

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA
MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

MARCOS GUSTAVO DE SÁ E DRUMOND

**A REPRESENTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA DE
ESTADO: PRESSUPOSTOS E REQUISITOS**

**Brasília – DF
2017**

MARCOS GUSTAVO DE SÁ E DRUMOND

**A REPRESENTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA DE
ESTADO: PRESSUPOSTOS E REQUISITOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Administração de Brasília, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Administração Pública.

Orientador: Prof. Dr. Ministro Gilmar Mendes

**Brasília - DF
2017**

MARCOS GUSTAVO DE SÁ E DRUMOND

**A REPRESENTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADVOCACIA DE
ESTADO: PRESSUPOSTOS E REQUISITOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Administração de Brasília, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre Profissional em Administração Pública.

Trabalho Aprovado. Brasília, 08 de dezembro de 2017.

Prof. Dr. Ministro Gilmar Mendes
(Orientador)

Prof. Dr. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

Prof. Dr. Georges Abboud

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que tornaram possíveis os caminhos para que eu pudesse alcançar os meus objetivos. À minha linda esposa, companheira de vida, pelo amor e dedicação ao nosso filho. Ao Caduzinho, que me inspira todo dia a ser uma pessoa melhor. Aos meus irmãos, por todo o carinho e suporte durante esta trajetória. Por fim, dedico a todos àqueles que lutam por uma Advocacia Pública mais forte.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as bênçãos em minha vida. Aos meus pais, Marcos e Gean Maria, meus ídolos, por todo o amor e dedicação. À minha linda esposa, Luanna, pelo companheirismo, dedicação, carinho e amor. Ao meu amado filho, Caduzinho, que me ensina todo dia a ser uma pessoa melhor, me proporcionando um amor e uma felicidade sem igual. Aos meus irmãos, Karla Priscilla, Marcos Antônio e Marcos Paulo, testemunhas das minhas mais genuínas lembranças, pelo suporte e carinho.

Aos meus familiares, que mesmo distantes, sempre estão em minhas lembranças.

À Procuradoria Geral do Distrito Federal pelo suporte e contribuição dada aos seus integrantes que dispõem a se aperfeiçoar.

Aos colegas de trabalho pelos aprendizados diários e pela rica convivência.

Aos Professores do IDP pelas valiosas lições e, em especial, ao Ministro Gilmar Mendes, pela rica experiência de ser seu orientando.

Por fim, faço um agradecimento especial a Marcos Carinhonha, Pedro Dornas, Marcelo, Fernanda e Thaty, pelo suporte e apoio fundamentais para a realização deste Mestrado.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica dos órgãos de representação judicial dos Entes Federados fazerem a representação de seus agentes quando demandados em processos judiciais ou administrativos, sobretudo perante os Tribunais de Contas, em razão de atos praticados no exercício da função. O ponto de partida do estudo foi a análise do art. 22 da Lei n. 9.028/95, que expressamente prevê a possibilidade da Advocacia Geral da União – AGU fazer a defesa de seus agentes e servidores públicos quando acionados em razão de atos regulares praticados no exercício da função, que teve sua constitucionalidade questionada por meio da ADI n. 2.888, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O método de trabalho consistiu basicamente na pesquisa bibliográfica e normativa acerca do tema, com vasta citação doutrinária, que foi enriquecida com entendimentos jurisprudenciais e estudo de caso concreto, sede na qual se percebeu a aplicação prática da tese ora defendida no presente estudo. Ao final, restou evidenciada os motivos que conduzem ao entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 22 da Lei n. 9.028/95. Desse modo, concluímos que, observados determinados pressupostos e requisitos, não há óbice jurídico para que a Advocacia Pública da União e dos demais Entes Federativos faça a defesa de seus agentes públicos que, no exercício de suas atribuições funcionais, sejam demandados por ato regular, ou seja, aquele praticado por agente público, regularmente investido no cargo, em estrita obediência a suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares com o desiderato de atingir o interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública, agentes públicos, representação, ato regular, pressupostos e requisitos.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the legal possibility of the judicial representation bodies of the Federated Departments to represent their agents when required in judicial or administrative proceedings, especially before Audit Courts, due to unlawful acts performed on the job. The starting point of the study is based on the art. 22 of Law no. 9.028/95, which explicitly allows AGU's to defend its agents and public servants when they are questioned by unlawful acts performed on the job, which had its constitutionality challenged by the Federal Council of the Brazilian Association, through the ADI n. 2.888. The work method consisted basically of bibliographical and normative research on the subject, with large doctrinal quotation, which was enriched with court opinions and case study, which in turn provided a practical understanding of the hypothesis in favor of which the present study was made. In the end, it remained evident the constitutionality of art. 22 of Law no. 9.028/95. Therefore, we concluded that, provided that all requirements prescribed by law are met, there is no legal obstacle as to AGU – or other levels of government judicial representation bodies – actually act as the legal defense of their public agents who, while acting in their capacity of civil servants, are sued for an act performed while on active duty, with the purpose of fulfilling public interest.

Keywords: Public litigation; public agents; judicial representation; requirements.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA ADVOCACIA PÚBLICA	10
2.1 Conceito e evolução normativa	10
2.2 Advocacia Pública nos Estados.....	17
2.3 Procuradoria Geral do Distrito Federal	19
2.4 Das atribuições ordinárias da Advocacia Pública	22
2.5 A possibilidade da Advocacia Pública fazer a representação de agentes públicos da respectiva entidade federativa.....	23
3 A ADVOCACIA PÚBLICA E A REPRESENTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS NO ÂMBITO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO	40
3.1 Dos pressupostos e requisitos para a atuação da Advocacia Pública em favor de agente público em juízo	40
3.2 Situações em que são vedadas a representação pela Advocacia Pública.....	52
3.3 Da representação extrajudicial junto às Cortes de Contas	56
3.4 Estudo de caso: Aplicação prática da representação da Advocacia de Estado em favor de agentes públicos	65
3.5 Da possibilidade de anulação do ato que defere a representação em caso de constatação de irregularidade na situação que a ensejou	76
4 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desiderato analisar a possibilidade jurídica dos órgãos de representação judicial dos Entes Federados fazerem, ou não, a representação de seus agentes quando demandados em processos judiciais ou administrativos, sobretudo perante os Tribunais de Contas, em razão de atos praticados no exercício da função.

O tema é bastante relevante, máxime quando se leva em conta o fortalecimento dos órgãos de controle do Estado, e com isso a possibilidade de haver excessos e abusos por parte destes quando do exercício de suas atribuições constitucionais, legais e regulamentares.

Nesse passo, revela-se pertinente a análise feita neste trabalho acerca da viabilidade de resguardar ao agente público um mecanismo de segurança para o exercício do cargo/função, o qual consistiria na sua correspondente representação jurídica pela Advocacia Pública de Estado, se e quando acionado, em razão de ato regular praticado no exercício da função.

Essa representação, conforme será demonstrado ao longo desta Dissertação, confere concretude ao Princípio Constitucional da Razoabilidade, porquanto não se revela razoável que o Ente público abandone à sua própria sorte, servidor que reconhecidamente agiu no interesse público ao exercer o ato questionado e que, no mais das vezes, é vítima do excesso dos agentes dos órgãos de controle do Estado, condenando-o à bancarrota, já que gastará pesadas somas com a contratação de advogado para o patrocínio de sua defesa judicial ou perante os Tribunais de Contas, por exemplo.

Assim, esta dissertação tem por objetivo demonstrar que, preenchidos os pressupostos legais elencados no art. 22 da Lei n. 9.028/95 e os requisitos regulamentares previstos nas Portarias AGU n. 408, de 23 de março de 2009, e n. 81, de 20 de março de 2013, que a despeito de serem específicos para a União, podem, perfeitamente, servir de balizamento para a regulamentação do tema nos demais Entes federativos, é possível que os órgãos de representação judicial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios façam a defesa judicial e administrativa, sobretudo no âmbito das Cortes de Contas, de seus agentes públicos, tendo em vista a generalidade dos requisitos elencados nas referidas normas, a despeito das judiciosas opiniões em sentido contrário.

O estudo foi dividido em 2 (dois) capítulos, o primeiro tratando da evolução normativa da Advocacia Pública, da sua conceituação, do seu panorama constitucional e das suas atribuições, abordando, a partir dos argumentos apresentados pela OAB na ADI n. 2888, a possibilidade da Advocacia Pública fazer a representação de seus agentes, e o segundo analisando, de forma pormenorizada, os pressupostos e os requisitos extraídos da Constituição Federal e da legislação aplicável à hipótese para que seja possível a representação em comento.

O método de trabalho consistiu basicamente em pesquisa bibliográfica e normativa acerca do tema, com vasta citação doutrinária, que foi enriquecida com entendimentos jurisprudenciais e estudo de caso concreto, sede na qual se percebeu a aplicação prática da tese ora defendida nesta dissertação.

Assim, como o tem causado acesas discussões no meio jurídico pátrio, justifica-se a sua escolha com o objetivo de contribuir para a melhor aplicação do instituto, em cumprimento aos princípios constitucionais e normas legais que regem a atuação da Advocacia Pública.

2 DA ADVOCACIA PÚBLICA

2.1 Conceito e evolução normativa

A Advocacia Pública brasileira pode ser dividida cronologicamente em 3 (três) fases distintas, a saber: Primeira Fase: Colônia e Império (1500-1889); Segunda Fase: República até a Constituição Federal de 1988 (1889 a 1988); Terceira Fase: pós Constituição de 1988¹.

A primeira fase, que vai de 1500 a 1.889, é disciplinada por 3 (três) dispositivos legais diversos, quais sejam, as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

As Ordenações Afonsinas², editadas no longínquo ano de 1.446, vigiam em Portugal quando da descoberta do Brasil e previa a figura do Procurador dos Nossos Feitos³, ao qual era atribuída a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio e bens reais, e, ainda, a função de defesa de órfãos, viúvas e pobres, sendo, contudo, vedada a cobrança de honorários advocatícios.

As Ordenações Afonsinas vigoraram até 1.521, ano em que passou a vigor as Ordenações Manuelinas, que introduziu discreta mudança na disciplina da defesa das pessoas carentes, que antes eram atribuídas ao Procurador dos Nossos Feitos⁴, passando, com estas Ordenações, a ser uma atribuição do Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, cargo com funções de defesa da Justiça e de atuação nos crimes.

Com o fim da vigência das Ordenações Manuelinas em 1.603, passa-se a vigor as Ordenações Filipinas, que institui uma estrutura mais complexa, porquanto a figura do Procurador dos Nossos Feitos foi subdividida nos cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda, ficando bem parecido

¹ Cf. BABILÔNIA, Paulo Álvares. [A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica](#). Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2734, 26 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18112>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

² Esta foi uma coletânea de leis instituídas no reinado de Dom Afonso V, em 1446, que se prolongaram pelo período da “descoberta do Brasil” e sendo este uma colônia, aqui deveria vogar as leis da metrópole (Cf.BABILÔNIA, op. Cit.).

³ O referido cargo estava previsto no Livro I, Título VIII (SIC - conforme original), das Ordenações Afonsinas.(Cf.BABILÔNIA, op. Cit.).

⁴ O Procurador dos Nossos Feitos, que ainda encontrava previsão legal em seu Livro I, passou a compor o Título XI, mantendo competência muito perto da anterior, porém, como já visto, aqui o encargo de defensor dos órfãos, viúvas e pobres, passou para o Promotor de Justiça da Casa de Suplicação Cf.BABILÔNIA, op. Cit).

com o que se tem hoje em dia, ou seja: o primeiro ficou com atribuições postulatórias de defesa da Coroa, muito parecido com a atribuição exercida atualmente pela Advocacia Geral da União – AGU, enquanto o segundo, como o próprio nome diz, trataria das atribuições fazendárias, muito parecido com nossos atuais Procuradores da Fazenda Nacional – PFN⁵.

Já no que pertine especificamente ao Brasil e motivado pelo crescimento do comércio da colônia brasileira, que já contava com mais de uma centena de engenhos de cana-de-açúcar, além da atividade de exploração do pau-brasil, Felipe II, alterou suas Ordenações e, por intermédio do Regimento da Relação da Bahia, de 07/03/1609, implantou o Tribunal da Colônia e sua composição, dentre os quais faria parte o Procurador dos Feitos da Coroa, que acumularia a função de Procurador dos Feitos da Fazenda e Fiscais (nova figura), bem como os encargos do Promotor de Justiça da Casa de Suplicação.⁶ Desse modo, fundiram-se, no Brasil, as funções que em Portugal continuaram isoladas, ao se atribuir, por acréscimo ao cargo de Procurador dos Feitos da Corôa, as funções do Procurador dos Feitos da Fazenda e do Promotor de Justiça, ao dispor, o referido Regimento, que:

Título do Procurador dos Feitos da Corôa, Fazenda e Fisco e Promotor de Justiça

[...] Servirá outrossim o dito **Procurador da Corôa e Fazenda**, de Procurador do Fisco e de Promotor de Justiça; e usará em tudo o Regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor de Justiça da Casa de Suplicação, e ao Procurador do Fisco; e procurará (quando lhe for possível) saber se se usurpa a minha jurisdição, por alguma pessoa ecclesiastica, ou secular, daquelle Estado, e procederá contra os que a usurparem, na forma, em que por minhas Ordenações e podem fazer."(grifamos)

Assim, conforme comenta Jefferson Carús Guedes⁷, verbis:

O que se viu foi a absorção pelo Procurador da Corôa e Fazenda das atribuições que na Metrópole eram desempenhadas pelo Procurador do Fisco e pelo Promotor de Justiça, e não o contrário, como pode ser ocasionalmente interpretado na História do Direito português e brasileiro. No Brasil, o **Procurador da Corôa e Fazenda acumulou as demais atribuições (Fisco e Promotor de Justiça), temporariamente**. (grifamos).

