

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

ALLAN CÉZAR SOUZA LA-CAVA

**A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO NA DEFESA DE
AGENTES PÚBLICOS EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**JUIZ DE FORA
2016**

ALLAN CÉZAR SOUZA LA-CAVA

**A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO NA DEFESA DE
AGENTES PÚBLICOS EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora como requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Abdalla Daniel Curi

Juiz de Fora
2016

ALLAN CÉZAR SOUZA LA-CAVA

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO NA DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS EM CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Prof. Abdalla Daniel Curi - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Bárbara Souza Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Álisson de Almeida Santos
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

A Deus, pela graça, saúde, capacidade e oportunidade concedidas.

A meus pais Antônio Carlos e Fátima, pelo exemplo de integridade, pelo amor incondicional, apoio, compreensão, por sempre acreditarem e investirem em mim. Bem como à minha irmã Priscilla, pelo amor, apoio e palavras de incentivo.

A meu primo irmão Pablo Farias, que muito me ajudou nesta reta final, por ser um exemplo pra mim, e com o qual espero dividir muitas felicidades e momentos de alegria como fazemos desde a infância.

A meus avós, José e Margarida, Geraldo (in memoriam) e Henery, e tios Davi e Valéria, pelo amor e apoio em todos os momentos.

Aos demais familiares que também sempre ofereceram apoio.

A meus grandes amigos, a família que Deus nos permite escolher, Gabriel Nascimento, Gabriel Salomão, Henrique Cardoso e Samuel Ferraz, pela experiência de vida que ao longo de anos de estudo e convivência adquirimos juntos e pelo puro sentimento de amizade que pra sempre guardaremos.

A meu estimado professor Abdalla Daniel Curi pelos conhecimentos partilhados e ao amigo e professor Marcelo Castro, pela atenção, direcionamento e conhecimentos partilhados.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 criou a Advocacia-Geral da União (AGU), inserindo a advocacia pública como uma das funções essenciais à Justiça. Entre as funções institucionais da Advocacia-Geral da União, destacam-se a atuação consultiva, realizada por intermédio da orientação e assessoramento jurídico, voltada exclusivamente ao Poder Executivo Federal e a seus dirigentes, e a atuação contenciosa, que contempla a atividade de representação judicial e extrajudicial da União. O presente trabalho tem como objetivo geral estudar a Advocacia-Geral da União e sua atuação, fazendo um panorama geral acerca dessa instituição bem como acerca da ação de improbidade administrativa. O objetivo específico é analisar a atuação da Advocacia-Geral da União em defesa de agentes públicos em casos de improbidade administrativa, frisando a sua importância e legitimidade. Após a análise dos planos constitucional, legal e regulamentar e da doutrina majoritária, conclui-se que é possível e perfeitamente legítima a atuação da Advocacia-Geral da União em defesa de agentes públicos em casos de improbidade administrativa, com a devida análise do caso concreto pela AGU.

Palavras-chave: Advocacia-Geral da União. Improbidade Administrativa. Agentes públicos.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution created the Attorney General's Office (AGU), inserting public advocacy as one of the essential functions to Justice. The consultative activities carried out through the guidance and legal advice, dedicated exclusively to the Federal Executive Branch and its directors, and litigation activities, which includes the judicial and extrajudicial representation of the Union, stand out among the institutional functions of the Attorney General's Office. The general objective of the present study is to give an overview about the Attorney General's Office and its activities and about the action against misconduct in public office. The specific objective is to analyze the work of the Attorney General's Office in defense of public officers in cases of misconduct in public office, stressing their importance and legitimacy. The conclusion after the analysis of the constitutional, legal and regulatory plans and the majority doctrine was that it is possible and perfectly legitimate for the Attorney General's Office to defend public officers in cases of misconduct in public office, with due analysis of the concrete case by the AGU.

Keywords: Brazil Attorney General's Office. Misconduct in Public Office. Public Officers.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	07
1 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO	09
1.1 Conceito	09
1.2 Origem e evolução histórica	10
1.3 A Advocacia-Geral da União após a CF/88	14
1.4 Órgãos e principais atribuições	15
1.5 Funções institucionais	17
2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	19
2.1 Conceito e fontes normativas	19
2.2 Sujeito ativo do ato de improbidade	20
2.3 Tipologia de improbidade	22
2.4 Sanções	28
2.5 Competência jurisdicional	31
2.6 Procedimento judicial	32
3 REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO	34
3.1 Fontes normativas	35
3.2 Hipóteses de cabimento da representação judicial	37
3.3 Limites da atuação da AGU na defesa de agentes públicos em casos de improbidade administrativa	39
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

Não se pode deixar de reconhecer a importância da Advocacia-Geral da União no contexto jurídico e social. Com a Constituição Federal de 1988 e a criação da Advocacia-Geral da União, a União organizou sua advocacia, inserindo a advocacia pública entre as funções essenciais à Justiça e estabelecendo ser um órgão independente, que serve aos legítimos interesses dos três Poderes da República, realçando a posição da Instituição como um dos principais elos de interação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, com o objetivo de harmonizar a relação entre as três funções estatais.

Quando se fala em advocacia pública, a primeira ideia que nos vem em mente é a atividade de representação judicial e extrajudicial em defesa da União e a atividade de orientação e assessoramento jurídico, por sua vez voltada exclusivamente ao Poder Executivo. No entanto, além dessas grandes áreas de atuação, desenvolvem-se no âmbito da AGU as atividades de conciliação e arbitramento, cujo objetivo principal é o de resolver administrativamente os litígios entre a União, autarquias e fundações, evitando, assim, a judicialização de conflitos entre entes da administração pública.

Cabe ressaltar, que a missão constitucional outorgada pelo constituinte permite à AGU figurar como instituição essencial para o cumprimento e a concretização dos deveres e das promessas da Constituição e do Estado, através da defesa direta das políticas públicas legítima e democraticamente definidas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo.

Na seara das atribuições institucionais, uma das maiores polêmicas é a atuação da Advocacia-Geral da União em defesa de agentes públicos. Nesse contexto, o trabalho ora apresentado, além de fazer uma análise geral da Advocacia-Geral da União como instituição indispensável à promoção da justiça, focará suas atenções na atuação da AGU em defesa de agentes públicos, que constitui o objetivo específico do trabalho, mormente quanto aos requisitos e limites impostos ao desempenho da aludida atividade.

A metodologia de pesquisa utilizada consiste na pesquisa bibliográfica, na análise da legislação vigente pertinente ao tema, em artigos científicos extraídos da internet, bem como na análise e reflexão acerca do assunto.

No primeiro capítulo estudaremos a origem e evolução histórica da referida instituição, além das atribuições constitucionais e legais a ela conferidas. Analisando, de forma isolada, qual a posição em que a advocacia pública foi inserida em todos os textos

constitucionais anteriores ao de 1988. Igualmente, serão abordadas as alterações constitucionais e legais ocorridas após a CF/88.

Na sequência, o segundo capítulo cuidará da análise da ação de improbidade administrativa. Desta feita, serão abordados o conceito, as fontes normativas, o sujeito ativo do ato de improbidade, a competência jurisdicional e o procedimento judicial de tal ação, bem como a tipologia de improbidade e as sanções previstas.

Por fim, o ápice do trabalho está inserido nas linhas do terceiro capítulo, pois nele estudaremos as questões atinentes à possibilidade, bem como aos limites impostos a Advocacia-Geral da União, ao exercer suas funções pertinentes à representação judicial de agentes públicos em casos de improbidade administrativa, frisando a missão constitucional outorgada pelo constituinte à AGU como instituição indispensável na defesa direta das políticas públicas legítima e democraticamente definidas, e a consequente defesa dos que as planejam, formulam e executam tais políticas. Estudando também, nos planos constitucional, legal e regulamentar, as razões que justificam essa atividade.

