MPOG nº 3, de 20 de abril de 2017, também constitui um permissivo nesse sentido. Ou seja, é prescindível uma pesquisa exaustiva com os fornecedores para se avaliar o preço contido na proposta comercial.

68. Desse modo, pode-se afirmar, que os Requerentes agiram conscientes de que não havia ilegalidade na dispensa de licitação. Não há como imputar dolo ou culpa grave aos Requerentes, se não existia flagrante desconformidade com a ordem jurídica na contratação direta.

69. A exordial tipifica a conduta dos Requerentes como dispensa indevida de licitação, nos termos do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429, de 1992.

Art. 10, VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

70. A tipificação das condutas previstas no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, exige a configuração de culpa grave, de acordo com entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça.

"[...] III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, **ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10'** (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, Dje de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Dje de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Dje de 31/03/2014. [...]"
(STJ, AgRg no AREsp 259.055/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, Dje 09/03/2016)

71. O que vem a ser culpa grave nos termos do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429, de 1992? A inobservância de um requisito formal flagrante à contratação. A exordial não identifica erro grosseiro dos dirigentes e gestores da autarquia. Inexistente tal erro grosseiro, *mister* reconhecer a ausência de culpa na conduta dos Requerentes, o que exclui a tipificação do art. 10, VIII, da Lei de 8.429, de 1992.

72. A doutrina adota raciocínio idêntico ao do Superior Tribunal de Justiça. Sem comprovação do dolo ou da culpa, não há de se falar de improbidade administrativa.

"A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigível o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isso se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, **a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva.**"^[2]

"O enquadramento na Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele a presença de um comportamento desonesto. [...] Por isso mesmo a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar de aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública"^[3].

"[...]torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conjunto de desonestidade e,

consequentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as ideias de má-fé, de deslealdade, a detonar o dolo"^[4].

"Só há grave desvio ético quando alguém atua revelando móvel viciado, má-intenção, desígnio moralmente reprovável, a ensejar a reação mais severa da ordem jurídica do que a prevista para fulminar de nulidade atos meramente em descompasso com a ordem jurídica, ou para apenar administrativamente um servidor ou obrigá-lo à reparação do dano causado. Ofensas à ordem jurídica podem ser detectadas objetivamente, até independentemente de dolo ou culpa, mas a qualificação da ilegalidade comporta gradação consoante o elemento subjetivo, na medida de sua censurabilidade"^[5].

73. Por fim, e não menos importante, cabe observar que a Divisão de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal já teve a oportunidade de examinar a dispensa de licitação prévia ao contrato nº 16/2005. No momento, cabe explicitar em qual contexto se deu tal exame.

74. No ano de 2007, o INPI instaurou sindicância, por meio da Portaria nº 387/07, para apurar possíveis irregularidades funcionais sobre a *execução* do contrato nº 16/2005. O relatório final da sindicância eivado de vícios avançou no seu objeto inicial e teceu críticas ao exame jurídico prévio à celebração do contrato nº 16/2005.

75. Ao tomar ciência do relatório final da sindicância (processo nº 52400.002850/07), o Procurador Federal Mauro Sodré Maia submeteu a matéria ao exame da Procuradoria Geral Federal, por meio do Memorando/AGU/PGF/PF/INPI/nº 121/08, por ele juntado ao requerimento de representação judicial do Procurador Federal.

76. O Departamento de Consultoria da PGF entendeu que não havia sequer indícios de infração funcional por parte dos Procuradores que examinaram a contratação com o SERPRO. Reproduz-se a seguir trecho da conclusão do Parecer nº 168/2011/LLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de lavra do Procurador Federal Leonardo Lício do Couto, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, em 16 de junho de 2011:

"42. Por essas razões, entende-se que a atuação da PFE/INPI na espécie mostrou-se escorreita, não se vislumbrando indícios da existência de erro crasso ou culpa grave e ainda má-fé nas manifestações jurídicas emitidas."

77. Pelo exposto, vê-se que a Procuradoria-Geral Federal teve acesso aos processos administrativos que instruem a presente ação civil pública, e analisou as manifestações deste órgão no tocante à contratação do SERPRO, e não identificou indícios de falha no exame jurídico.

78. Como não houve falhas no exame jurídico da dispensa da licitação, não há irregularidade na conduta dos requerentes que autorizaram e efetuaram a contratação direta com o SERPRO.

3. CONCLUSÃO

79. Diante do exposto, este órgão consultivo **opina pelo deferimento do requerimento de representação judicial** em face do atendimento dos requisitos dispostos na Portaria AGU nº 408, de 2009, notadamente para conferir coerência e uniformidade com a defesa já exercida pela Procuradoria Regional Federal da 2ª Região, que representa judicialmente um Procurador Federal, nos autos da ação civil pública.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2018.

Loris Baena Cunha Neto
Procurador-Chefe

1. ^ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *Representação judicial do agente público elaborada por membro da AGU. Garantia para a consecução do interesse público relevante*. Revista Virtual da AGU, ano XI, nº 115, agosto de 2011. Disponível em <http://www.agu.gov.br/noticia/n-115-agosto-2011>, p.2-3.
2. ^ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2007. p. 291. apud Eduardo Nepomuceno de Souza, *Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa*, **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html> Acesso em: 02 jun. 2017., p.1.
3. ^ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 22 ed. São Paulo: Atlas, págs. 823-824 apud Maria Iraneide Olinda Santoro Fachini, *Improbidade e dolo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça in Boletim Científico ESPMU, Brasília, a.10-n.36, p.53-65- Edição Especial 2011, p. 60* Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-36-edicao-especial-2011/improbidade-e-dolo-na-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica> Acesso em 02/06/2017.
4. ^ Aristides Junqueira Alvarenga, *Reflexões sobre Improbidade Administrativa in Cássio Scarpinella Bueno, Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.), Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.108* apud Leonardo Marcio Laureano, *Elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa: a (in) aplicabilidade da culpa e do dolo*, *Revista da ESMESC*, v.22, n.28, 2015, p. 343, Disponível em <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/132>, Acesso em 02/06/2017.
5. ^ Márcio Cammarosano e Flávio Unes Pereira, *Improbidade Administrativa e a Jurisprudência do STJ*, *Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n.61, set/dez 2013, p.120*. Disponível em http://www.tres.gov.br/arquivos/CAMMAROSANO_improbidade.pdf, Acesso em 02/06/2017.

Documento assinado eletronicamente por LORIS BAENA CUNHA NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 182520898 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LORIS BAENA CUNHA NETO. Data e Hora: 15-10-2018 11:25. Número de Série: 13909098. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