⁵ Cf. SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar; et al. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l1ind.htm>> Acesso em: 05 de julho de 2017.

⁶ Cf. CABRAL, Dilma. **Relação da Bahia**. Bahia, 2011. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/2>> Acesso em: 05 de julho de 2017.

⁷ In Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa duração. Artigo publicado no Livro Advocacia de Estado – Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça. Ed. Fórum, pág. 343.

Já no Império, com a primeira Constituição, outorgada em 25 de março de 1824, o Brasil atribuiu *status* constitucional ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional, nos termos de seu Título 4º, Capítulo III, artigo 48.

Ato contínuo, foi editada a Lei n. 242 de novembro de 1841, que “restabelece o privilegio de foro para as causas da Fazenda Nacional, e cria um juízo privativo dos Feitos da Fazenda de primeira instancia” (preâmbulo da lei), delimitando a atuação dos Procuradores que atuam nesta instancia.

Ainda no Império, foi editado o Decreto 736/1850, que criou o Tribunal do Thesouro Nacional, no qual o Procurador Fiscal do Thesouro era membro efetivo (Título I, Capítulo I, art. 1º). Para o exercício do cargo era necessário que o Procurador fosse versado da legislação fazendária e que fosse bacharel em direito (Título IV, Capítulo I, art. 48), e também era impedido de atuar em outros processos, principalmente contra a fazenda em que trabalhava ou qualquer outra (Título V, Disposições Gerais, art. 60). Este Tribunal era uma instancia administrativa, com força consultiva (Título I, Capítulo I, art. 3º) e com sua competência muito bem determinada em seu Título I, Capítulo I, art. 2º, basicamente de controle das contas públicas, lembrando os nossos atuais Tribunais de Contas.

Já no período republicano, a Constituição de 1891, previu em seu artigo 81, § 1º, que a revisão criminal era atribuição do Procurador-Geral da República, que poderia exercer por provocação ou de ofício, mantendo a competência criminal do Procurador, que atuava como um promotor de justiça.

No ponto, deve ser ressaltado que as atribuições do Procurador-Geral da República, que representava o órgão máximo do Ministério Público Federal, estavam previstas no Decreto n. 848, de 1890, senão vejamos:

Art. 22. Compete ao procurador geral da Republica:

- a) exercer a acção pública e promovê-la até final em todas as causas da competencia do Supremo Tribunal;
- b) funcionar como representante da União, e em geral officiar e dizer de direito em todos os feitos submettidos à 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.(grifamos).

Nas seções da Justiça Federal havia um Procurador da República, nomeado pelo Presidente de República, para exercer o cargo por um período de quatro anos (art. 23, do Decreto 848 de 1890), sendo certo que suas atribuições constavam do artigo 24 do referido Decreto, *in verbis*:

Art. 24. Compete ao procurador da Republica na secção:

- a) promover e exercitar a acção pública, funcionar e dizer de direito em todos os processos criminaes e causas que recaiam sob a jurisdicção da justiça federal;
- b) solicitar instrucções e conselhos do procurador geral da Republica, nos casos duvidosos;
- c) cumprir as ordens do Governo da Republica relativas ao exercicio das suas funcções, denunciar os delictos ou infracções da lei federal, em geral promover o bem dos direitos e interesses da união;**
- d) promover a accusação e officiar nos processos criminaes sujeitos á jurisdicção federal até ao seu julgamento final, quer perante os juizes singulares, quer perante o Jury. (grifamos).

Nesse trilhar, resta claro que as funções da advocacia pública se imiscuíam com as do Ministério Público Federal, situação que, como será visto, perdurou até a promulgação da Constituição de 1988.

As Constituições de 1934 e 1937 não trouxeram grandes inovações acerca do tema, sendo que na de 1946 ficou explícito que aos membros do *Parquet* cabiam não só as atribuições da defesa dos interesses da sociedade, mas também à representação judicial da Fazenda Pública, senão vejamos:

Do Ministério Público

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.

Art 128. Nos Estados, a Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o principio de promoção de entrância a entrância.

Art 179. Os problemas relativos à defesa do País serão estudados pelo Conselho de Segurança Nacional e pelos órgãos especiais das forças armadas, incumbidos, de prepará-las para a mobilização e as operações militares.

§ 1º. O Conselho de Segurança Nacional será dirigido pelo Presidente da República, e dele participarão, no caráter de membros efetivos, os Ministros de Estado e os Chefes de Estado-Maior que a lei determinar. Nos impedimentos, indicará o Presidente da República o seu substituto.

§ 2º. A lei regulará a organização, a competência e o funcionamento do Conselho de Segurança Nacional.

Na Constituição de 1967, por seu turno, a Advocacia Pública continuou a ser tratada em conjunto com o Ministério Público, *verbis*:

Do Ministério Público

Art 137. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juizes e Tribunais Federais.

Art 138. O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1º.

§ 1º. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§ 2º. 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 139. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior.

Parágrafo único - Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 108, § 1º, e art. 136, § 4º.

Art 151. Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Entretanto, foi com a Carta Magna de 1988 que a Advocacia Pública adquiriu os contornos jurídicos que ostenta hodiernamente, desvinculando-se do Ministério Público. Confira-se como a Advocacia Pública é tratada na Constituição Cidadã, *litteris*:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º. A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º. O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º. Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

No ponto, vale ressaltar que coube aos artigos 22 e 29 da ADCT regular os termos da desvinculação das atribuições da Advocacia Pública em face das do Ministério Público, senão vejamos:

Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.

[...]

Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

§ 1º. O Presidente da República, no prazo de cento e vinte dias, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei complementar dispendo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União.

§ 2º. Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irretroatável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§ 3º. Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

§ 4º. Os atuais integrantes do quadro suplementar dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar que tenham adquirido estabilidade nessas funções passam a integrar o quadro da respectiva carreira.

§ 5º. Cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público Estadual, representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo.

Nesse passo, com a criação da Advocacia Geral da União – AGU, por meio da Lei Complementar n. 73/93, com a função de representar a União judicial e extrajudicialmente, bem como exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo⁸, a Advocacia Pública tomou a feição que ostenta atualmente.

Lado outro, do esboço histórico realizado, é de se ver que o conceito de Advocacia Pública tem assento constitucional, como se vê do art. 131 da Constituição Federal. Contudo não seria despiciendo trazer à baila o conceito da doutrina, como a de Alexandre de Moraes⁹, que assim a conceitua, *in verbis*:

A Advocacia Pública 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 - prevendo o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição mediante concurso público - e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Não menos esclarecedora é a definição do Min. Gilmar Mendes¹⁰:

A Advocacia Pública exerce a defesa em juízo das pessoas políticas e é desempenhada por detentores de cargos, organizados em carreira, de Procurador de Estado ou de Advogado da União. Não resta dúvida de que a Advocacia Pública integra o Poder Executivo, a quem deve prestar consultoria e assessoramento jurídico.

Nesse contexto, é de se concluir que a Constituição Federal de 1988 pôs fim a uma das maiores incongruências de nossa ordem jurídica, uma vez que as Constituições anteriores impunha ao Ministério Público o exercício das funções que sempre lhe foram afetas¹¹, bem como a fazer a representação judicial da Fazenda

⁸ Art. 1º, da LC 73/93.

⁹ In: Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003, p.518

¹⁰ In: Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p.998.

¹¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem

Pública, gerando a perplexidade de, por vezes, o mesmo órgão fazer a representação de partes que se encontravam em posições antagônicas no feito, como bem consignou Celso Ribeiro Bastos¹², *verbis*:

[...] Ademais, vale lembrar que, antes do advento da Constituição de 1988, a representação judicial da União era exercida pelo Ministério Público, que cumpria um duplice mister. De um lado, levava a efeito as clássicas funções de defensor da ordem jurídica, de guardião da lei, promovendo a acusação penal, bem como de fiscal da aplicação do Direito em processos entre terceiros. De outro lado, desempenhava o papel de Advogado da União, defendendo-a nos processos contra ela movidos ou mesmo quando autora. Essa duplicidade, na ocasião, foi motivo de não poucas críticas, vez que não é lícito ao mesmo órgão exercer a desinteressada função de *custus legis* e ao mesmo tempo assumir os interesses de uma das partes em juízo.

A Constituição de 1988 **pôs cobro a essa situação conflituosa**, institucionalizando a Advocacia Geral da União, com as funções de representá-la, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe ainda, nos termos da lei complementar que dispuser sobre a sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.(grifamos)

2.2 Advocacia Pública nos Estados

A Advocacia Pública nos Estados foi de fundamental importância para se chegar ao sistema definido na Carta Magna de 1988, posto que foi nos Estados que primeiro se sentiu a incongruência já apontada, qual seja, um mesmo órgão de representação fazer a defesa de partes que se encontravam em posições antagônicas na lide, como bem observou a Procuradora do Estado do Piauí e Professora Aposentada da UFPI, Angélica Fides Ommati¹³, *litteris*:

A advocacia pública tem origem comum e conjunta ao hoje denominado Ministério Público, na expressão de DIOGO MOREIRA NETO "advocacia da sociedade", responsável por fiscalizar a aplicação da lei e curar os interesses difusos e coletivos (art.129, CF).

Assim, a evolução até o modelo hoje estabelecido tem início nos Estados membros, mediante essa distinção do atuar jurídico, especializando as funções do Parquet, que, muitas vezes, se situava em incômoda circunstância entre a fiscalização da aplicação da lei, portanto, em atuação custos legis e a de advogado do Estado administrador, parte no processo. Nesse caso, como conciliar a

conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

¹² In: Revista Consulex, Ano V. n.º 103, de 30/04/2001 .p.26.

¹³ OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública - algumas reflexões. Revista Jus Navigandi, ISSN 15184862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2111>>. Acesso em: 28 maio 2017.

parcialidade do patrocínio de uma das partes com a natureza e necessária imparcialidade do fiscal da lei?

Esse impasse, talvez pela proximidade maior dos fatos e das partes neles envolvidos, foi sentido nos Estados membros, que há mais de meio século têm vivenciado a experiência de um corpo de servidores especializados no patrocínio judicial e na orientação do aplicar, em situações concretas, os comandos legais, substância da função administrativa da AP. (Persistiu, até o advento da Constituição Federal de 1988, a representação judicial do Estado membro pelo MP, para suprir deficiência de pessoal e de estrutura das Procuradorias. No Estado do Piauí, por exemplo, a Lei que transformou o Departamento Jurídico em Procuradoria Geral do Estado manteve a competência do MP para representação nas comarcas do interior, em razão de os Procuradores do Estado atuarem na capital – LD 91/73).

A experiência da advocacia pública como Advocacia de Estado, geralmente organizada em Procuradorias do Estado, demonstrou essa necessária especialização de funções, propiciando melhor acompanhamento da Administração Pública e melhor defesa judicial de interesses em conflito com os particulares.(grifamos)

De fato, na CF/88 a Advocacia Pública Estadual não foi esquecida, tendo o texto Magno assim consignado acerca do tema:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Da análise do dispositivo constitucional em apreço, vê-se que a Carta Magna criou um **sistema unitário de Advocacia Pública**¹⁴ para os Estados da federação e o Distrito Federal, operando e consolidando modelo em que toda a defesa judicial e o consultivo jurídico de cada uma dessas unidades federadas estão a cargo das respectivas Procuradorias Gerais.

Com efeito, a ideia de institucionalização constitucional da Advocacia Pública serve para proteger a independência dos seus membros e, sobretudo, garantir

¹⁴ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além do previsto no art. 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, admite como exceção à norma cogente do art. 132 da Constituição da República: **(I) representação judicial da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas nos casos em que necessitem praticar, em juízo, em nome próprio, série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência em face dos demais poderes** (STF. Plenário. ADI 94/RO. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 7/12/2011, un. DJe, 16 dez. 2011) e (II) concessão de mandato ad judicium a advogados particulares para causas especiais. (Pet 409-AgR/AC. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 18/4/1990, maioria. DJ, 29 jun. 1990; RTJ, v. 134, p. 634). (g. nosso).

racionalidade e uniformidade na orientação jurídica e na defesa judicial desses entes federados, realizando a missão da Procuradoria Geral do Estado que é a de atuar para viabilizar juridicamente, dentro dos marcos constitucionais e legais, as políticas públicas traçadas pelos governos democraticamente eleitos, sempre como parte da solução.

No ponto, confira-se o magistério de Waldir Zagaglia¹⁵, *litteris*:

[...] urge complementar o sistema, dotando os Procuradores do Estado dos meios necessários ao desempenho de seu compromisso constitucional, bem como, de que seu compromisso com a legalidade não se esgota nos limites da legalidade estrita, mas na razão. A legalidade estrita é apenas um instrumento para a Justiça, mas a razão é a gênese da verdade, a verdade é a fonte da Justiça e a Justiça é a essência da Democracia. (grifamos)

Nesse passo, é de se ver que a Constituição Federal de 1988, no que pertine à Advocacia Pública Estadual, não só acabou com a perplexidade de um mesmo órgão de representação fazer a defesa de partes que se encontravam em posições antagônicas no feito, mas também criou um sistema unitário de Advocacia Pública.