1 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Preliminarmente, antes de adentrarmos a seara que é base deste trabalho, ou seja, a defesa de agentes públicos pela Advocacia-Geral da União e seus respectivos limites, necessário se faz que conheçamos o conceito, a origem e evolução histórica da referida instituição, além das atribuições constitucionais e legais a ela conferidas.

1.1 Conceito

Inicialmente, pela Constituição da República Federativa do Brasil há de se notar a Advocacia Pública no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, Seção II, nos artigos 131 e 132.

A Seção II, originalmente denominada Advocacia-Geral da União, teve sua denominação alterada para Advocacia Pública pela Emenda Constitucional nº 19/98, tendo em vista que a Advocacia Pública compreende, além da Advocacia-Geral da União, as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, e as Procuradorias dos Municípios.

De acordo com Mário Bernardo Sesta (1993), advocacia pública é "aquela que aconselha ou patrocina interesses de pessoas jurídicas de direito público, interesses em que prevalece não a vontade do agente mas a da coletividade consagrada no ordenamento constitucional ou legal".

Basicamente, o conceito de Advocacia-Geral da União (AGU) se encontra inserido no artigo 131 da Constituição Federal, o qual dispõe:

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. (BRASIL, 1988)

Cabe ressaltar que a Advocacia-Geral da União não é subordinada a nenhum dos Poderes que representa, tanto que o constituinte não a inseriu nos Capítulos I (Do Poder Legislativo), II (Do Poder Executivo) ou III (Do Poder Judiciário), mas em capítulo à parte (Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça), à semelhança com o que ocorre com o Ministério Público.

Desta forma, numa análise sistemática, pode-se chegar à conclusão de que a Advocacia-Geral da União é um órgão constitucional e permanente, não se vinculando a

nenhum dos três Poderes que representa. Exerce função essencial para a atividade jurisdicional do estado na busca da justiça.

1.2 Origem e evolução histórica

A fim de melhor compreendermos a evolução jurídica da Advocacia-Geral da União no Brasil e sua relevância no contexto social inserido à época correspondente, passemos ao estudo de cada uma das Constituições.

Importante previamente destacar que, antes de 1988, por não existir ainda a Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal acumulava as funções que hoje desempenha, de defesa da sociedade, de titular da ação penal etc., com a defesa da União. Por isso, nosso estudo compreenderá o conteúdo constitucional correspondente a função de defesa da União.

a) Constituição de 1824

O texto do Império, no Título 3º, em que tratava dos Poderes e da Representação Nacional, apenas referiu-se ao Imperador e a Assembléia Geral como representantes da Nação. Eram reconhecidos pela Constituição os Poderes Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial.

b) Constituição de 1891

O referido texto constitucional apenas tratou e disciplinou regras para a investidura do Procurador Geral da República, que seria designado pelo Presidente da República dentre os membros do STF, na Seção III, Título I, que tratava do Poder Judiciário.

Art. 58 - Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias.

§ 1º - A nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria bem como o provimento dos Ofícios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos Presidentes dos Tribunais.

§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei (BRASIL, 1891)

Antes da Constituição de 1891, após a Proclamação da República, o Decreto nº 848, de 11/10/1890, ao organizar a Justiça Federal, se referiu ao Procurador-Geral da

República, como competente para representar a União bem como observamos a sua função consultiva, entre outras atribuições. Sendo a primeira vez na história da nação em que se referiu ao Ministério Público como instituição:

Art. 22. Compete ao procurador geral da Republica:

- a) exercer a acção pública e promovê-la até final em todas as causas da competência do Supremo Tribunal;
- b) funcionar como representante da União, e em geral officiar e dizer de direito em todos os feitos submettidos á jurisdicção do Supremo Tribunal;
- c) velar pela execução das leis, decretos e regulamentos, que devem ser applicados pelos juizes federaes;
- d) defender a jurisdicção do Supremo Tribunal e a dos mais juizes federaes;
- e) fornecer instrucções e conselhos aos procuradores seccionaes e resolver consultas destes, sobre materia concernente ao exercicio da justiça federal. (BRASIL, 1890)

c) Constituição de 1934

Na Constituição de 1934, o Ministério Público adquire status constitucional, tendo em vista que foi separado do Poder Judiciário, diferente da previsão inserida no texto de 1891. Foi estabelecido como órgão de cooperação das atividades governamentais (Seção I, do Capítulo VI, do Título I).

Dentre as regras estabelecidas observa-se a nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal dentre os cidadãos com os requisitos estabelecidos para os ministros da Suprema Corte. Não havendo necessidade de o Procurador-Geral fazer parte do Judiciário, diferente do previsto na Constituição de 1891. Bem como a previsão de ingresso na carreira por meio de concurso público e estabilidade do cargo, só podendo perdê-lo por sentença judiciária ou processo administrativo, assegurada, em ambas as hipóteses, a ampla defesa.

Art. 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

§ 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível ad nutum .

§ 2º - Os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Território serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores.

§ 3º - Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1934)

d) Constituição de 1937

A Constituição tratou vagamente das regras sobre o Procurador-Geral da República, inserindo o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário. Assim, verifica-se um retrocesso em relação ao Ministério Público enquanto instituição. Também verifica-se que o texto constitucional estabelece a livre nomeação e demissão do PGR pelo Presidente da República independente de aprovação do Senado Federal.

Art. 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1937)

Outro ponto relevante para nosso estudo foi a previsão, no art. 109, de lei reguladora da competência e dos recursos nas ações de cobrança da dívida ativa da União, podendo-se atribuir ao Ministério Público dos Estados a função de representar em juízo a Fazenda Federal.

Art. 109 - Das sentenças proferidas pelos Juízes de primeira instância nas causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente, haverá recurso diretamente para o Supremo Tribunal Federal.
Parágrafo único - A lei regulará a competência e os recursos nas ações para a cobrança da dívida ativa da União podendo cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar em Juízo a Fazenda Federal. (BRASIL, 1937)

e) Constituição de 1946

A Constituição deu destaque especial ao Ministério Público, separando-o dos Poderes, estabelecendo-o em título próprio (Título III), destacando-se as seguintes previsões: organização do Ministério Público da União por lei; representação da União em juízo pelos Procuradores da República, com possibilidade de a lei atribuir esse ofício, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local; ingresso através de concurso público e garantias de estabilidade e inamovibilidade.

Desta forma, os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressavam nos cargos iniciais da carreira mediante concurso, sendo que, após dois anos de exercício, só podiam ser demitidos por sentença judiciária ou mediante processo administrativo (com ampla defesa).

Outro aspecto relevante é a submissão da escolha do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República ao Senado Federal.

Art. 125 - A lei organizará o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais (art. 94, I a V). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

Art. 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível ad nutum.

Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. (BRASIL, 1946)

f) Constituição de 1967

As previsões do texto de 1946 foram, de modo geral, replicadas na Constituição de 1967, porém houve um retrocesso na arquitetura constitucional pois a Constituição de 1967 retornou o Ministério Público ao capítulo do Poder Judiciário, na Seção IX, do capítulo VIII, retirando-o do título especial e exclusivo.

g) Emenda Constitucional nº 1/69

A referida emenda não desatrelou a instituição dos poderes, mas apenas alterou o texto da Constituição de 1967, “movimentando” o MP para o Poder Executivo (Seção VIII, do Capítulo VII). Em síntese, as regras pré-determinadas na Constituição de 1967 foram mantidas e a representação judicial da União continuou sendo exercida pelo Ministério Público Federal.