2.3 Procuradoria Geral do Distrito Federal

Dado o propósito do presente trabalho, assim como a desnecessidade de analisarmos, uma a uma, as diversas leis que regulam as Procuradorias dos demais Estados brasileiros para atingirmos o objeto deste estudo, limitaremos nosso estudo, no âmbito estadual, à Procuradoria Geral do Distrito Federal, a despeito da especificidade desta entidade federativa, sendo tal análise suficiente para se ter uma noção de como o tema é tratado no âmbito estadual.

Nesse trilhar, dando concretude ao art. 132 da Constituição Federal, a Lei Orgânica do Distrito Federal, previu a existência da Procuradoria Geral do Distrito Federal, como órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal, o fazendo nos seguintes termos:

**CAPÍTULO IV
DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA
Seção I
Da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**

¹⁵ In: **O Procurador do Estado e as funções essenciais à justiça como razão da democracia**. Disponível em: <<http://www.aperj.org.br/arquivos/pdf/peefuncoes.pdf>>. Acesso em: 28 maio. 2017)

Art. 110. A Procuradoria-Geral é o órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal, de natureza permanente, na forma do art. 132 da Constituição Federal. *(Artigo com a redação original restaurada em virtude da declaração de inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica nº 9, de 1996, que havia alterado o dispositivo: ADI nº 1557 – STF, Diário de Justiça de 18/6/2004.)*

Parágrafo único. A proibição de que trata o art. 19, § 8º, aplica-se à nomeação do Procurador-Geral do Distrito Federal. *(Parágrafo acrescido pela Emenda à Lei Orgânica nº 60, de 2011.)*

Art. 111. São funções institucionais da Procuradoria-Geral do Distrito Federal: *(Caput com a redação da Emenda à Lei Orgânica nº 80, de 2014.)*

I – representar o Distrito Federal judicial e extrajudicialmente;

II – representar a Fazenda Pública perante os Tribunais de Contas da União, do Distrito Federal e Juntas de Recursos Fiscais;

III – promover a defesa da administração pública, requerendo a qualquer órgão, entidade ou tribunal as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário;

IV – representar sobre questões de ordem jurídica sempre que o interesse público ou a aplicação do direito o reclamarem;

V – promover a uniformização da jurisprudência administrativa e a compilação da legislação do Distrito Federal;

VI – prestar orientação jurídico-normativa para a administração pública direta, indireta e fundacional;

VII – efetuar a cobrança judicial da dívida do Distrito Federal.

§ 1º A cobrança judicial da dívida do Distrito Federal a que se refere o inciso VII deste artigo inclui aquela relativa à Câmara Legislativa do Distrito Federal. *(Parágrafo acrescido pela Emenda à Lei Orgânica nº 14, de 1997.)*

§ 2º É também função institucional da Procuradoria-Geral do Distrito Federal a representação judicial e extrajudicial do Tribunal de Contas do Distrito Federal. *(Parágrafo acrescido pela Emenda à Lei Orgânica nº 14, de 1997.)*

[...]

A regulamentação dos dispositivos da LODF ficou a cargo da Lei Complementar n. 395/01, que organizou a PGDF, o fazendo nos seguintes termos, *litteris*:

TÍTULO I DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS E DA COMPETÊNCIA

CAPÍTULO I

DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

Art. 1º A Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PRG-DF, órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal, é instituição de natureza permanente, essencial à Justiça e à Administração, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira, na forma do art. 132 da Constituição Federal, cabendo-lhe a representação judicial e a consultoria jurídica do Distrito Federal, privativas dos Procuradores do Distrito Federal.

Art. 2º A Procuradoria-Geral do Distrito Federal tem por finalidade exercer a advocacia pública, cabendo-lhe, ainda, prestar a orientação normativa e a supervisão técnica do sistema jurídico do Distrito Federal.

Parágrafo único. Integram o sistema jurídico do Distrito Federal as assessorias técnico-legislativas e os serviços jurídicos dos órgãos e entidades integrantes da Administração Direta e Indireta do Distrito Federal.

Art. 3º A Procuradoria-Geral do Distrito Federal é equiparada, para todos os efeitos, às secretarias de estado e seu titular tem as prerrogativas, direitos e vantagens de secretário de estado.

CAPÍTULO II DA COMPETÊNCIA

Art. 4º Compete à Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

[...]

XXIV – efetuar, desde que manifestado interesse, a defesa do Governador, Secretário de Estado e de ex-ocupantes desses cargos em processos judiciais propostos em virtude de atos praticados no exercício da respectiva função e que tenham seguido orientação prévia da Procuradoria-Geral do Distrito Federal;[...].(grifamos)

Para o objeto de estudo do presente trabalho, interessa-nos registrar o disposto no art. 4º, inciso XXIV, da LC n. 395/01, que expressamente prevê a possibilidade da Procuradoria fazer a defesa não só de agentes públicos em pleno exercício do cargo, mas também de ex-agentes políticos quando demandados judicialmente em razão de atos praticados no exercício da função e sob orientação jurídica da PGDF.

Nesse passo, é de se ver que o dispositivo peca por restringir, em demasia, o alcance da representação, já que a limita a agente e ex-agentes políticos, quando, a nosso juízo, a representação deve alcançar qualquer servidor, da ativa ou não, que tenha praticado o ato no exercício regular da função e conforme o interesse público, como será visto no decorrer do presente trabalho.

No ponto, deve ser consignado que o problema citado acima pode ser parcialmente solucionado com a promulgação do Projeto de Lei Complementar - PLC n. 128/2017, enviado em regime de urgência em outubro de 2017 pelo Poder Executivo do Distrito Federal para a Câmara Legislativa, que amplia o rol de beneficiários da representação, como se vê do art. 2º, senão vejamos:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se agentes públicos:

I – o Governador e o Vice-Governador do Distrito Federal;

II – os Secretários de Estado do Distrito Federal e as autoridades equiparadas;

III – os dirigentes das autarquias e das fundações do Distrito Federal;

IV – os titulares de cargos de natureza especial ou equivalentes no âmbito da administração pública direta, das autarquias e das fundações do Distrito Federal;

V – os membros da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por atos praticados no exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares de cargos de natureza política, cargos de natureza especial ou cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo do Distrito Federal;

VI – os ex-titulares dos cargos e funções referidos nos incisos anteriores, desde que em razão de atos praticados no exercício das respectivas atribuições.

Parágrafo único. A representação de que trata o artigo 1º pode ser estendida, a critério do Procurador-Geral do Distrito Federal, a servidor público, cujo ato objeto do procedimento judicial ou extrajudicial tenha

relação direta com o praticado por qualquer dos agentes públicos listados neste artigo.(grifamos)

Assim, é de se ver que, mesmo com a ampliação do rol de beneficiários, o espectro de incidência da norma encontra-se por demais limitado, porquanto, como visto, deve abarcar não só agentes políticos, mas também qualquer servidor, da ativa ou não, desde que o ato praticado seja regular.

2.4 Das atribuições ordinárias da Advocacia Pública

Da leitura das disposições constitucionais acerca da Advocacia Pública, é possível perceber que sua missão primeira é a representação judicial e extrajudicial dos Entes públicos, como expressamente prevê o art. 131 da Constituição Federal, em relação à União, e o 132, em relação ao Estados e ao Distrito Federal.

Com efeito, **“A representação judicial corresponde à legitimidade conferida ao advogado público para atuar como “Estado” tanto no polo ativo como no polo passivo das ações judiciais. A representação extrajudicial, por sua vez, é aquela que permite ao advogado defender os interesses públicos da Administração na via administrativa, perante órgãos e entidades públicas ou privadas”**¹⁶

Sucedo, no entanto, que as funções de tão importante órgão da estrutura estatal não se restringem à representação, seja judicial, seja extrajudicial, das unidades federativas, sendo evidente a existência de outras tantas.

Deveras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷ destaca, por exemplo, importantíssima função da Advocacia, qual seja, a **função de controle**, exercida precipuamente por meio da **atividade consultiva**, que tem por objetivo a orientação da atuação do administrador público, conferindo segurança jurídica aos atos administrativos praticados, evitando o posterior questionamento acerca de sua eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade. No ponto, vejamos o que leciona a renomada administrativista, *verbis*:

¹⁶ Elpídio Donizetti, In: <http://genjuridico.com.br/2016/08/17/das-funcoes-essenciais-a-justica-a-advocacia-publica>, Acesso em 05/07/17.

¹⁷ In: **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**, Revista *Consultor Jurídico*, 18 de agosto de 2016.

[...] Além disso, é indiscutível o papel de controle da Administração Pública desempenhado pela Advocacia Pública na atribuição constitucional de consultoria jurídica do Poder Executivo. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é posterior)(...)(grifamos)

Nesse passo, visto que a Advocacia Pública possui outras funções que não somente a representação judicial e extrajudicial dos Entes Públicos, é de se questionar se, dentre essas outras funções, está contemplada a defesa de agentes públicos acionados judicialmente ou administrativamente em razão de atos de ofício. A resposta é positiva, como será visto à frente.

2.5 A possibilidade da Advocacia Pública fazer a representação de agentes públicos da respectiva entidade federativa

Analisando os dispositivos constitucionais acerca da Advocacia Pública já citados, pelo menos em sede de interpretação literal, não é possível extrair a conclusão no sentido de que cabe também às Procuradorias a defesa de agentes públicos.

De fato, a matéria é deveras polêmica rendendo manifestações acaloradas de ambos os lados, como a de Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug¹⁸ em defesa da inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.143-31, que previu a possibilidade da AGU fazer a defesa de servidores públicos acionados judicialmente em razão de atos praticados no exercício da função, senão vejamos:

A nossa Constituição de 1988 é clara ao dispor, em seu art. 131, que a Advocacia Geral da União é a instituição que, diretamente ou por intermédio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complemente que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Portanto, resta claro que cabe

¹⁸ In: Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. *Consulex*: Revista Jurídica, v. 5, n. 103, p. 25/26, abr. 2001

à Advocacia Geral da União a defesa dos interesses do Estado brasileiro, é dizer, dos Poderes Públicos no nível federal.

Assim, sendo a Medida Provisória n.º 2.143-31 extrapolou os limites impostos pela Magna Carta ao estabelecer que a Advocacia Geral da União e os órgãos vinculados estão autorizados a representar judicialmente os titulares e os ex- titulares membros dos Poderes da República e outros cargos por ela citados, até mesmo para a promoção de ação penal privada e impetração de habeas corpus e mandado de segurança. Essas competências não se encontram previstas na Lei Maior, que fez menção, única e exclusivamente, à defesa dos interesses da União. Vê-se, portanto, que o texto constitucional nada dispôs sobre a defesa de interesses particulares e privados, estando estes excluídos da competência da Advocacia Geral da União assegurada constitucionalmente.

Há que se levar em consideração, também, que, na maioria das vezes, a defesa dos interesses da União encontra-se em oposição aos interesses do acusado, configurando-se, assim, um conflito de interesses. Ademais, não é lícito, nem moralmente admissível que a Advocacia Geral da União figure nos dois polos da relação processual, quais sejam, ativo e passivo.

De outra parte, a Carta Magna é expressa, em seu art. 131, ao exigir que a regulamentação da Advocacia Geral da União seja feita por intermédio de lei complementar, lei que já foi editada sob o número 73, e que nada dispôs acerca da possibilidade de defesa dos agentes políticos. Portanto, a Medida Provisória não é veículo normativo apto a regulamentar a matéria.

Nesse sentido, fica evidente que a Medida Provisória encontra-se eivada tanto de inconstitucionalidade formal, quanto material, vez que não compete à Advocacia Geral da União a defesa de interesses particulares e privados

No mesmo sentido, é a posição de Francisco Lacerda Neto¹⁹, ao afirmar que:

Toda Medida Provisória é, em princípio, inconstitucional, por sua incompatibilidade com o regime presidencialista da Constituição. **No caso presente, além de inconstitucional é imoral, pois o Presidente da República legislou e causa própria, ou seja, colocou a AGU a seu serviço pessoal e de seus acólitos, para não ter gastos com a contratação de advogados na defesa das ilegalidades que essas autoridades cometerem. A defesa do presidente e daqueles que ocupam cargos públicos, de indicação política, deveria, se vivêssemos em país verdadeiramente democrático, ser atribuição do partido político que o elegeu,** e não como pretende essa excecência de lei, que obriga o contribuinte a pagar não só pelas ilegalidades, como também pela defesa dos que a cometeram. É um absurdo convivermos com esse tipo de situação(...) (grifamos)

A polêmica é tamanha que saiu do meio acadêmico e foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, através de ADI, na qual foi suscitada a inconstitucionalidade do art. 22 da Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, com redação dada pela Medida Provisória n.º 2216-37, de 31 de agosto de 2001, e, subsidiariamente e sucessivamente, contra o art. 22 da Lei Federal 9.028, de 12 de abril de 1995, na redação conferida pela Lei Federal 9.649, de 27 de maio de 1998 e

¹⁹ LACERDA NETO, Francisco *et al.* Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 5, n. 103, p. 27, abr. 2001

contra o art. 22 da Lei Federal 9.028, de 12 de abril de 1995, em sua redação original.

No ponto, confira-se o teor do dispositivo acimado de inconstitucional:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (grifamos)

Com efeito, estamos a tratar da ADI n. 2.888, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, em síntese, sob o seguinte argumento:

Como se pode perceber, sem margem para dúvidas, a competência da Advocacia-Geral da União limita-se à representação judicial e extrajudicial da União. Não há espaço para a defesa de interesses das pessoas naturais dos servidores públicos que, por terem praticado atos em tese prejudiciais ao Estado, estão por eles respondendo. A criação dessa verdadeira defensoria dos servidores não encontra suporte no artigo de regência da Advocacia-Geral da União e atenta, até mesmo, contra os princípios da moralidade e impessoalidade previstos no artigo 37 da Lei Fundamental Pátria. (grifamos)

O tema é tão palpitante que motivou o ingresso da Associação Nacional dos Procuradores de Estado e do Distrito Federal - ANAPE – como *Amicus Curiae*, sede na qual a Entidade de classe expôs os seus argumentos no sentido da procedência da ação, o fazendo, em resumo, nos termos a seguir aduzidos:

[...] Do que se percebe, detém a pessoa jurídica, por meio do advogado público aprovado em concurso, a sua **apresentação** em juízo, não podendo estender tal patrocínio a todos os servidores.

Vincular a atuação da Advocacia Pública ao interesse de determinados servidores, aqui indivíduos considerados, é sujeitar o interesse público à vontade política, que pode ser destituída de conteúdo jurídico. O Estado como instituição monolítica permanece independente da manutenção do vínculo com os seus agentes, e é essa entidade altamente comprometida com os rigores da legalidade estrita e da juridicidade que é **presentada** pela Advocacia Pública (Art. 131 e 132, CF/88).

Percebe-se, todavia, que se pretende excepcionar com as normas tidas por inconstitucionais o modelo jurídico concebido pelo constituinte para a

advocacia pública, que, por regra, não aceita derivação de responsabilidade na representação judicial de terceiros, servidores ou não. Tal premissa é garantia dos princípios positivados da impessoalidade e moralidade.

Não por menos, há ainda evidente prejuízo ao princípio administrativo da eficiência.

A inclusão de tal atribuição ao já avolumado número de competências dos advogados públicos conduz, naturalmente, à pulverização dos serviços da Advocacia Pública, que deveria concentrar-se na representação do ente federado.

É muito temerário imaginar que um órgão responsável pela atuação diária nos processos de licitações, contratos, convênios, concessões, termos de parceria, parcerias público privadas, regulação, regulamentação, pessoal, disciplinares, militares, controle interno e externo, proibidade administrativa, patrimônio, agrários, trabalhistas, previdenciários, dívida ativa, execução fiscal, contencioso fiscal, precatórios, requisições de pequeno valor, de apoio jurídico legislativo, ambientais, urbanísticos, enfim, toda a miríade de consultas e demandas envolvendo interesses individuais, difusos e coletivos próprios da atuação dos entes públicos estaduais e distrital, **tenha condições de assumir a representação judicial de todo e qualquer servidor público envolvido nas mais variadas práticas de desvios com repercussão, sobretudo, na esfera criminal.** [...] (grifamos)

Sucedo, no entanto, que esta não é, *data maxima venia*, a melhor a posição acerca do tema, já que, ao contrário do que afirma a ANAPE, a possibilidade de representação a que alude o dispositivo legal inquinado de inconstitucional não é dirigida a “todo e qualquer servidor público envolvido nas mais variadas práticas de desvios com repercussão, sobretudo, na esfera criminal”, mas sim a servidores que pratiquem atos regulares no exercício da função que inequivocamente foram praticados com o propósito de atender o interesse público, como será visto à frente.

Ademais disso, em meu ver, parece que a Associação está mais preocupada com a consequência prática da norma, qual seja, o aumento de trabalho no âmbito das Procuradorias do Estado e do Distrito Federal, do que com as questões jurídicas acerca do tema, esquecendo-se da circunstância de que um de seus filiados pode ser acionado pelo *Parquet* em razão de ato regularmente praticado no exercício da função, como será demonstrado no momento oportuno quando se for tratar do estudo de caso.

Já no que toca aos argumentos da OAB, não há como prevalecerem, pois parecem, em meu ver, ser fruto de uma interpretação míope do dispositivo constitucional, dissociada dos princípios que regem o Direito Administrativo, porquanto tentam separar coisas que são indissociáveis, quais sejam, o órgão e o servidor.

Com efeito, os órgãos, cargos e funções são abstrações legais que ganham vida com a pessoa humana que passa a agir em seu nome, de forma que impossível

se torna a cisão entre o servidor e o órgão. No ponto, confira-se a doutrina do mestre Hely Lopes Meirelles²⁰ :

Agentes públicos — são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão[...]. **Os cargos, como já vimos, são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão as suas funções na forma legal.** O cargo é lotado no órgão e o agente é investido no cargo. Por aí se vê que o cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. **Órgão, função e cargo são criações abstratas da lei; agente é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais [...]**(grifamos)

Em outra passagem, Meirelles²¹ nos alerta acerca da intrincada relação entre órgão, cargos, funções e agentes, *verbis*:

Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. **Isto explica por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares não acarreta a extinção do órgão.** (grifamos)

Muito embora os órgãos sejam um “centro de competência governamental ou administrativa”, sede na qual se inserem as funções, cargos e agentes, eles jamais podem subsistir sem os últimos, posto que **é através dos agentes que os órgãos estatais exprimem sua vontade**, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello²²:

[...] Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), **não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.** (grifamos)

No mesmo sentido, é a doutrina de Carvalho Filho²³, *litteris*:

Ante a fixação dessas premissas, pode-se conceituar o órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 73-74

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 505

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.136.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 13.

determinadas, **sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.**(grifamos)

Ainda acerca do tema, confira-se a esclarecedora observação de Erasto Villa Verde de Carvalho Filho no artigo denominado *A Defesa de Agentes Públicos pelos Órgãos da Advocacia Geral da União*²⁴, *litteris*

Se não é só uma ficção, não há dúvida de que o Estado não é pessoa natural. Não tem corpo físico, não possui consciência, não sofre, não se emociona, não possui honra subjetiva, nem sentimentos, família tampouco. Só as pessoas naturais têm carne, osso, sangue, alma. As jurídicas, não. **Ao defender as pessoas físicas dos dirigentes e dos servidores do Banco Central, temos cuidado redobrado porque sabemos que estamos lidando em prol de seres humanos.** (grifamos)

Assim, uma interpretação teleológica dos dispositivos constitucionais acerca da Advocacia Pública, tendo por base a premissa de que é impossível a separação entre servidor e o órgão, cargo ou função que representa, leva a conclusão no sentido de que a Advocacia Pública não só pode como deve fazer a defesa de agentes públicos **quando demandados por atos regulares praticados no exercício do cargo**, como bem defendeu o Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, Glaydson Santo Soprani Massaria, ao se manifestar no incidente de uniformização de jurisprudência acerca do tema no âmbito da referida Corte de Contas, *verbis*:

[...] Por outro lado, adotando interpretação menos literal, há corrente de pensamento defendendo que o art. 131 da Constituição Federal, ao estatuir que compete à advocacia pública a representação dos entes da federação, incluiu também no rol de atribuições do órgão a defesa dos agentes políticos. Vale dizer: esta segunda atribuição seria um mero desdobramento lógico da primeira.

De fato, buscando a *ratio legis*, não parece razoável — ou mesmo possível — que se atribua à advocacia pública a defesa de órgão, que não possui capacidade volitiva, sem a defesa dos agentes que atuam em seu nome. **Ademais, é imperioso concluir que os agentes públicos, atuando nessa qualidade, integram a estrutura organizacional dos órgãos a que estão vinculados. Em outras palavras, os agentes fazem parte dos órgãos, sendo responsáveis por exprimir a sua vontade, que nada mais é do que uma abstração jurídica [...]**²⁵ (grifamos)

²⁴ Disponível em: <<https://jota.info/artigos/defesa-de-agentes-publicos-pelos-orgaos-da-advocacia-geral-da-uniao-16042016>>, Acesso em 04/06/17.

²⁵ *In*: Revista do TCEMG. Julho/Agosto/2013. Pareceres e Decisões.

No mesmo sentido, Erasto Villa Verde de Carvalho Filho²⁶:

Interpretação literal e aligeirada do dispositivo constitucional ut supra (art. 131) poderia levar à ilação de que a Advocacia Geral da União seria representante judicial e extrajudicial, tão somente, da pessoa jurídica da União. Nada mais equivocado. 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

Enfim, com o grande aumento do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, sobre os Administradores e sobre os Servidores Públicos, deixa-os “entregues à própria sorte” seria uma rematada injustiça, além de uma limitação exagerada sobre a atividade estatal, pois os agentes públicos passariam a exercer timidamente suas atribuições, sem o denodo necessário para enfrentar conflitos de interesse e forças contrárias às políticas públicas que o próprio Estado, democraticamente, elegeu. Enfim, desprovidos da segurança jurídica indispensável ao exercício de suas atribuições.

Eis a razão pela qual adveio a Lei nº 9.028, de 1995, cujo art. 22 apenas explicitou o que implicitamente o art. 131 da Lei Maior já previa: autorizou que a defesa dos agentes públicos fosse realizada pelos órgãos da Advocacia Geral da União. Conforme a chamada Teoria dos Poderes Implícitos, quando a Constituição exige os fins, ela dá os meios. (grifamos)

Por oportuno, colha-se a opinião de Ives Gandra da Silva Martins²⁷, ao defender a constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.143-31, que alterou o art. 22 da Lei n.º 9.028/95, destacando além do direito constitucional de defesa do servidor, a inexistência de qualquer conflito de interesses, já que os órgãos de correição são completamente distintos dos que cabe fazer a defesa dos servidores que praticaram a suposta conduta irregular, senão vejamos:

É constitucional. Todo administrador público pode produzir normais inconstitucionais, e o Poder Judiciário aí está para restabelecer a ordem jurídica. O governo pode, portanto, perder questões. Da mesma forma, todos os advogados podem não ser bem-sucedidos nas demandas, que consideram *a priori* como defensáveis e corretas. Nem o governo nem os advogados são infalíveis nos seus processos em juízo. Nem mesmo os magistrados. Quando uma norma é considerada inconstitucional por 6x5 na Suprema Corte, fica evidente que cinco dos maiores juízes do País entendem que a norma seria constitucional.

²⁶ **In: A Defesa de Agentes Públicos pelos Órgãos da Advocacia-Geral da União, disponível em: <https://jota.info/artigos/defesa-de-agentes-publicos-pelos-orgaos-da-advocacia-geral-da-uniao-16042016>, acesso em 10/05/17.**

²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 5, n. 103, p. 22-27, abr. 2001

Por outro lado, o direito à ampla defesa é assegurado na lei suprema (art. 5º, inciso LV). Ora, não há como retirar o direito de que a defesa de quem agiu na gestão da coisa pública seja realizada pelos próprios órgãos do Poder Público para tais fins constituídos.

Por suas ações pessoais, não cabe o direito de defesa por intermédio dos órgãos oficiais. Nesta hipótese, nitidamente, a participação da AGU feriria o Princípio da Moralidade. A lei, portanto, é manifestamente constitucional.

Não há qualquer conflito de interesses, na medida em que os órgãos de correição dos poderes têm a obrigação de permanente fiscalização dos atos de seus servidores. Todas as corregedorias, enquanto investigam de um lado, não impedem que os investigados continuem atuando como administradores, de outro lado. Somente após decisão final condenatória é que podem afastar, por condenação o servidor. Vale dizer, o seguimento do Poder que é obrigado a proceder a correição é diferente daquele que defende as ações extremas das autoridades em questões vinculadas à sua ação. Tanto os corregedores não podem deixar de fazer as investigações necessárias, quando há suspeitas de administração temerária ou dolosa, como os órgãos de defesa do Poder Público de defender os servidores acionados em juízo por atos vinculados a sua Administração. São funções separadas, distintas, que devem ser exercidas, nos limites das competências outorgadas pela Constituição e pela lei. (grifamos)

Ademais disso, ressalte-se que até quem foi convidado a discorrer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.143-31, como se vê na edição da Revista CONSULEX, de 30 de abril de 2001, admite, em certas hipóteses, a possibilidade de que AGU faça a defesa do agente público demandado em razão de ato praticado no exercício da função, senão vejamos:

[...] No tocante à segunda questão e diante dos comandos da ventilada ordem jurídica, poderá, inevitavelmente, nos casos de improbidade praticada pelo servidor, ocorrer conflito de interesses no fato de a União apurar irregularidades e, ao mesmo tempo, defender o acusado. A meu sentir, tal conflito só poderá ser evitado por intermédio de hábil reformulação da mencionada legislação, com a indigitada delegação regularmente autorizada em Emenda Constitucional e sob o condicionamento de que o servidor tenha agido no estrito dever funcional e sob a fiel observância aos comandos do caput do art. 37 da Constituição Federal, hipótese em que sua defesa estatal se torna um direito de cidadania²⁸. (grifamos)

Ainda acerca do tema, deve ser registrado que o atual Ministro do STF Roberto Barroso, quando ainda era Procurador do Estado do Rio de Janeiro emitiu parecer acerca da constitucionalidade de normas que autorizam os procuradores de Estado sejam designados para representar judicialmente servidores processados por atos praticados no exercício das funções, inclusive em processos criminais e de

²⁸ DA SILVA, Antônio F. Álvares *et al.* Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 5, n. 103, p. 22-27, abr. 2001

improbidade administrativa. Refiro-me ao Parecer n. 01/2007, que foi publicado na Revista da PGE/RJ, edição n. 62 de 2007²⁹, do qual se extrai o seguinte trecho:

[...] I. VALIDADE JURÍDICA DA OPÇÃO POLÍTICA DE O ESTADO ASSUMIR A DEFESA DE AGENTES PÚBLICOS DEMANDADOS EM RAZÃO DA FUNÇÃO

a) Fundamento: promoção da eficiência e do interesse público. Garantias para o exercício adequado da função pública

5. A submissão dos atos do Poder Público aos controles democráticos, inclusive de instituições estatais autônomas, como o Ministério Público, traduz importante concretização do princípio republicano. Como em tudo o mais na vida, porém, também aqui os excessos são uma possibilidade real. Como em tudo o mais na vida, porém, também aqui os excessos são uma possibilidade real. Mais que isso, os fatos mencionados na Nota Técnica já foram identificados pela doutrina, que tem sugerido, inclusive, sanções para ao abuso no ajuizamento de determinadas ações, como a de responsabilidade civil do Estado.