Em síntese, no conjunto de todas as Constituições brasileiras anteriores a 1988, não houve menção a Advocacia-Geral da União e pouco se destacou a função de defesa da União, sendo a atual Constituição a que mais trouxe novidades, definindo-a como função essencial à Justiça, retirando-a definitivamente da esfera dos Poderes, atribuindo-a princípios, garantias e funções.

1.3 A Advocacia-Geral da União após a CF/88

Como visto anteriormente, a mudança constitucional mais relevante ocorrida em 1988, para o âmbito do objeto deste estudo, repousa na alteração do papel institucional do Ministério Público Federal e na criação da Advocacia-Geral da União.

Antes de 1988, o Ministério Público Federal acumulava as funções que atualmente desempenha com a defesa da União. O patrocínio dos feitos em que era parte a União era atribuição dos Procuradores da República, excetuados os que versavam matéria tributária, cometidos à Procuradoria da Fazenda Nacional, subordinada ao Ministério da Fazenda. A atividade de consultoria desvinculava-se inteiramente do procuratório, desempenhada, em nível de cúpula do Poder Executivo, pelo Consultor Geral da República, e, no plano ministerial, através de consultorias.

A União somente organizou sua advocacia após a Constituição de 1988, que a delimitou, desmembrando tais atribuições, criando a Advocacia-Geral da União que exerce, no contexto da “Organização dos Poderes”, “Funções Essenciais à Justiça”, ao lado, embora com distintas atribuições, do Ministério Público, que já não desempenha o papel de defensor da União.

Assim, a União organizou sua advocacia, inserindo a advocacia pública entre as funções essenciais à Justiça, distinguindo, em seus artigos 131 e 132, a Advocacia da União da Advocacia dos Estados-membros e Distrito Federal, e nos artigos 133 e 134, a advocacia em geral e a destinada a dar assistência jurídica a pessoas carentes.

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. (BRASIL, 1988)

No entanto, o ordenamento carecia de lei complementar que dispusesse sobre a organização e funcionamento da AGU. Somente com o advento da Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993 a Advocacia da União foi estruturada, como estudaremos a seguir.

1.4 Órgãos e principais atribuições

A Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União) em seu Título I (Das Funções Institucionais e da Composição), Capítulo II (Da Composição), estruturou de forma orgânica a Advocacia-Geral da União, e no Título II (Dos Órgãos da Advocacia-Geral da União) delimitou as atribuições de cada órgão. Segundo a referida lei, os órgãos da AGU foram assim estruturados:

a) Órgãos de Direção Superior:

Dentre os órgãos de direção superior, estão o Advogado-Geral da União, a Procuradoria-Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Consultoria-Geral da União, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, representando a União perante o Supremo Tribunal Federal em causas que não possuem natureza fiscal.

A Procuradoria-Geral da União representa a União perante os tribunais superiores em quaisquer causas, ressalvadas aquelas de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Também representa as autarquias e fundações federais (INSS, UFSM, IBAMA, DNIT, INMETRO, etc.).

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional presta assessoramento jurídico e consultoria ao Ministério da Fazenda e exerce a representação judicial da União em causas de natureza tributária (inclusive execução da dívida ativa de caráter tributário) e em causas de natureza fiscal.

A Consultoria-Geral da União colabora com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República.

O Conselho Superior da AGU tem atribuições restritas: tratar dos concursos de ingresso nas Carreiras da Instituição, organizar listas de promoções e remoções dos membros efetivos da AGU e decidir sobre estágio confirmatório, entre outras atribuições (outras atribuições conferidas ao Conselho Superior da AGU pelas Portarias nº 7, de 2009, 1.643, de 2009, nº 55, de 2009, nº 218, de 2011, nº 248 de 2011, nº 178, de 2012, nº 345, de 2012, nº 568, de 2012, e Resolução nº 1, de 2011), sendo composto de membros natos (Advogado-Geral da União, Procuradores-Gerais da União e da Fazenda

Nacional, Consultor-Geral da União e Corregedor-Geral da União) e de membros eleitos (um representante de cada Carreira) com mandato de dois anos.

A Corregedoria-Geral da AGU atua como órgão de correição dos órgãos jurídicos e fiscalização das atividades funcionais dos Membros de carreira jurídica integrantes da Instituição. O seu papel é exercer uma atividade de controle preventiva, corretiva e de apuração de eventuais irregularidades constatadas nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União. Tem sua atuação voltada tão somente para os órgãos jurídicos da Instituição, inclusive os vinculados, e para os membros da AGU, não se ocupando dos demais órgãos e servidores.

b) Órgãos de Execução:

Dentre os órgãos de execução estão as Procuradorias Regionais da União, as Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional, as Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas, as Procuradorias da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas, a Consultoria da União e as Consultorias Jurídicas nos Ministérios.

As Procuradorias Regionais da União e da Fazenda Nacional se localizam nas Capitais que sejam sede de Tribunal Regional Federal (Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife), representando a União junto aos Tribunais Regionais Federais nas cinco regiões.

As Procuradorias da União e da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal estão localizadas nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal e representam a União junto à 1ª instância nas Capitais (Justiça Federal e Trabalhista).

As Procuradorias Seccionais da União e da Fazenda Nacional se localizam em cidades do interior dos Estados, e representam a União junto à 1ª instância no interior.

A Consultoria da União, órgão da Consultoria-Geral da União, exerce as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos a União, sendo composta pelos Consultores da União.

As Consultorias Jurídicas, localizadas nos Ministérios, exercem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito das respectivas Pastas.

c) Órgão de Assistência Direta e Imediata ao Advogado-Geral da União:

Além dos órgãos que dizem respeito às atividades finalísticas da AGU, a sua Lei Orgânica previu ainda o Gabinete do Advogado-Geral da União, órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União.

d) Órgãos Vinculados:

As Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas, órgãos vinculados à AGU, são responsáveis pela representação judicial e extrajudicial e pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos das autarquias e fundações federais.

Concluída a apresentação da estrutura orgânica, estudaremos as funções institucionais previstas, incluindo a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União.

1.5 Funções institucionais

A Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, “representa, judicial e extrajudicialmente, a União, suas autarquias e fundações, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispõe sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

A parte final do referido artigo prevê a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União, realizada por intermédio da orientação e assessoramento jurídico, sendo estas voltadas exclusivamente ao Poder Executivo Federal e a seus dirigentes, relacionadas à verificação de adequação prévia dos atos que o Poder Executivo pretende praticar aos princípios e regras constantes em nosso ordenamento, com vistas a oferecer conformidade e segurança jurídica aos atos administrativos que precisam ser praticados.

São responsáveis pelo exercício das atividades consultivas os Advogados da União, os advogados integrantes do Quadro Suplementar, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores Federais, cada qual na sua respectiva área de atuação.

No exercício dessas importantes funções, sobressai a atuação que tem o dever dar formatação jurídico-constitucional às políticas públicas, de forma a preservar os direitos e garantias fundamentais do cidadão e, em última análise, prevenir o surgimento de litígios ou disputas jurídicas.