6. As consequências do emprego abusivo desses mecanismos de controle são graves, pois a questão não repercute apenas sobre o agente, mas também sobre a própria Administração. É certo que, do ponto de vista do agente público, além do custo econômico de suportar a sua defesa em múltiplas demandas, ele ainda sofre o custo pessoal de constantes denúncias - muitas vezes infundadas - relativas à honestidade com que exerce a função pública.

7. Sob a perspectiva do Estado, a repercussão do abuso referido gera dificuldades para o desempenho de seus fins constitucionais e acarreta a perda de atratividade dos cargos públicos, pelos riscos que passam a acompanhá-los e pela exposição de seus titulares a constrangimentos. Assim, por um lado, os agentes são forçados a dividir as suas preocupações entre os seus afazeres legais e a sua defesa nos diversos processos; por outro, pessoas qualificadas deixam de se interessar pela função pública, por ficarem injustamente submetidas a estado de permanente tensão, em razão da possibilidade de demandas -frequentemente infundadas - nas quais se vai discutir a probidade de sua atuação. Isso se associa, ainda, à perspectiva de se verem sozinhos no momento de se defenderem, apesar de as demandas decorrerem diretamente da sua atuação como agentes públicos

[...]

9. Essas constatações fáticas não são indiferentes para o Direito; muito ao revés, elas interferem com bens jurídicos constitucionalmente tutelados como, em particular, a eficiência administrativa e a realização do interesse público. Não é difícil perceber como essas questões práticas prejudicam ou até mesmo inviabilizam a promoção adequada de bens jurídicos valiosos.

10. Ora bem. Se o abuso do manejo de ações como as de improbidade desencadeia essa espécie de lesão a princípios constitucionais, os Poderes Públicos podem, legitimamente, conceber meios capazes de minimizar ou eliminar essa disfunção. Apenas se deverá ter o cuidado de verificar se esses meios, além de aptos a minimizar o dano referido, não violam algum outro comando constitucional.

[...] O passo seguinte é investigar se, além de contar com um fundamento válido, a eventual decisão do Estado de assumir a defesa dos agentes públicos em questão não viola outros dispositivos constitucionais, em particular o da isonomia.

²⁹ <https://www.pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2007-volume-62>, acesso em 23/11/2017.

b) Inexistência de óbices. Isonomia e sistema jurídico vigente: situações diferentes autorizam tratamento diverso. Decisão do STF na ADIn n. 3022/RS.

12. Um óbice que se poderia suscitar neste ponto (...) envolveria a isonomia. Seria válida a opção do Estado de assumir a defesa de determinados cidadãos no âmbito de ações de improbidade? A resposta é positiva por algumas razões que se acumulam.

13. Deve-se assinalar, de início, que a opção do Estado não é por assumir a defesa de um grupo aleatório de pessoas rês em ações de improbidade. Trata-se, ao contrário, de um grupo específico – agentes públicos acionados por conta de atos praticados no exercício da função pública – e cuja especificidade guarda uma relação lógica com o tratamento diferenciado que estão recebendo da parte do Poder Público. Realiza-se aqui a isonomia na vertente pela qual se justifica um tratamento diferenciado que para os desiguais, na medida de sua desigualdade.

[...] Há, no caso, um critério razoável para o discrimen, que autoriza a diferenciação: os agentes somente são demandados porque exercem função pública, característica que não é compartilhada pelas demais pessoas.

15. Tanto é assim que o próprio sistema constitucional consagra garantias dirigidas aos agentes públicos – ao menos a alguns deles-, sem que se cogite de quebra de isonomia, e exatamente para assegurar melhores condições ao desempenho das funções públicas. Como se sabe, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a responsabilidade perante terceiros por eventuais danos oriundos de atos praticados por agentes públicos é da pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado prestadora de serviços públicos).

16. A prerrogativa de foro tem propósito aproximado ao que se busca alcançar com a assunção, pelo Estado, da defesa dos agentes públicos nas circunstâncias descritas. [...]

17. Por fim, resta mencionar que a inexistência de óbice constitucional à opção de que cogita o Estado já foi confirmada por decisão específica do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, na ADI n. 3022/RS, o STF declarou a constitucionalidade do art. 45 da Constituição gaúcha, que tem a seguinte dicção: “Art. 45 - O servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito a assistência judiciária pelo Estado” [...](grifamos)

No julgamento da ADI n. 3022 mencionada pelo hoje Ministro Roberto Barroso, discutiu-se, no que importa ao objeto do presente trabalho, a constitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que é vazado nos seguintes termos, *litteris*:

Art. 45. O servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito a assistência judiciária pelo Estado (grifamos)

Nos debates que se seguiram ao voto do Relator, Min. Joaquim Barbosa, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou o seguinte: “**É extremamente razoável que o Estado proteja os servidores, especialmente no contexto pós-1988, em que a judicialização das controvérsias em relação aos Estados e aos**

seus servidores é a regra, e que o próprio servidor tenha alguma forma, alguma segurança de que poderá contar com a assistência jurídica”.

No mesmo sentido foram as palavras do Min. Cezar Peluso, ao se manifestar imediatamente após o Min. Gilmar Mendes, *verbis*:

E acresço o seguinte: **a norma pressupõe que a Administração avalie se o funcionário exerceu regularmente as funções. Nos casos em que a Administração reputar que o servidor atuou regularmente, o Estado lhe prestará a assistência.**

E o mais importante é que essa assistência é **reforço da tutela da regularidade do ato praticado e atribuído ao Estado**, ou seja, o Estado defende-se também, por esse modo, do ato que é seu. Além disso, não me parece que a norma atribua essa função à Defensoria Pública. (grifamos)

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, também votou pela constitucionalidade do dispositivo e o fez nos seguintes termos:

Senhor presidente, também entendo que o preceito se refere à assistência de forma ampla, incluindo a assistência jurídica e judiciária. **A norma é salutar no que veicula essa assistência ao exercício regular, ou seja, no caso de o servidor atuar personificando o Estado. Fazendo-o, se acionado em juízo, ou se realmente necessitar apenas da assistência jurídica, ele a terá mediante atividade desenvolvida pelo próprio estado.** Logicamente, quando se cogita do **exercício regular**, afasta-se uma situação de antagonismo, aquela ressaltada pelo Procurador- Geral da República quanto a atos do servidor que hajam implicado o desvio de conduta no âmbito da Administração pública(grifamos)

Afinal o jugado, restou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. 3. **Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.** 4. Ação julgada parcialmente procedente.

(ADI 3022, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2004, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-02 PP-00189

LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 96-115 RDA n. 240, 2005, p. 287-297 RTJ VOL-00193-01 PP-00117) (grifamos)

Vê-se, pois, que a indigitada norma é constitucional, e possibilita que sejam minimizados os efeitos deletérios dos excessos cometidos pelos mecanismos de controle do Poder Público.

Com isso, permite-se a melhor realização do princípio da eficiência, seja porque os servidores se sentem mais seguros para o exercício dos seus afazeres legais e podem neles se concentrar, seja porque os cargos públicos se tornam mais atrativos às pessoas mais bem qualificadas, havendo, portanto, melhor promoção do interesse público.

Afora isso, frise-se que elas guardam sintonia com o princípio da isonomia, pois o critério de distinção por elas adotado é razoável. Trata-se de proteção a agentes demandados por terem praticado atos regulares no exercício da função pública, desde que sejam observados os requisitos previamente definidos, como será visto à frente.

Ademais, consigne-se que não se mostra razoável, proporcional ou justo que o Ente público abandone, à sua própria sorte, servidor que reconhecidamente agiu no interesse público ao exercer o ato questionado e que, no mais das vezes, é vítima do excesso dos agentes dos órgãos de controle do Estado, condenando-o à bancarrota, já que gastará pesadas somas com a contratação de advogado para o patrocínio de sua defesa no âmbito judicial e/ou administrativo.

Nesse passo, é de se concluir que a conduta de “abandonar” o agente público que procedeu conforme os ditames legais e no interesse público não se coaduna com o **Princípio da Razoabilidade/Proporcionalidade**, posto que em razão de tal Princípio espera-se do Administrador público, **condutas e comportamentos que não destoem do senso normal das pessoas, guardando congruência lógica entre a decisão tomada e o fim colimado**. Confira-se sobre o Princípio da Razoabilidade a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer **a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e**

³⁰ in "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 2002, 14ª ed., p. 91-93.

respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que **não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis - as condutas desarrazoadas e bizarras,** incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. **Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de sua libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa, muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.** Em outras palavras: **ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar;** é dizer, **que avalize previamente as condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito.**

[...]

Fácil é ver-se, pois, que **o princípio da razoabilidade se fundamenta nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).** Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o "mérito" do ato administrativo, isto é, o campo de "liberdade" conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita "liberdade" é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos. [...] (grifamos)

Acerca do tema, vale transcrever, ainda, os apontamentos do Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes³¹, para o qual:

Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e exigíveis à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é exigível se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais. (grifamos)

Com efeito, em análise de decisões da nossa Corte Suprema neste aspecto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes³² ensina que:

O desenvolvimento do Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a

³¹ Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva 1990. p.41

³² A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, n. 23, 1 Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n 1/8175, p. 475-469.

sede material na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma – se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se, pois, que o Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição do Excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua sede material no art.5º, inciso LIV da Constituição Federal. (grifamos)

Nesse trilhar, segundo Pedro Lenza (2008, p.75), é de se ver que o Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade é utilizado, de ordinário:

[...]para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - , o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.³³

Assim, dúvida não há da irrazoabilidade do entendimento de não se levar a efeito a defesa de agente público que atuou conforme os ditames legais e no interesse público, porquanto:

[...] A ideia de proporcionalidade revela-se não só um importante [...] princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.³⁴

Lado outro, ressalte-se que a **representação em comento deve ser ampla**, alcançando até mesmo a proteção **aos direitos da personalidade** quando violados em razão do exercício do cargo, como bem assevera Marcelo Kokke Gomes³⁵, *verbis*:

³³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989, p. 238.

³⁵ **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-16, jan.-jul., 2015. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em 01/07/17.

[...] Desta forma, atingidos direitos de personalidade da pessoa que ocupa cargo público, em razão de suas atribuições exercidas na qualidade funcional, a legitimidade da atuação da Administração Pública em sua defesa é ocasionada pela globalidade da identidade humana, não fracionável. Há aqui verdadeira reciprocidade, atuando o agente como órgão emanador da vontade da Administração Pública, a afirmação institucional do interesse público permanece para a tutela da expressão do agente, seja em demanda privada, seja em demanda pública. A reciprocidade significa o reflexo de resguardo da função pública, seja em sua expressão própria, no papel de agente público, seja em sua expressão reflexa, quando este papel contagia outros aspectos da vida privada do agente, já que seus direitos de personalidade, sua identidade, há de ser tomada em escala global.

Sumarizando, a legitimidade da Administração Pública atuar em tutela dos direitos de personalidade da pessoa que ocupa ou ocupou a condição de agente público, abrangendo imagem, privacidade e honra, advém da condição global e unitária da identidade do ser humano, não fracionável, havendo reciprocidade de tutela quando a atribuição pública se projete em papéis diversos ou na dimensão privada da vida da pessoa. Fortalece-se da mesma forma a própria Administração e seus princípios retores, garantindo as atribuições públicas com caráter protetivo e avesso a que o interesse público abandone aquele que agiu regularmente em sua manifestação contida na atribuição funcional (GOMES, Marcelo Kokke. Representação judicial da Advocacia-Geral da União em benefício dos direitos de personalidade dos agentes públicos. (grifamos)

No ponto, importante recordar, conforme preleciona o Min. Celso de Mello no julgamento do AgRInq-726 (STF), a possibilidade do servidor público defender, pela via penal, a honra *propter officium*, como corolário do interesse público:

As ofensas morais cometidas contra funcionário público, em razão do ofício por ele desempenhado, assumem particular gravidade, na medida em que afetam, de modo direto e imediato, o próprio interesse público.