Além da atuação consultiva, também está prevista a atuação contenciosa da Advocacia-Geral da União (AGU), que se dá por meio da representação judicial e extrajudicial da União (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dos órgãos públicos que exercem função essencial à justiça), além de suas autarquias e fundações públicas. A atuação contenciosa tem previsão no referido artigo 131, da Constituição Federal, bem como no artigo 182, do Código de Processo Civil:

Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta. (BRASIL, 2015)

Enquanto a atuação consultiva da AGU, realizada por intermédio da orientação e assessoramento jurídico, é voltada exclusivamente ao Poder Executivo Federal e a seus dirigentes, a atuação contenciosa, contempla a atividade de representação judicial e extrajudicial em defesa dos interesses dos três Poderes constituídos da República (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), além de servir também à defesa dos demais órgãos públicos que exercem função essencial à justiça.

Portanto, a AGU exerce a representação judicial e extrajudicial da União (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dos órgãos públicos que exercem função essencial à justiça), além de suas autarquias e fundações públicas. Sendo a representação judicial exercida em defesa dos interesses dos referidos entes nas ações judiciais em que a União figure como autora, ré ou, ainda, terceira interessada; e a representação extrajudicial exercida perante entidades não vinculadas à Justiça, como órgãos administrativos da própria União, Estados ou Municípios.

São responsáveis pelo exercício das atividades de representação os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores Federais, cada qual na sua respectiva área de atuação.

Além dessas grandes áreas de atuação, desenvolvem-se no âmbito da AGU as atividades de conciliação e arbitramento, cujo objetivo principal é o de resolver administrativamente os litígios entre a União, autarquias e fundações, evitando, assim, a judicialização de conflitos entre entes da administração pública.

2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Proseguimos este estudo abordando a ação de improbidade administrativa, tendo em vista ser essencial que conheçamos o conceito, as fontes normativas, o sujeito ativo, a competência jurisdicional e o procedimento judicial de tal ação, bem como a tipologia de improbidade e as sanções previstas.

2.1 Conceito e fontes normativas

Dúvida conceitual que se impõe, refere-se a relação entre os conceitos de probidade e de moralidade, para os quais a doutrina procura distinções, dividindo-se principalmente em três correntes.

Para alguns, probidade é um subprincípio da moralidade. Nesta linha, Wallace Paiva Martins Júnior (2006, p. 112) afirma que "a improbidade é uma imoralidade qualificada pelo resultado: enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou atentado aos princípios da Administração Pública".

Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Sendo a improbidade mais ampla que a imoralidade, já que, no texto da Lei Federal n. 8.429/92, a ofensa ao princípio de moralidade administrativa é apenas uma das hipóteses de atos de improbidade.

Outros ainda sustentam que probidade e moralidade administrativa são sinônimos, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (artigo 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (artigo 37, § 4º). Adere a esse entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmando que probidade e moralidade administrativa, como princípios, se equivalem, abarcam os valores de honestidade, lealdade, boa-fé, boa administração.

Independente do entendimento adotado, as expressões foram utilizadas para o mesmo fim, qual seja, a preservação do princípio da moralidade administrativa.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

A ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa". (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1111 e 1112)

Trata-se de um instrumento de controle judicial sobre tais condutas, buscando tutelar os princípios consagrados no artigo 37, caput, da Constituição: legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade.

A regulação da improbidade não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, nas constituições anteriores a 1988, a improbidade se resumia apenas a figura do enriquecimento ilícito.

Atualmente, é o artigo 37, § 4º, da Constituição, a fonte normativa principal sobre a matéria:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

O instrumento regulamentador da improbidade administrativa é a Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que explicita situações consideradas violadoras da “probidade”, tipificando as figuras do enriquecimento ilícito, do prejuízo ao erário e da infringência aos princípios administrativos, como condutas tidas por atentatórias à probidade.

Examinaremos, a seguir, de modo conciso, os principais aspectos da citada lei que têm relevância para o tema central deste estudo.

2.2 Sujeito ativo do ato de improbidade

O sujeito ativo do ato de improbidade é o agente público, assim qualificado nos termos do artigo 2º da Lei 8.429/92, sendo que, ao seu lado, poderão figurar particulares colaboradores ou beneficiários dos atos de improbidade. Assim, no sistema adotado pela Lei de Improbidade, podem identificar-se dois grupos de sujeitos ativos: agentes públicos e terceiros.

O conceito de agente público é imprescindível ao correto exame do dever de probidade administrativa e à imputação de atos de improbidade. Nos termos do art. 2º da Lei nº 8.429/92:

Agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 1992)

A Lei de Improbidade amplia o conceito de agente público, englobando neste um número considerável de hipóteses. Merece atenção o fato de que, como expressa o próprio dispositivo, a noção serve “para os efeitos desta lei”, e com sua notável amplitude abrange todas as modalidades de agentes públicos. Enquanto a noção comum de agente público é mais restrita, indicando aquele que mantenha vínculo jurídico formal com o Estado.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves categorizam os agentes públicos em agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos e agentes meramente particulares:

Agentes Políticos são aqueles que, no âmbito do respectivo poder desempenham as funções políticas de direção previstas na Constituição, normalmente de forma transitória, sendo a investidura realizada por meio de eleição (no Executivo, Presidente, Governadores, Prefeitos e, no Legislativo, Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores) ou nomeação (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais).

Agentes particulares colaboradores são os que executam determinadas funções de natureza pública, por vezes de forma transitória e sem remuneração (exemplo jurados, mesários, escrutinadores, representantes da sociedade civil em conselho), abrangendo, para os fins da Lei da Improbidade, aqueles que tenham sido contratados especificamente para o exercício de determinada tarefa.

Servidores públicos são aqueles que, qualquer que seja o regime jurídico a que estejam submetidos, possuem um vínculo permanente com os entes estatais da administração direta ou indireta, desempenham funções próprias destes, ou outras úteis à sua consecução, e são remunerados por seus serviços, estando aqui incluídos os membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. (GARCIA e ALVES, 2002, p. 207-209)

É imprescindível salientar que, dada a grande variedade de agentes públicos e de seus regimes jurídicos, a Lei nº 8.429/92 não lhes é aplicável integralmente no que tange a algumas das sanções previstas no art. 12. Estas terão que ser interpretadas mediante a compatibilização de sua natureza com o status funcional do agente.

O artigo 3º da Lei de Improbidade, ampliando o rol dos sujeitos ativos passíveis de responsabilização, engloba também, no que couber, “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta”. (BRASIL, 1992)

A conduta ímproba é a de induzir ou concorrer. José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1121) esclarece que “o sentido de induzir é o de instilar, plantar, inculcar em outrem a idéia do ilícito (que antes não existia); concorrer, por sua vez, significa participar do ilícito, prestando auxílio material ao agente”.

Devemos observar que o terceiro, quando beneficiário direto ou indireto do ato de improbidade, só pode ser responsabilizado por ação dolosa, ou seja, quando tiver ciência da origem ilícita da vantagem. Outro ponto relevante é que o terceiro jamais poderá figurar sozinho no pólo passivo da ação de improbidade, sendo exigível a presença de um agente público na relação processual.

2.3 Tipologia de improbidade

A Lei de Improbidade Administrativa enumera as hipóteses de responsabilização administrativa, antecedentes lógicos ao sancionamento posterior dos agentes públicos ou a ele equiparado para efeito da proteção à probidade.

Agrupando os atos de improbidade em três categorias distintas, considerando os valores jurídicos afetados pela conduta e suscetíveis de tutela, os artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 tipificam as figuras do enriquecimento ilícito, do prejuízo ao erário e da infringência aos princípios administrativos, como condutas tidas por atentatórias à probidade.

No caput dos dispositivos temos a conduta genérica configuradora da improbidade e nos diversos incisos as condutas específicas, que, no entanto, constituem relação meramente exemplificativa, de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo.