Daí, o tratamento jurídico especial dispensado ao servidor público, moralmente ofendido em sua honra funcional, pela legislação penal brasileira. É de assinalar, neste ponto – tal como acentuado por esta Suprema Corte (RHC 43.959-SP, rel. Min. PRADO KELLY, RJT 41/36, 37) – que o ordenamento positivo nacional, ao assim dispor, ‘não confere privilégio, senão resguarda (...) a autoridade do poder público e a responsabilidade de seus agentes. (STF; AgRInq-726)

De outra parte, deve ser ressaltado que essa proteção aos direitos da personalidade do agente público deve consistir precipuamente na obtenção do direito de resposta, jamais na busca de indenização pecuniária para o agente vítima da manifestação injuriosa, posto que manifestamente contrário ao interesse público, sendo, inclusive, expressamente vedada pelo art. 6º, VIII, da Portaria AGU nº 408/2009, que a despeito de se referir especificamente à AGU, pode servir como um

norte para os demais Entes federativos disciplinarem a matéria, como bem observa Marcelo Kokke Gomes³⁶, *litteris*:

[...] Em síntese, na ação a ser proposta, a AGU deve concentrar o objeto e o objetivo da pretensão no restabelecimento da imagem-atributo, da identidade do agente público representado. Para este restabelecer e afirmação positiva da imagem e da identidade, sobreleva-se em importância o manejo do direito de resposta. O direito de resposta pode ser compreendido como mecanismo de garantia jurídica titularizado por todo sujeito que seja “pessoalmente afectado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, rectificação ou defesa” (Moreira, 1994, p. 13).

[...]

Já nesta fase poderá a Advocacia-Geral da União postular junto ao responsável pela matéria a retificação ou resposta em favor do agente público. O resguardo ao agente público no exercício regular de suas funções ocorre tanto na esfera extrajudicial quanto na judicial, ao que a atuação da AGU na representação daquele permite a afirmação subjetiva (ângulo do agente) e objetiva (ângulo da Administração Pública) de posição contrária à manifestada por outrem.

É por todos esses fundamentos que a jurisprudência não hesita em reconhecer a possibilidade da Advocacia Pública fazer a defesa de agentes públicos em razão de atos praticados no exercício da função e no interesse público, como se verifica do caso abaixo, *litteris*:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFESA DE SERVIDOR PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. 1. **A Advocacia-Geral da União pode patrocinar a defesa de agentes públicos quando demandados em juízo por atos praticados no exercício da função pública, conforme determina o art. 22 da Lei 9.028, de 12 de abril de 1995.** 2. Tendo a ré, Procuradora do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, figurado na relação de substituídos, em ação de execução interposta contra essa autarquia, que visava o recebimento do reajuste de 28,86%, não poderia agir como procuradora do próprio IBAMA na mesma causa em que tinha interesse direto e pessoal. 3. Pena bem aplicada, bem dosada. Tratando-se de servidor, que ganha para seu sustento, a multa fixada em três vezes sua remuneração está razoável. Considerando a conduta praticada e suas conseqüências, a retribuição do mal que fez à Administração Pública está equilibrada. 4. Apelações não providas. (TRF-1 - AC: 3171 RO 2003.41.00.003171-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 06/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 20/10/2006 DJ p.20) (grifamos)

³⁶ Op. Cit.

No mesmo sentido, é o precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ que se transformou em verdadeiro *leading case* acerca do tema, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL — ADMINISTRATIVO — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO — CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL — CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA — ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.

2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.

5. Recurso especial improvido.

(Agravo Regimental no Recurso Especial n. 681571/GO. Relatora. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 6 jun. 2006, DJ 29 jun. 2006, p. 176).(grifamos)

No corpo do Acórdão extrai-se lição que merece ser transcrita, *verbis*:

[...]

A tese jurídica constante do recurso não encontra precedentes nesta Corte, sendo este o "leading case", que pode ser assim resumido: **constitui-se em ato de improbidade a contratação de advogado, pago com recursos dos cofres públicos, para defender o Prefeito acusado de improbidade administrativa?**

A ação civil por ato de improbidade é ação política que atinge as autoridades em razão do exercício de cargo público, sendo público alvo de acusações justas ou injustas, sérias ou não sérias, graves ou não graves. É certo, porém, que derivam elas da atuação de um agente político. Como autoridade deve ser defendido, em princípio, pelo corpo de advogados que desenvolvem a defesa do órgão, não se ignorando que, muitas vezes, não dispondo o órgão público de advogados nos seus quadros, pode ser contratado um causídico para o fim específico. **Dentro desse entendimento, vejo com absoluta legalidade a possibilidade de contratar o prefeito, como agente político, um advogado para defendê-lo, pois a defesa do prefeito pode ser entendida, muitas vezes, como defesa do próprio órgão.**

Se, por um lado, pode-se desenvolver tal raciocínio, por outro, temos como deletéria a contratação de um advogado, escolhido ao talante do prefeito, para defende-lo pessoalmente da acusação de um ato de improbidade, ato este que atinge o órgão público.

A lei não dá solução, e a jurisprudência dos Tribunais Superiores também não abre caminho interpretativo, o que autoriza fazer interpretação sistemática.

Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado.

Como bem afirmou o Ministério Público, seria mais que uma demasia, constituir-se-ia em ato imoral e arbitrário. Com essas considerações, em juízo de retratação, dou parcial provimento ao agravo regimental, conhecendo em parte do recurso especial, mas nego-lhe provimento, a fim de que prevaleça a decisão adotada pelo Tribunal de apelação (grifamos)

Nesse contexto, fixada a premissa de que é possível à Advocacia Pública fazer a defesa de agentes públicos, passemos a analisar no próximo capítulo em quais casos é possível ocorrer tal atuação, analisando para tanto os seus pressupostos e requisitos.

3 A ADVOCACIA PÚBLICA E A REPRESENTAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS NO ÂMBITO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO

3.1 Dos pressupostos e requisitos para a atuação da Advocacia Pública em favor de agente público em juízo

Antes de adentrarmos no mérito da questão tratada neste capítulo convém ressaltar que o estudo realizado teve por base o art. 22 da Lei Federal n. 9.028/95 e a Portaria AGU n. 408/2009, ou seja, normas que têm aplicação restrita à União, mas que nada impede, ao contrário, tudo recomenda, que sejam utilizadas como balizadoras para eventuais normatizações no âmbito das Procuradorias dos Estados e dos Municípios.

Cumprido destacar, ainda, que tramita atualmente na Câmara Legislativa do Distrito Federal o Projeto de Lei Complementar n. 128/2017, encaminhado pelo Poder Executivo Distrital, que em seu artigo 1º prescreve:

Art. 1º A Procuradoria-Geral do Distrito Federal fica autorizado a exercer a representação judicial e extrajudicial dos agentes públicos do Distrito Federal, ativa ou passivamente, em ações ou procedimentos em que se discutam atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, inclusive perante o Tribunal de Contas do Distrito Federal e o Tribunal de Contas da União.

Pois bem, feito esses esclarecimentos, avancemos no trato da matéria.

De fato, como já visto, o fundamento legal para a atuação da Advocacia Pública Federal em defesa do agente público é o art. 22 da Lei n. 9.028/95, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

[...]

§ 2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, **poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo**. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)(grifamos)

Da análise do *caput* do comando legal em apreço, é possível identificar 2 (dois) pressupostos legais para a atuação da AGU em defesa do agente público, quais sejam: a) a natureza estritamente funcional dos atos praticados, e b) que os atos tenham sido 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.

Desse modo, para a escorreita compreensão dos pressupostos acima descritos, mister se faz definirmos o que é interesse público.

De fato, segundo Guilherme de Abreu e Silva³⁷, o conceito de interesse público tem sua origem na Idade Média e foi inspirado na ideia de bem comum, pregada pelo Cristianismo, senão vejamos:

[...] A ideia de bem comum se aprimora com o advento do cristianismo na Idade Média, em que São Tomás de Aquino “colocava o bem comum como tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for: bem material, moral, espiritual, intelectual”[3]. Contudo, São Tomás de Aquino compreendia o homem como sendo um ser social que procurava, além do seu interesse o individual, o interesse do grupo a qual pertencia,

³⁷ SILVA, Guilherme de Abreu e. A reconfiguração do conceito de interesse público à luz dos direitos fundamentais como alicerce para a consensualidade na administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11624. Acesso em out 2017.

delimitando a existência de um bem comum de cada grupo social.[4] **Desta forma, cabia, então, ao Estado perseguir o bem comum**, que se dividia entre o bem comum dos particulares – “é a causa, ou seja, é o conjunto das condições comuns próprias à organização e à conservação de seus bens”[5] – e o bem comum da sociedade – “é um fim, porque determina a orientação dos indivíduos na sociedade, mas também os unifica;”[6]. Seguindo a concepção de interesse público revestido de bem comum na Idade Média, Di Pietro leciona que Jean Bodin, no século XVI, ao conceituar República vinculava a noção de solidariedade social que é capaz de justificar a existência de uma comunidade política, ou seja, os homens se unem para viver em sociedade e em comunidade para conseguir atingir um bem comum.

Seguindo tal ordem histórica da resignificação do conceito, os contratualistas do final do século XVII e XVIII acabaram por alterar em alguma forma a concepção clássica de bem comum. Hobbes, Locke e Rousseau abordam a questão de bem comum e de interesse público por vieses diferentes.

Locke, por exemplo, já diverge da concepção de grupo e de comunidade, afirmando que o interesse da conformação de uma sociedade política estava fundado na proteção da individualidade, assim, a proteção do interesse público é secundário para Locke. [...] (grifamos)

Nesse passo, é de se ver quão difícil é a caracterização do que é interesse público, motivo pelo qual, a despeito da vagueza e porosidade do conceito, podemos nos valer da definição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸:

[...] ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. (grifamos)

No ponto, registre-se a advertência feita pelo ex-Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, no Despacho n. 473/2004, quanto à dificuldade na definição do interesse público, em nome do qual as autoridades às quais a Lei n. 9.028/95 dispensa a representação judicial por parte da AGU tenham praticado atos que, posteriormente, são questionados em ações civis ou penais. Naquela oportunidade, assim ponderou o então Consultor-Geral da União:

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pag. 59.

Salvo melhor juízo, interesse público [...] **pode ser definido ou identificado como a qualidade do que não é particular ou que tenha por objeto principal o interesse particular, de tal modo que é do interesse público toda a ação ou conduta lícita que, por meios igualmente lícitos e regulares, tenham sido legitimamente praticados com o deliberado propósito de alcançar objetivo público ou identificado como tal.** Sem essa qualificação ou havendo dúvida fundada e justificada sobre qualquer dos elementos caracterizadores do „interesse público, conforme inserido na cláusula respectiva do art. 22 da Lei nº 9.028/95 fica o administrador desobrigado de sua aplicação. Aqui, opera o brocardo às avessas: na dúvida não cabe o privilégio funcional. (grifamos)

Assim, feita essas observações, não seria despiciendo registrar o magistério de Hector Jorge Escola³⁹, que foi muito preciso ao afirmar quer:

“a noção de bem-estar geral encontra seu correlato jurídico na ideia de ‘interesse público’, a qual pode ser concretizada, agora, sob o fundamento de que existe o interesse público quando, nele, uma maioria de indivíduos, e em definitivo, cada um pode reconhecer e extrair do mesmo seu interesse individual (Gordillo), pessoal, direto e atual ou potencial. **O interesse público, assim entendido, é não só a soma de uma maioria de interesses coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, mas também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos reconhece, também, um interesse próprio e direto**(grifamos)

Desse modo, é possível constatar que os pressupostos descritos acima se afinam com os **Princípios Administrativos descritos no art. 37 da Constituição Federal**, porquanto seria, além de imoral, completamente ilegal e inconstitucional que o Estado, por meio de seu órgão de representação judicial, patrocinasse a defesa de atos privados do agente completamente dissociados do interesse público, criando um duplo prejuízo para a sociedade, que teria que suportar não só as consequências do ato ilegal, mas também com os custos da defesa do agente improbo. No ponto, confira-se a lição doutrinária, *verbis*:

O pressuposto normativamente considerado é que esteja o agente público em demanda judicial decorrente de atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público. Não obstante, há de se tratar de exercício regular da atribuição, seguindo os parâmetros da legalidade e constitucionalidade. Desta forma, somente são alcançados pela possibilidade de representação judicial atos desenvolvidos pelo agente público que tenham um caráter estritamente funcional. A esfera privada do agente público, que transcenda ao seu papel desenvolvido perante a

³⁹ ESCOLA, Hector Jorge. *El Interés Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo*. 1989:31 APUD PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007. p.215

Administração, logicamente está apartada da possibilidade de representação⁴⁰ (grifamos)

Nesse diapasão, uma vez preenchido os pressupostos fixados no art. 22 da Lei n. 9.028/95 - a natureza estritamente funcional do ato; observância do interesse público; e estrito respeito às atribuições constitucionais, legais ou regulamentares – estaremos diante de um ato regular para efeito de representação do agente público pela Advocacia Pública.

Sendo o art. 22 da Lei n. 9.028/95 o fundamento legal da representação do servidor pela Advocacia Pública, é neste dispositivo legal que o interprete deve buscar o conceito de ato regular para fins de se deferir, ou não, a representação.

Assim, pode-se definir o ato regular como aquele praticado por agente público, regularmente investido no cargo, em estrita obediência a suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares com o desiderato de atingir o interesse público.

Dessa forma, somente o ato regular é passível de defesa pela Advocacia Pública, fato que, por si só, já rechaça grande parte dos argumentos daqueles contrários à tese acerca da possibilidade de defesa do agente público pelo órgão jurídico do Ente público, posto que não é “todo e qualquer servidor público envolvido nas mais variadas práticas de desvios com repercussão, sobretudo, na esfera criminal” que terá direito à defesa de advogados públicos, mas somente aqueles que reconhecidamente praticarem ato no exercício regular das suas funções e no interesse público.

Já os demais argumentos são devidamente rechaçados com a fixação de requisitos, como prevê o art. 22, § 2º, da Lei n.º 9.028/95.

De fato, o Advocacia Geral da União, fazendo uso da faculdade prevista no referido dispositivo legal, editou a Portaria AGU n. 408/2009, que especifica os requisitos para o deferimento da representação do agente público.

O primeiro deles é a análise da verossimilhança das alegações do agente público, a fim de se evitar situações em que o servidor acionado, venha a ter a prática de tais atos indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela

⁴⁰ GOMES, Marcelo Kokke. Representação judicial da Advocacia-Geral da União em benefício dos direitos de personalidade dos agentes públicos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-16, jan.-jul., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em 01/07/17.

AGU, fato que constituiria manifesta ofensa ao Princípio da Moralidade Administrativa.

Com efeito, tal requisito é extraído da análise das disposições previstas no art. 4º, § 4º, da Portaria AGU n. 408/2009, cujo teor se transcreve:

§ 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.

Acerca do referido requisito, confira as lúcidas observações feitas pelo Min. Gilmar Mendes⁴¹, quando ainda era o Advogado Geral da União, *in verbis*:

(...) Essa regulação, obviamente, **obriga a um juízo prévio de valor quanto à verossimilhança das alegações postas na ação contra o servidor ou agente público, justamente para prevenir situações em que o servidor, acionado, que tenha contra si severas e pesadas acusações de prática de atos ilegítimos (com substanciais elementos sinalizadores ou evidenciadores de tal procedimento, nos autos), venha a ter a prática de tais atos, pelo menos no primeiro momento processual, indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela Advocacia-Geral da União.** Dito isso, resta evidente que a autorização legal — que hoje alcança igualmente os titulares de cargos efetivos e não somente aqueles ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento superior — **jamais haverá de implicar conflito algum de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade pública.** Com efeito, se os atos a serem defendidos vinculam-se estritamente ao desempenho das atribuições institucionais dos agentes públicos e se somente se oferecerá defesa em havendo interesse público em fazê-lo, é manifesto que o dado paradigmático reside na existência de um ato oficial veiculador de manifestação do próprio e autêntico interesse público. Em verdade, o crivo decisivo haverá de restar configurado exatamente na existência de interesse público em defesa do ato oficial eventualmente impugnado. Assim, verificado o interesse público na defesa do ato, haverá a representação judicial da União de contestar a impugnação contra ele oferecida, o que, ao contrário do que sugerido por alguns, constituirá ato evidentemente coerente com a defesa do agente público responsável pela prática do ato impugnado. Essas exigências evidenciam, destarte, que somente se

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Medida Provisória n. 2.143-31/2001: Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 5, n. 103, p. 22-27, abr. 2001.

defenderá o agente público se houver interesse público na defesa do ato por ele praticado, o que elimina a mais remota possibilidade de conflito de interesses e afigurase obviamente consequência absolutamente natural da defesa do ato impugnado. A esse respeito, assevere-se que a Advocacia-Geral da União já se recusou a promover a defesa de agentes políticos — embora para tal expressamente provocada — por não identificar os pressupostos legais que a autorizariam. Imagine-se, por outro lado, a circunstância em que agente público cujos atos representam a mais inequívoca manifestação da legalidade e do interesse público queda alvo de dezenas de ações judiciais decorrentes de motivações eminentemente políticas. Em um tal contexto, seria legítimo que viesse o Estado a promover a defesa dos atos praticados e declinasse do dever moral de promover a defesa da prática desses mesmos atos pelo agente público ou responsável? Seria igualmente ético relegar o agente público à ruína financeira decorrente da necessidade de fazer-se representar em juízo — incontáveis vezes — a expensas próprias?” (grifamos)

Esse requisito afasta o mais propalado de todos os argumentos em sentido contrário à possibilidade de representação de agente público pela Advocacia Pública, qual seja, o suposto conflito de interesses.

Deveras, com a submissão do requerimento de defesa ao crivo do órgão competente da Advocacia Pública, é possível averiguar, dentre outras coisas, **“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”**; a **“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”**, assim como a **“existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado”** de forma que se não resta eliminada, diminui sobremaneira a possibilidade de realização de defesa de ato manifestamente ilegal e contrário ao interesse público.

Ademais disso, cumpre repisar a lição de Ives Gandra da Silva Martins⁴², ao defender a constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.143-31, que alterou o art. 22 da Lei n. 9.028/95, destacando a inexistência de qualquer conflito de interesses, uma vez que os órgãos de correição são completamente distintos dos que cabe fazer a defesa dos servidores que praticaram a suposta conduta irregular, senão vejamos:

[...] Não há qualquer conflito de interesses, na medida em que os órgãos de correição dos poderes têm a obrigação de permanente fiscalização dos atos de seus servidores. Todas as corregedorias,

⁴² Op. Cit.

enquanto investigam de um lado, não impedem que os investigados continuem atuando como administradores, de outro lado. Somente após decisão final condenatória é que podem afastar, por condenação o servidor. Vale dizer, o seguimento do Poder que é obrigado a proceder a correição é diferente daquele que defende as ações extremas das autoridades em questões vinculadas à sua ação. Tanto os corregedores não podem deixar de fazer as investigações necessárias, quando há suspeitas de administração temerária ou dolosa, como os órgãos de defesa do Poder Público de defender os servidores acionados em juízo por atos vinculados a sua Administração. São funções separadas, distintas, que devem ser exercidas, nos limites das competências outorgadas pela Constituição e pela lei. (grifamos)

O segundo requisito a ser observado para que o agente tenha sua defesa realizada por meio da AGU, é a solicitação formal, uma vez que depende de prévio requerimento dirigido ao órgão competente para o deferimento, ou não, do pleito. Tal requisito é previsto no art. 2º, da Portaria AGU n. 408/2009, *litteris*:

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. (grifamos)

De fato, como não estamos a tratar do Ente público ou de suas autarquias e fundações públicas, mas sim do agente público, não pode a AGU agir de ofício, fazendo-se mister a provocação do interessado, uma vez que este pode abrir mão dessa prerrogativa, optando, desde logo, pela contratação de um advogado privado.

No ponto, registre-se que o requerimento 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 n. 408/2009.

O terceiro requisito é o prazo em que o interessado deve requerer o benefício, nos exatos termos do artigo 4º, §§ 6º e 7º da Portaria AGU nº 408/2009, senão vejamos:

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

§ 7º No caso de haver a necessidade de prática de ato judicial em prazo menor ou igual ao previsto no § 6º, o requerimento de representação deverá ser feito em até vinte e quatro horas do recebimento do mandado, intimação ou notificação. (grifamos)

A fixação de prazo para que seja requerida a representação tem razão de ser, não só porque o requerimento será analisado previamente, fato que demanda certo tempo, mas também, acaso seja deferido, para que o órgão de representação designado tenha tempo suficiente para se inteirar do caso e confeccionar a medida judicial cabível.

O quarto requisito, por seu turno, consiste na necessidade de que a solicitação formal de representação seja instruída com todos os elementos e informações necessárias à confecção da defesa a ser realizada. De fato, o artigo 5º da Portaria AGU n. 408/2009 estabelece as seguintes medidas que deverão ser observadas:

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

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

II - descrição pormenorizada dos fatos;

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

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

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

VI - cópias reprográficas de todos os documentos que fundamentam ou provam as alegações; VII - cópias reprográficas integrais do processo ou do inquérito correspondente;

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

IX - indicação de meio eletrônico, endereço e telefone para contato

O dispositivo em referência não tem outro propósito senão otimizar o trâmite da representação, já que, uma vez deferida, o órgão de representação judicial já contará com todas as informações de documentos necessários à confecção da defesa, dando início imediato aos trabalhos.

Nesse trilhar, é de se concluir pela constitucionalidade do art. 22 da Lei n. 9.028/1995, já que os argumentos no sentido contrário sucumbem frente à regulamentação levada a efeito pela Portaria AGU n. 408/2009, que vedou a possibilidade do instituto da representação de servidor público se tornar meio de defesa de agentes públicos ímprobos.

Deveras, a existência dos pressupostos e requisitos exigidos, tanto pela Lei, quanto pela sua regulamentação, aniquilam os dois argumentos – imoralidade de defesa de ato ilegal e conflito de interesses - mais utilizados na defesa da

inconstitucionalidade do art. 22 da Lei nº 9.028/1995, uma vez que somente o ato praticado no exercício da função e comprovadamente no interesse público poderá ensejar a defesa por parte da Advocacia Pública, após, é claro, a avaliação prévia da verossimilhança das alegações do servidor, eliminando, dessa forma, o suposto conflito de interesses.

Lado outro, registre-se que a representação ora tratada não demanda que o servidor ocupe cargo de destaque na estrutura estatal, havendo apenas a exigência de que seja ocupante de cargo efetivo, como se percebe do art. 3º, XIII, da Portaria AGU n. 408/2009, senão vejamos:

Portaria AGU 408/2009

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

[...]

XIII - os titulares de cargos efetivos da Administração Federal;(...)
(grifos do relator)

No ponto, ressalte-se que o TRF da 1ª Região já teve a oportunidade de atestar a legalidade do referido dispositivo regulamentar o fazendo nos autos do Agravo de Instrumento n. 0004821-28.2013.4.01.0000/MG, em decisão que restou vazada nos seguintes termos, *litteris*:

DECISÃO

1. *Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que declarou a revelia do autor JONAS GARCIA ALMEIDA, sob o fundamento de que a defesa veiculada pela Autarquia Previdenciária não poderia ser aproveitada ao agravante, tendo em vista que o servidor não exerce cargo de natureza especial, direção ou assessoramento superior.*

2. *Argumenta o agravante que o artigo 22 da Lei 9.028/95 autoriza a Advocacia-Geral da União representar judicialmente os agentes públicos, incluindo aí não apenas os ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento superior, mas também os titulares de cargos efetivos.*

3. *Sustenta, ainda, que o magistrado, antes de declarar a revelia, deveria, por força do art. 13 do CPC, apontar prazo para que o agravante sanasse a suposta irregularidade. Pugnou, pois, pela atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.*

É o relatório. Decido.

4. *Com razão o agravante.*

5. *Para o deslinde da controvérsia posta no presente instrumento, mister trazer à colação o disposto no art. 22 da Lei 9.028/95, bem assim a previsão contida art. 3º, inciso XIII, da Portaria AGU 408/2009. Vejamos:*

Lei 9.028/95

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. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no **caput**, e ainda: (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012) 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. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

§ 2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

Portaria AGU 408/2009

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

[...]

XIII - os titulares de cargos efetivos da Administração Federal; [...]

(grifos do relator)

6. Cotejando os dispositivos acima apontados, infere-se que o agravante, pode ser representado judicialmente pela Advocacia-Geral da União, sobretudo por ser detentor de cargo efetivo desde 04/07/2005, conforme noticiado nos autos originários.

7. Nesse passo, mostra-se necessário, afastar a revelia decretada pelo condutor do feito.

8. Mesmo que superada tal questão, no caso em que o Juízo verifica a incapacidade processual ou a irregularidade da representação de parte, deve o magistrado, em homenagem ao princípio da celeridade processual, marcar prazo razoável para ser sanado o defeito, o que não ocorreu no caso em testilha.

9. Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, para os fins de reconhecer a regularidade da representação processual do agravante.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se ao juízo de origem. Sem recurso, archive-se.

Brasília, 30 de janeiro de 2013.

JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA
RELATOR CONVOCADO(grifamos)

Por fim, frise-se que a Portaria AGU n. 408/2009 não se descuidou de disciplinar quais são as Autoridade encarregadas de analisar e, acaso preenchidos os requisitos legais e regulamentares, deferir o pleito de representação, o fazendo em seu art. 4º, senão vejamos:

Art. 4º Os pedidos de representação serão dirigidos:

I - quando se tratar de agentes da Administração Federal direta:

- a) ao Secretário-Geral do Contencioso, quando a demanda seja ou deva ser processada originariamente perante o Supremo Tribunal Federal;*
- b) ao Procurador-Geral da União, quando a demanda seja ou deva ser processada originariamente perante os Tribunais Superiores ou nas hipóteses que envolver as autoridades previstas no § 1º deste artigo, respeitados, neste último caso, o disposto na alínea "a" deste inciso;*
- c) ao Procurador Regional da União, quando a demanda seja ou deva ser processada por Tribunal Regional da respectiva Região ou no Juízo de primeira instância de sua localidade;*
- d) ao Procurador-Chefe da União ou ao Procurador Seccional da União, quando a demanda seja ou deva ser processada no Juízo de primeira instância de sua área de atuação;*

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

- a) ao Procurador-Geral Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada perante o Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior;*
- b) ao Procurador Regional Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada por Tribunal Regional da respectiva Região ou no Juízo de primeira instância de sua localidade;*
- c) ao Procurador-Chefe da Procuradoria Federal no Estado ou ao Procurador Seccional Federal, quando a demanda seja ou deva ser processada no Juízo de primeira instância de sua área de atuação;*
- d) ao Chefe de Procuradoria Federal, especializada ou não, junto a autarquia ou fundação que, excepcionalmente, ainda detenha representação judicial no Tribunal ou Juízo em que a demanda seja ou deva ser processada.*

§ 1º As solicitações do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores da União, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República, do Procurador-Geral do Trabalho, do Procurador-Geral da Justiça Militar, do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, dos membros do Congresso Nacional, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Tribunal de Contas da União e dos Comandantes das Forças Armadas, bem como dos ocupantes de cargos em comissão do Grupo- Direção e Assessoramento Superiores - DAS níveis 5, 6 e de Natureza Especial - NES da Administração Federal direta, ou equivalentes, para representá-los em qualquer juízo ou tribunal devem ser dirigidas ao Secretário-Geral do Contencioso ou ao Procurador-Geral da União, observado o disposto no inciso I, alíneas "a" e "b", deste artigo.