A seguir, estudaremos os elementos principais que dão a configuração jurídica à tipologia de Improbidade, de acordo com as categorias nas quais foram agrupadas.

2.3.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

Enriquecimento ilícito é a primeira modalidade prevista pela Lei de Improbidade, em seu artigo 9º, cujo caput, caracteriza o enriquecimento ilícito pela obtenção da vantagem patrimonial indevida em razão do vínculo entre agente e administração pública.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei. (BRASIL, 1992)

Nesta norma, consagra-se o aumento patrimonial injustificado, em que há desproporção entre as rendas e rendimentos auferidos pelo agente público e sua respectiva capacidade de adquirir bens.

Figura como pressuposto exigível do tipo a percepção da vantagem patrimonial ilícita obtida pelo exercício da função pública em geral. Por sua vez, o dano ao erário é pressuposto dispensável. Significa que a conduta de improbidade no caso pode perfazer-se sem que haja lesão aos cofres públicos.

Carvalho Filho (2015, p. 1123) afirma que "constitui objeto da tutela o enriquecimento legítimo, justo e moral. Não há objetivação a que o indivíduo se enriqueça, desde que o faça por meios lícitos. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, ou seja, aquele que ofenda os princípios da moralidade e da probidade".

Afirma também, Carvalho Filho (2015, p. 1124), que "quanto à natureza do tipo, tratar-se-á sempre de conduta comissiva. De fato, a conduta genérica do caput e as específicas dos incisos não comportam condutas omissivas. Ninguém pode ser omissivo para receber vantagem indevida, aceitar emprego ou comissão ou utilizar em seu favor utensílio pertencente ao patrimônio público".

O elemento subjetivo da conduta restringe-se ao dolo tendo em vista a culpa não ser compatível a fisionomia do tipo. Por exemplo, não se pode conceber que algum servidor receba vantagem indevida por imprudência, imperícia e negligência.

2.3.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

Esta modalidade de ato administrativo ímprobo é tratada no artigo 10 e seus quinze incisos. Representa dano ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da lei n. 8.429/92.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

- VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente
- VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;
- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
- XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.
- XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
- XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.
- XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (BRASIL, 1992)

A perda patrimonial consiste em qualquer lesão que afete o patrimônio. Desvio, apropriação, malbaratamento e dilapidação são espécies de perda patrimonial. Segundo Carvalho Filho, desvio indica direcionamento indevido de bens ou haveres; apropriação é a transferência indevida da propriedade; malbaratamento significa desperdiçar, dissipar, vender com prejuízo; e dilapidação equivale a destruição, estrago.

Figura como pressuposto exigível a ocorrência do dano ao patrimônio das pessoas referidas no art. 1º da lei. Por sua vez, a ocorrência de enriquecimento ilícito é pressuposto dispensável. Ou seja, a conduta pode provocar dano ao erário sem que alguém se locuplete indevidamente.

Carvalho Filho (2015, p. 1124) afirma que "o objeto da tutela reside na preservação do patrimônio público. Não somente é de proteger-se o erário em si, com suas dotações e recursos, com outros bens e valores jurídicos de que se compõe o patrimônio público. Esse é o intuito da lei no que toca a tal aspecto".

Afirma também, Carvalho Filho (2015, p. 1126), que "a natureza dos tipos admite condutas comissivas ou omissivas, o que nesse aspecto se diferencia dos atos que importam enriquecimento ilícito, só perpetrados, como vimos, por atos comissivos. Se o agente concorre para que o bem público seja incorporado ao patrimônio de pessoa privada (art.10,I), sua conduta é comissiva; quando permite a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento(art.10, IX), sua conduta é normalmente omissiva".

Quanto ao elemento subjetivo, os danos causados ao patrimônio público podem ser dolosos ou culposos, como consta do caput do dispositivo. Sendo esta a única modalidade que permite a forma culposa.

2.3.3 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública

Conforme prescreve o artigo 37 da Constituição Federal, são princípios da administração pública a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios da administração pública são as regras que servem de parâmetro de interpretação das demais normas jurídicas, apontando os caminhos que devem ser seguidos pelos aplicadores da lei. Os princípios atuam oferecendo coerência e harmonia para o ordenamento jurídico, evitando também as lacunas.

Dispõe o artigo 11 da lei de Improbidade Administrativa em seu caput que se configura como ato de improbidade administrativa aquele "que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições". Essa é a conduta genérica; os incisos I a VII relacionam as condutas específicas.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (BRASIL, 1992)

O artigo faz referência aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às Instituições. O objetivo é a preservação dos princípios gerais da administração pública, como consta do título da seção III. A honestidade e a lealdade às instituições são associadas à moralidade e à probidade; a imparcialidade tem elo com a impessoalidade; e a legalidade já preexiste por si própria. Não houve na conduta genérica a referência à publicidade, mas a conduta específica prevista no inciso IV (“negar publicidade aos atos oficiais”) a contempla.

No dispositivo em foco, o pressuposto exigível é somente a vulneração em si dos princípios administrativos. Dispensáveis, portanto, o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. É o caso da hipótese de o agente retardar a prática de ato de ofício (art. 11, II).

Carvalho Filho (2015, p. 1127) afirma que "constitui objeto da tutela a observância dos princípios constitucionais. Com a positivação dos princípios, criaram-se tipos legais conformadores de improbidade administrativa. Assim, a violação de princípio configura-se fatalmente como violação do princípio da legalidade".

Afirma também, Carvalho Filho (2015, p. 1127), que "a natureza dos tipos implica condutas comissivas e omissivas. Como exemplo das primeiras, cite-se a revelação pelo agente de fato de que tenha ciência em virtude de sua competência administrativa (art. 11, III); já omissiva é a conduta em que o agente “deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício” (art. 11, II)".

Finalmente, quanto ao elemento subjetivo não há na lei referência à culpa. Portanto, é exclusivamente o dolo elemento subjetivo dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, não se enquadrando como ato de improbidade aqueles praticados por imprudência, negligência ou imperícia.

2.4 Sanções

A aplicação das sanções é de competência privativa do Poder Judiciário, não podendo ser realizada pela Administração Pública. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 37, § 4º que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos públicos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." Com o intuito de regulamentar e complementar o elenco constitucional o artigo 12 da Lei nº 8.429/92 dispõe:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;³⁷

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 1992)

Cada inciso contém relação própria para uma determinada espécie de improbidade, de modo que o inc. I relaciona as sanções aplicáveis no caso de enriquecimento ilícito; o inc. II, as que incidem quando se trata de atos que provoquem danos ao erário; e o inc. III, as que se aplicam no caso de vulneração a princípios administrativos.

São seis as modalidades de sanções previstas, praticamente as mesmas para cada um dos tipos de improbidade, variando, porém, algumas em função de tempo ou de valores. São elas: perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;

ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público; proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio atinge o direito de propriedade do agente que causou prejuízo à Administração Pública. Para tanto, é necessário comprovar o nexo de causalidade entre a aquisição indevida do bem e o exercício da função pública.

O ressarcimento integral do dano causado à Administração Pública, por sua vez, também atingirá o direito de propriedade do pelo agente que praticou o ato de improbidade. Ele será determinado por sentença judicial, não havendo necessidade de interposição de ação própria.

Quanto à perda da função pública, vale mencionar que, importa na perda definitiva da função que o agente público esteja exercendo ao tempo da condenação, pouco importando o cargo ocupado quando da prática do ato ímprobo.

A suspensão dos direitos políticos também é prevista no artigo 15 da Constituição Federal. Ao graduar a suspensão deve-se observar os limites mínimos e máximos previstos pela Lei de Improbidade (artigo 9 – 8 a 10 anos; artigo 10 – 5 a 8 anos e artigo 11 – 3 a 5 anos), sendo imprescindível a fundamentação da aplicação do grau imposto.

A multa civil será fixada observadas a natureza e a gravidade do ato ímprobo, levando-se em conta os danos causados ao erário, a capacidade econômica do agente e sua conduta, entre outros.

A proibição de contratar com o Poder Público irá limitar a atividade profissional do agente ímprobo. Esta penalidade, contudo, não poderá ser eterna, deverá ter um tempo máximo de duração, sob pena de violação ao artigo 5º, (inciso XLVI alínea e XLVII, alínea b).

Ao analisar os incisos do artigo 12 da lei nº 8.429/92 percebe-se que as penas encontram-se escalonadas de acordo com a gravidade de cada uma das modalidades de ato ímprobo correspondente.

A aplicação das sanções pressupõe a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na interpretação e na aplicação das penalidades previstas. Isto porque esta aplicação dependerá da análise da conduta do agente caso a caso.

A este respeito, vale lembrar os ensinamentos de Marcelo Figueiredo:

Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais "adequada" em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal. (FIGUEIREDO, 2000, p. 114)

A observância destes princípios possui grande relevância no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar tipos abertos, dando margem a interpretações abusivas. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de sanções mais severas do que exige a natureza da conduta.

É de considerar-se, ainda, o princípio da adequação punitiva. Segundo este, a sanção só comporta aplicabilidade se houver adequação com a natureza do autor do fato. Assim, a sanção de perda de função pública só incide sobre agentes públicos, mas nunca sobre terceiros. O ressarcimento do dano e a perda de bens só comportam aplicação se tiver ocorrido dano ou incorporação de bens públicos ao patrimônio privado. A sanção de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente só pode ser aplicada se o agente tiver remuneração; como se sabe, alguns agentes colaboradores honoríficos não percebem remuneração, sendo, pois, insuscetíveis de receber tal penalidade.

Pode ocorrer que uma só conduta ofenda simultaneamente os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade: é a hipótese das ofensas simultâneas a tais mandamentos. Se uma só for a conduta que ofenda ao mesmo tempo mais de um dispositivo, o aplicador deverá valer-se do princípio da subsunção, em que a conduta e a sanção mais graves absorvem as de menor gravidade.

Se forem várias as condutas, cada uma delas, por exemplo, violando um daqueles preceitos, as sanções poderão cumular-se desde que haja compatibilidade para tanto. É o caso do ressarcimento do dano e da multa civil. Em certos casos, porém, inviável será a cumulação: ninguém poderá ser condenado a várias sanções de suspensão de direitos políticos, mediante a soma dos diversos períodos desse tipo de sanção; aqui deve o julgador valer-se do método de absorção das menores pela sanção mais grave, visto que, a não ser assim, se estaria praticamente cassando, e não simplesmente suspendendo, o exercício daquele direito, o que não teria suporte

constitucional. Idêntica hipótese sucede com a perda de função pública, que só pode ser aplicada uma vez.

2.5 Competência jurisdicional

A competência para processamento da ação de improbidade administrativa é definida pela natureza jurídica que se dá para a ação ou para as sanções impostas. Quanto a isto silenciou a Constituição Federal, apenas se limitando a mencionar que a aplicação das punições independe da ação penal cabível.

A doutrina brasileira soa praticamente uníssona ao afirmar que o processo estabelecido na Lei nº 8.429/92 tem natureza civil, bem como considera que as sanções aplicadas pela lei têm natureza extrapenal, seriam elas de natureza política (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos, perda de função pública).

Na ADI 2.797/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, que introduziu os §§ 1º e 2º do art. 84, do CPP, estendendo o foro por prerrogativa de função do crime para as ações de improbidade administrativa. A Corte entendeu, na oportunidade, que somente a Constituição pode definir as competências originárias dos Tribunais.

Na ocasião, debateu-se a respeito da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, oportunidade em que a maioria dos Ministros do STF se pronunciou afirmando tratar-se de uma ação eminentemente civil. Para o Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2012, p. 290), “a ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-se o art. 37, §4º da Constituição ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas sem prejuízo da ação penal cabível”.

Com efeito, existem outros entendimentos doutrinários com menor expressão mas não por isso menos relevantes. Para alguns, em sentido contrário ao da corrente majoritária, a ação de improbidade administrativa possui natureza penal. Outros afirmam a responsabilidade por atos de improbidade administrativa corresponde a uma esfera autônoma de responsabilidade.

Wald e Mendes (1998, p. 214), por sua vez, acrescentam o aspecto político da responsabilização pelos atos de improbidade, diante da possibilidade de perda dos direitos políticos e perda da função pública, sendo, portanto, “uma ação civil, de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos”. Já para Maria Sylvia Zanella Di

Pietro, as referidas punições caracterizam a improbidade como um ilícito de natureza civil e política.

Como dito, a competência para processamento da ação é definida pela natureza jurídica atribuída para a ação ou para as sanções impostas. Quando se considera uma ação civil, a competência será sempre do juiz de primeiro grau. Se for de natureza penal, será dada ao acusado a prerrogativa de foro nos casos em que a Constituição determinar, e a ação tramitará nos tribunais.

2.6 Procedimento judicial

O procedimento judicial é regulado pelos artigos 17 e 18 da Lei nº 8.429/92. Nota-se, primeiramente, que a legitimidade ativa é concorrente: tanto pode propor a ação o Ministério Público, como a pessoa jurídica interessada. Já a legitimidade passiva é atribuída àquele que cometeu o ato de improbidade. Havendo coautoria entre agentes públicos, ou entre agente público e terceiro, formar-se-á litisconsórcio passivo.

Quanto à competência, a ação será proposta na Justiça Federal se houver interesse da União, autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, I, CF); caso contrário, competente será a Justiça Estadual.

O pedido na ação de improbidade comporta duas formulações: primeiramente, o pedido de que o juiz reconheça a conduta de improbidade (pedido originário, de natureza declaratória); depois, o pedido de que, sendo procedente a ação, sejam aplicadas ao réu as respectivas sanções (pedido subsequente, de natureza condenatória).

Há uma fase prévia, anterior ao recebimento da petição inicial, em que instaurado o processo, o juiz determina a notificação do requerido para, em quinze dias, oferecer manifestação escrita e apresentar documentos, se o desejar.

Em seguida, diante da manifestação do requerido, o juiz decidirá pela rejeição da inicial, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da inadmissibilidade da ação ou da inadequação da via eleita.

Como regra, o juiz deve receber a petição inicial, bastando, para tanto, que o fato se enquadre, em tese, num dos tipos da Lei 8.429/92 e que haja indícios que fundamentem a prática do ato de improbidade; presentes tais pressupostos, a peça vestibular será recebida e o magistrado ordenará a citação do réu para apresentar contestação, citação com a qual se consuma formação integral da relação processual litigiosa. Devendo o juiz proceder à fase instrutória.

Após a fase de instrução processual, o juiz profere a sentença. Caso o pedido venha a ser julgado procedente, serão impostas todas ou algumas das sanções já abordadas em nosso estudo, previstas no artigo 12 da LIA. Quais sejam: perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público; proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

3 REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

É este o capítulo de maior relevância deste trabalho, pois nele iremos abordar questões atinentes à possibilidade, bem como aos limites impostos a Advocacia-Geral da União, ao exercer suas funções pertinentes à representação judicial de agentes públicos em casos de improbidade administrativa.

Conforme visto anteriormente, o fato da AGU ser um órgão independente, que serve aos legítimos interesses dos três Poderes da República, realça a posição da Instituição como um dos principais elos de interação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Posição que coloca a AGU, frequentemente, como um preciso instrumento de freio e contrapeso entre os Poderes, com o objetivo de harmonizar a relação entre as três funções estatais.

A missão constitucional outorgada pelo constituinte à AGU permite que a Instituição também seja ator preponderante na construção e execução das políticas de Estado, figurando como instituição indispensável na defesa direta das políticas públicas legítima e democraticamente definidas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo.

E não se pode defender tais políticas públicas sem se defender os que as planejam, formulam, executam, enfim, aquelas pessoas que as definem e põem em prática. Políticas e atos que, em sua maioria, estão previamente lastreados em subsídios técnicos de servidores públicos e em pareceres jurídicos de advogados públicos da área consultiva.

Em suma, se os agentes que planejam, formulam, executam tais políticas não pudessem ser defendidos pelos advogados do Estado, o próprio Estado e suas políticas ficariam indefesos ou sua defesa, presumivelmente, ficaria a depender da capacidade financeira de tais agentes.

No plano eminentemente constitucional, legal e regulamentar, como se passa a demonstrar, as razões são ainda mais contundentes para justificar essa atividade. Avancemos, pois, sobre essa justificação.

3.1 Fontes normativas

O atual cenário da mais ampla democracia participativa, onde cidadãos cada vez mais exercem o seu legítimo direito constitucional à Proteção Judiciária contra o Estado e seus agentes, mediante diversas espécies de medidas judiciais evidencia que o agente público, hoje, é muito mais vulnerável a processos judiciais do que outrora.

Mesmo antes da Constituição de 1988, marco histórico que refundou a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, já dispunham os cidadãos e o Ministério Público de instrumentos processuais para se protegerem contra abusos de autoridade e para exercer o chamado controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Contudo, depois de 1988, o uso de tais instrumentos, e de outros até mais eficazes que surgiram, como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa, objeto de nosso estudo, potencializaram sobremaneira o ataque pela via judicial sobre os atos da Administração Pública e sobre seus agentes. E, em virtude da gravidade das sanções previstas, como visto anteriormente, tais instrumentos representam aos agentes, de certa forma, uma ameaça à segurança jurídica necessária ao pleno exercício de suas competências.

A mudança constitucional mais relevante ocorrida em 1988, pelo menos para o âmbito do objeto deste estudo, repousa, na radical alteração do papel institucional do Ministério Público Federal e na criação da Advocacia-Geral da União, cuja atribuição constitucional é:

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. (BRASIL, 1988)

A interpretação literal do referido dispositivo constitucional poderia nos levar a concluir que a Advocacia-Geral da União seria representante judicial e extrajudicial, tão somente, da pessoa jurídica da União. Entretanto, não há como defender a União sem se defender os órgãos e as entidades que a integram, muito menos sem se defender quem de fato exerce as atribuições constitucionais e legais que lhes competem. Razão pela qual adveio a Lei nº 9.028, de 1995, cujo art. 22 autorizou a representação judicial dos titulares de quaisquer dos Poderes da República:

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

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda:

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

§ 2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo. (BRASIL, 1995)

No exercício da competência que lhe delegou o § 2º do mencionado art. 22, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº 408, de 23 de março de 2009, que “Disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal”. E, por intermédio da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, foi até editada uma cartilha intitulada “Representação de Agentes Públicos pela Advocacia-Geral da União”, fonte de consulta prática que bem orienta os advogados públicos no exercício cotidiano dessa relevante atribuição institucional.

Vê-se, portanto, que é cabível a defesa dos agentes públicos pela AGU e seus órgãos vinculados em juízo quando este for acionado por ato ou fato praticado no exercício de suas funções regulares, estando tal atividade de defesa plena e detalhadamente regulamentada, fazendo parte da rotina da Advocacia Pública Federal. Não faltam, pois, normas jurídicas constitucionais, legais, regulamentares tampouco orientações para que os advogados públicos possam desempenhar essa relevante atribuição.

Reiteramos que o objetivo desta atribuição é evitar condenações indevidas, demonstrando a legitimidade e o interesse público que orientaram as decisões e

procedimentos adotados pelos gestores; além de preservar a livre atuação da autoridade para que não seja tolhida do pleno exercício de suas competências para o alcance do interesse público, provendo os administradores e servidores públicos da segurança jurídica necessária ao exercício desenvolvido de suas atribuições.

3.2 Hipóteses de cabimento da representação judicial

A representação judicial dos agentes do Estado pela Advocacia Pública deve atender os requisitos previstos expressamente na Lei nº 9.028, de 1995, art. 22: a natureza estritamente funcional do ato praticado; que o ato tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; e que o ato tenha sido praticado para atender interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas.

Em determinadas situações, um agente público, cujos atos representam a mais inequívoca manifestação da legalidade e do interesse público, é demandado por motivações eminentemente políticas, razão pela qual poderá ser representado pela AGU. Assim, desde que os atos tenham sido praticados no exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares e em atenção ao interesse público, poderá o agente público solicitar que a sua defesa judicial seja promovida pela AGU.

O artigo 2º da Portaria AGU nº 408/2009 condiciona a representação judicial à solicitação do interessado:

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. (BRASIL, 2009)

Como não se trata de defesa da União ou de suas autarquias e fundações públicas, mas sim do agente público demandado, não está a AGU autorizada a agir de ofício, sem a provocação do interessado. Isso porque o agente pode, perfeitamente, dispensar a representação que lhe é facultada pelo art. 22, da Lei nº 9.028/95 (pela AGU), e optar pela contratação de advogado privado. No entanto, é possível a adoção de medidas judiciais consideradas urgentes, mesmo antes de deferido o requerimento e *ad referendum* do órgão incumbido de apreciá-lo, quando tal medida se fizer necessária para

evitar o perecimento do direito do agente público.

Ressalte-se que o pedido de representação judicial pode ser formulado antes ou durante o transcurso do inquérito ou do processo judicial, nos termos do parágrafo único do artigo 2º da Portaria nº 408/2009. Pois, embora o inquérito não comporte defesa, dada a natureza inquisitorial dos procedimentos, é possível, além do seu acompanhamento, a adoção de medidas judiciais preparatórias em favor do agente público representado pela AGU.

A verificação da presença concomitante dos requisitos previstos no artigo 22, para fins de deferimento ou indeferimento da representação judicial do agente pela Advocacia Pública, há de ser feita pelos órgãos da própria Advocacia Pública.

Assim, após a solicitação formal pelo agente público, caberá ao membro da AGU fazer uma detalhada análise do pedido, formulando parecer jurídico devidamente motivado com decisão de deferimento ou indeferimento. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo do agente, pois tal prerrogativa dependerá de atenta análise por parte da AGU; afinal, tratando-se de ato que não atenda aos requisitos legais, tal solicitação, como se verá, deverá ser indeferida.

Em regra, recebido o pedido de representação judicial, devidamente instruído, a AGU ou a PGF deverá se manifestar sobre o deferimento ou não do pedido em 03 (três) dias úteis. Entretanto, em se tratando de caso urgente, de que possa resultar lesão grave e irreparável ao requerente, o prazo será de 24 horas (artigo 5º, §3º da Portaria AGU nº 408/2009).

A análise do pedido de representação feito à AGU ou à PGF deverá conter, expressamente, os seguintes pontos, conforme dispõe o artigo 4º, §4º da Portaria AGU nº 408/2009:

§ 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. (BRASIL, 2009)

3.3 Limites da atuação da AGU na defesa de agentes públicos em casos de improbidade administrativa

Os limites da atuação da AGU na defesa de agentes públicos encontram-se tanto na ausência de qualquer um dos requisitos previstos no artigo 22 da Lei nº 9.028, de 1995, quanto na verificação de alguma das situações expressas no artigo 6º da Portaria AGU nº 408/2009.

O artigo 6º da Portaria AGU nº 408/2009 enumera situações expressas em que não cabe a representação judicial do agente público:

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. (BRASIL, 2009)

Conforme já estudamos, os requisitos previstos expressamente na Lei nº 9.028, de 1995, art. 22 são: a natureza estritamente funcional do ato praticado; que o ato tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; e que o ato tenha sido praticado para atender interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas.

Com a leitura do artigo acima transcrito, observamos que a ausência dos segundo e terceiro requisitos do artigo 22 da Lei nº 9.028, de 1995 foram dispostos nos incisos I e IV do referido artigo da Portaria AGU nº 408/2009.

Assim, se o ato praticado não possuir natureza estritamente funcional ou quando se verificar alguma das situações expressas no artigo 6º da Portaria AGU nº 408/2009,

poderá ser indeferida a representação judicial pela AGU, e a possibilidade, prevista em lei, de a pessoa jurídica de direito público ingressar no polo ativo da ação judicial, contra o agente público, em defesa do patrimônio público ou de outro interesse público ofendido pelo ato questionado em juízo, considerado ilegítimo ou ilegal pela própria Administração Pública (Lei nº 4.717, de 1965, art. 6º, § 3º, e Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 17, § 3º).

O “juízo de admissibilidade” da solicitação da representação judicial é extremamente relevante para prevenir situações em que o agente público acionado, que tenha contra si acusações de prática de atos ilegítimos, venha a ter a prática de tais atos indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela AGU.

Nos casos de improbidade administrativa, conforme já estudamos, temos as figuras do enriquecimento ilícito, do prejuízo ao erário e da infringência aos princípios administrativos, como condutas tidas por atentatórias à probidade. Tais figuras apresentam direta relação com o disposto nos incisos IV e V do artigo acima transcrito, quais sejam: a incompatibilidade com o interesse público no caso concreto e a conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição.

Numa primeira leitura, nos casos comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição em que o agente público praticar atos de improbidade administrativa, não caberia a representação judicial pela AGU. Entretanto, não há como generalizar, devendo cada fato deve ser examinado individualmente. Assim, evitam-se os extremos: nem o agente, de um lado, pode locupletar-se de valores públicos quando se trata de ato de benefício próprio, nem é justo, de outro, que, no exercício da função pública, esteja sempre sujeito aos riscos de acusações despidas de fundamento.

Se o ato foi praticado pelo agente como representante do órgão público, é lícito que se socorra daquelas providências, porque sua defesa será a do próprio órgão estatal. É o caso, por exemplo, em que o agente é acusado de contratação com dispensa indevida de licitação (art. 10, VIII, Lei 8.429) ou do Promotor de Justiça acusado de violar princípio da legalidade ou imparcialidade (art. 11, caput). Se a improbidade decorrer de ato do agente em benefício próprio, não poderá provocar gastos ao erário, devendo então arcar com as despesas efetuadas com sua defesa. É o caso em que agente usa, em proveito próprio, bens e valores do acervo público (art. 9º, XII).

É de se ressaltar que, em caso de negativa por parte da AGU, o agente público demandado não ficará desprovido de defesa, pois poderá sempre contratar advogado privado para atuar na demanda ou, em caso de dificuldade financeira, poderá ter sua defesa patrocinada pela Defensoria Pública da União ou Estadual, conforme for o caso.

CONCLUSÃO

A representação judicial do agente público tem contornos na análise do interesse público a ser resguardado e não como um suposto benefício puramente em razão do cargo. O instituto da representação pessoal, como dito, tem o objetivo de dar à autoridade uma maior segurança e autonomia na prática de atos funcionais que atendam ao interesse público, blindando-o de pressões externas, pois, agindo no exercício legal de sua função e em atendimento do interesse público, terá o agente o respaldo da AGU em sua defesa.

Cuida-se de atividade inerente à advocacia estatal, uma vez que o Estado se manifesta por meio das pessoas que o representam, e defendê-las, quando legítimos os atos por elas expedidos, é defender o próprio Estado, o ato administrativo, a política pública impugnada, enfim, o interesse público subjacente à atividade estatal submetida ao controle jurisdicional.

O que não pode ocorrer é ser autorizada a representação judicial sem o devido juízo de admissibilidade, sem se averiguar se há interesse público na atuação, sem se verificar a legalidade do ato, sob pena de desfiguração de sua principal atribuição constitucional, que é a representação judicial da União e seus interesses; ou, por outro lado, ser indeferida a representação judicial diante de situações em que, um agente público, cujos atos representam a mais inequívoca manifestação da legalidade e do interesse público, é demandado por motivações eminentemente políticas

Assim, a análise da representação judicial de agente público pela AGU deverá ser feita de forma crítica, devendo essa análise ser pautada pela legislação pertinente e pelos princípios norteadores da administração pública, sempre buscando atender e dar primazia ao interesse público. Afinal a defesa do agente público deve se harmonizar e compatibilizar com o interesse da própria entidade pública a que pertence.

Posto isso, as seguintes conclusões são consequências lógicas do que até aqui foi estudado:

É atribuição inerente à Advocacia-Geral da União defender o agente do Estado quando processado por atos por ele praticados no exercício da função pública, colimando o interesse público, tratando-se de função típica da Advocacia de Estado;

Essa atribuição está devidamente normatizada, prevista implicitamente na Constituição (art. 131), expressamente na Lei nº 9.028, de 1995, art. 22, e devidamente regulamentada no âmbito da AGU;

A presença dos requisitos para a concessão da representação judicial ao agente público deve ser apreciada e decidida pelos próprios órgãos da Advocacia Pública;

A defesa judicial do agente público patrocinada pelo Estado tem finalidade dúplice: defender o próprio Estado, porquanto o ato ou a política pública, no caso de condenação do agente público, sofreria a conseqüente nulificação pelo Judiciário; e prover os agentes públicos da segurança jurídica necessária ao desempenho de suas atribuições, constitucionais, legais e regulamentares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **PORTARIA AGU n. 408, DE 23 DE MARÇO DE 2009**. Disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei no 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=210465>>. Acesso em 30/10/2016.

_____. Advocacia-Geral da União. **Representação de Agentes Públicos pela Advocacia-Geral da União**. Brasília: AGU, 2014. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/29051160>>. Acesso em 09/10/2016.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 11/09/2016.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 11/09/2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 19ª ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **DECRETO n. 848, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____. **EMENDA CONSTITUCIONAL n. 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 11/09/2016.

_____. **LEI n. 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 19ª ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **LEI n. 9.028, DE 12 DE ABRIL DE 1995**. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9028.htm>. Acesso em 02/10/2016.

_____. **LEI n. 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. In: Novo CPC: Legislação Saraiva de bolso. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **LEI COMPLEMENTAR n. 73, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 19ª ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2797/DF**, Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em 02/10/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SESTA, Mário Bernardo. **A Advocacia de Estado: Posição Institucional**. Revista de Informação Legislativa, n.117, p.187/202. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176105>>. Acesso em: 20/08/2016

VALENTE, Maria Jovita Wolney. **Histórico e Evolução da Advocacia-Geral da União**. Brasília: 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/14708500>>. Acesso em 01/10/2016.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Revista de Informação Legislativa n. 138, 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4>>. Acesso em 16/09/2016.