§ 2º Caso não seja acolhido pedido de representação judicial do Presidente da República, do Vice- Presidente da República, dos Senadores e Deputados Federais, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, dos Ministros de Estado e do Defensor-Geral da União, os autos do processo administrativo devem ser remetidos para o Gabinete do Advogado-Geral da União para conhecimento.

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

Acaso ocorra o indeferimento, caberá recurso que será dirigido à autoridade que indeferiu o pedido, a qual, se não a reconsiderar em vinte e quatro horas, o encaminhará à autoridade superior (artigo 7º, § 3º, da Portaria AGU n. 408/2009).

Nesse diapasão, é irretorquível a conclusão no sentido de que é constitucional o art. 22 da Lei n. 9.028/1995, uma vez que este dispositivo legal e sua regulamentação - Portaria AGU nº 408/2009 -, ao contrário do que afirmam alguns, **não permite a possibilidade de representação a esmo de servidor** e, muito menos, enseja a atuação contraditória da Advocacia Pública.

3.2 Situações em que são vedadas a representação pela Advocacia Pública

Como prova inequívoca de que o art. 22 da Lei n. 9.028/1995 não possui o desiderato de promover a defesa ampla e irrestrita de todo e qualquer agente público demandado pelos órgãos de controle do Estado, há o artigo 6º da Portaria AGU n. 408/2009, que elenca os casos em que é expressamente vedado o patrocínio do agente público, dando mais um golpe mortal nos argumentos dos que afirmam que a representação se dará a esmo.

Aqui cabe, mais uma vez, o registro que a regulamentação em apreço, qual seja, o art. 6º da Portaria AGU n. 408/2009, tem seu espectro de abrangência limitado à União, mas que nada impede que seja utilizada como ponto de partida para eventuais legislações estaduais e municipais acerca do tema.

Feito esse registro, confira-se o teor do dispositivo regulamentar, *litteris*:

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 (grifamos)

Com efeito, é de se ver que as hipóteses descritas podem ser enquadradas em 4 (quatro) categorias, a saber: 1) as que não se ajustam ao interesse público (incisos I, IV, VII e IX); 2) as que violaram as normas ou orientações internas da AGU (incisos II e III); 3) as que violam o ordenamento jurídico em geral (incisos V e VI); e, por fim, 4) as que dizem respeito exclusivamente ao interesse privado do agente público (incisos VIII e X).

As hipóteses supramencionadas retratam casos de ausência de interesse público ou de violação de normas, sejam internas da AGU, sejam normas jurídicas gerais, justificando a proscrição da realização da defesa em casos tais, já que entendimento diverso representaria inequívoco aviltamento do Princípio da Legalidade e da Moralidade Administrativa.

Assim, é de se ver que a AGU não fez outra coisa senão regulamentar, por meio da Portaria AGU n. 408/2009, o entendimento da jurisprudência no sentido de vedar o patrocínio por parte da Advocacia Pública nos casos de ausência de interesse público ou manifesta ilegalidade da conduta levada a efeito pelo agente público, senão vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFESA DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ATO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 22 da Lei nº 9.028/95 (alterado pela MP 2216-37/2001; prevê a defesa pela AGU dos agentes públicos efetivos, sendo que a defesa - cível ou criminal - do servidor dar-se-á no interesse do órgão público, com benefício reflexo à coletividade. 2. **Tratando-se de servidor público que pratica ato, em tese, ilegal, ferindo suas atribuições funcionais e o princípio da moralidade administrativa, falta legitimidade à Advocacia-Geral da União para patrocinar sua defesa judicial.** (TRF-4 - MS: 47803 PR 2005.04.01.047803-4, Relator: NÉFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/05/2006, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/05/2006 PÁGINA: 1006)(grifamos)

No corpo do Acordão extrai-se lição que merece ser transcrita:

Ao examinar o pedido liminar, proferi decisão com o seguinte teor:

"O art. 22 da Lei nº 9.028/95 (alterado pela MP 2216-37/2001) prevê a defesa pela AGU dos agentes públicos efetivos:

Art. 22. Cabe à Advocacia-Geral da União, por seus órgãos, inclusive os a ela vinculados, nas suas respectivas áreas de atuação, a representação judicial dos titulares dos Poderes da República, de órgãos da Administração Pública Federal direta e de ocupantes de cargos e funções de direção em autarquias e fundações públicas federais, concernente a atos praticados no exercício de suas atribuições institucionais ou legais, competindo-lhes, inclusive, a impetração de mandado de segurança em nome desses titulares ou ocupantes para defesa de suas atribuições legais.

Tal previsão legal vem a complementar o art. 131 da Constituição Federal:

"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."

Não me parece ter a norma legal extrapolado os limites constitucionais, porque realmente a defesa de ato legal do servidor é a própria defesa do serviço público e da pessoa de direito público correspondentes:

"Dito isso, resta evidente que a autorização legal - que hoje alcança igualmente os titulares de cargos efetivos e não somente aqueles ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento superior - jamais haverá de implicar conflito algum de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade pública. Com efeito, se os atos a serem defendidos vinculam-se estritamente ao desempenho das atribuições institucionais dos agentes públicos e se somente se oferecerá defesa em havendo interesse público em fazê-lo, é manifesto que o dado paradigmático reside na existência de um ato oficial veiculador de manifestação do próprio e autêntico interesse público. Em verdade, o crivo decisivo haverá de restar configurado exatamente na existência de interesse público em defesa do ato oficial eventualmente impugnado. Assim, verificado o interesse público na defesa do ato, haverá a representação judicial da União de contestar a impugnação contra ele oferecida, o que, ao contrário do que sugerido por alguns, constituirá ato evidentemente coerente com a defesa do agente público responsável pela prática do ato impugnado. Essas exigências evidenciam, destarte, que somente se defenderá o agente público se houver interesse público na defesa do ato por ele praticado, o que elimina a mais remota possibilidade de conflito de interesse e afigura-se obviamente consequência absolutamente natural da defesa do ato impugnado." (Trecho de manifestação do então Advogado-Geral da União Gilmar Mendes, in www.redebrasil.inf.br)

"Como se vê, é interesse do Estado a defesa desses administradores. Ademais, é importante observar que a condição escrita dos preceitos impugnados afasta automaticamente aquilo que poderia ser chamado de locupletamento. A condição para que o titular do cargo goze de defesa pública afasta qualquer ato pessoal, e principalmente não permite a prática do ato pessoal contra o patrimônio público quando o texto da lei condiciona aos "atos praticados no exercício de suas atribuições institucionais ou legais." (Trecho das informações do Advogado-geral Alberto Cascais, na ADI 2888)

Ocorre que a defesa - cível ou criminal - do servidor dar-se-á no interesse do órgão público, com benefício reflexo à coletividade. Ou seja, somente atuará o órgão defensor da União quando o ato do servidor tenha sido realizado no interesse dela, sem clara extrapolação dos limites da legalidade.

Daí porque manifestou em artigo doutrinário a Advogada da União Anita Villani:

"Assim, o ato:

- i) deve ser aparentemente legal;
- ii) ter sido praticado no exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; e
- iii) ter sido praticado no interesse público, especialmente da União, suas autarquias e fundações, ou das instituições mencionadas no art. 22.

Por conseqüência, entendo estar obstada a atuação da AGU em defesa dos interesses de autoridade ou servidor cujo ato praticado, alternativamente:

- i) tenha sido declarado ilícito (administrativa ou judicialmente);
- ii) tenha causado dano ao erário; ou,
- iii) possa gerar ação regressiva da União, suas autarquias ou fundações. (Villani, Anita. *Advocacia-Geral da União e a Representação Judicial dos Servidores e Autoridades Federais*. In: *A união em juízo*, editora MP: pág. 111)

Do contrário, como bem exposto pelo magistrado de primeiro grau, ter-se-ia defesa da União contra os interesses - até econômicos - da própria União.

Certo é que o juízo inicial quanto à admissibilidade da defesa será feito pela própria AGU. Tratando-se de limite legal - e até constitucional - porém, pode e deve o magistrado examinar a existência casuística dessa legitimação.

Nesse limite é que entendo não ser cabível na espécie a defesa criminal da servidora. Não é minimamente crível ser do interesse da União deixar de atender requisição de cópias de sindicância, feitas pelo próprio órgão constitucionalmente incumbido de zelar pela legalidade, pela justiça e pelo interesse público. Assim, parece-me flagrante a prática de ato em tese ilegal, ferindo atribuições funcionais de servidor público e o princípio da moralidade administrativa. Daí, a falta de legitimidade da AGU.

DENEGO, pois, a liminar pretendida."

O Ministério Público Federal, em seu parecer das fls. 64/69, opina pela concessão da segurança, ao argumento de que "os atos praticados no exercício da função pública que, eventualmente, originem ações no âmbito criminal também se inserem no âmbito defensivo do agente". Sendo assim, sustenta que a aplicação do artigo 22 da Lei nº 9.028/95 não se restringe somente à defesa cível dos servidores públicos por atos praticados no exercício da função, abrangendo, igualmente, a esfera penal.

Ocorre que a defesa do servidor - ainda que na esfera criminal - somente dar-se-á quando o ato praticado tenha sido realizado no interesse do órgão público, o que não se verifica na espécie, como referido por ocasião da decisão liminar.

ISTO POSTO, denego a segurança (grifamos)

Nesse trilhar, é de se ver que as vedações contidas no art. 6º da

Portaria AGU n. 408/2009 são perfeitamente consentâneas com os Princípios Administrativos e a jurisprudência pátria, não fazendo outra coisa senão normatizar as posições pacificadas acerca do tema, devendo, portanto, serem observadas em eventual regulamentação dos demais Entes Federados.

3.3 Da representação extrajudicial junto às Cortes de Contas

A possibilidade da Advocacia Pública fazer a defesa de seus agentes por atos praticados no exercício regular do cargo e no comprovado interesse público, não se restringe à esfera judicial, estendendo-se, inclusive, às Cortes de Contas.

De fato, a defesa de membros e servidores dos Poderes da União, quanto aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, no âmbito da Corte de Contas da União, ou seja, o TCU, está expressamente prevista no art. 1º do Decreto n. 7.153, de 9 de abril de 2010, sendo a norma vazada nos seguintes termos, *litteris*:

Art. 1o A Advocacia-Geral da União exercerá a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal perante o Tribunal de Contas da União, nos processos em que houver interesse da União, declarado expressamente pelo Advogado-Geral da União, sem prejuízo do exercício do direito de defesa por parte dos agentes públicos sujeitos à sua jurisdição.

§ 1o A Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União será a responsável por exercer a orientação da representação e da defesa extrajudicial da União e dos órgãos e entidades da administração federal direta e indireta perante o Tribunal de Contas da União.

§ 2o A assunção da representação e da defesa extrajudicial, nos termos do caput, dar-se-á de forma gradativa, conforme ato a ser editado pelo Advogado-Geral da União, e não exime os gestores de suas responsabilidades.

§ 3o A defesa dos gestores pela Advocacia-Geral da União, perante o Tribunal de Contas da União, dar-se-á na ocorrência de:

I - atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e de suas entidades da administração indireta; e II - atos praticados em observância dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição.

§ 4o A representação e a defesa extrajudicial de que trata o caput não se confundem com o exercício das competências do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. (grifamos)

Assim, é de se ver que, no âmbito da União, a exemplo do que ocorre na atuação judicial, onde há expressa previsão legal no art. 22 da Lei n. 9.028/1995, a atuação extrajudicial, junto ao TCU, tem expressa previsão regulamentar.

Aqui, mais uma vez, a norma expressamente fixa os pressupostos para a atuação, quais sejam, 1) atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e de suas entidades da administração indireta; e 2) - atos praticados em observância dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição, deixando a cargo do Advogado-Geral da União a fixação dos requisitos.

Nesse contexto, art. 5º do Decreto n. 7.153, de 2010 atribuiu ao Advogado-Geral da União a competência para a edição de normas complementares para execução do disposto no referido normativo, razão pela qual foi editada a Portaria n. 1.016, de 30 de junho de 2010, posteriormente alterada pela Portaria n. 81, de 20 de março de 2013, que dispõe:

Art. 9º A defesa dos gestores pela Advocacia-Geral da União, junto ao Tribunal de Contas da União, dar-se-á mediante solicitação do interessado dirigida ao Consultor-Geral da União.

§ 1º A solicitação deverá vir obrigatoriamente acompanhada de parecer jurídico da respectiva unidade da Advocacia-Geral da União, atestando, conclusivamente, que:

I - os atos foram praticados pelo gestor no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e de suas entidades da administração indireta;

II - os atos foram praticados em observância dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição;

III - os atos praticados não estejam sendo objeto de sindicância no âmbito do Órgão;

IV - os atos praticados não estejam sendo objeto de ação de controle no âmbito da Controladoria-Geral da União; e

V - o interessado não responde a processo administrativo disciplinar em relação aos respectivos atos.

§ 2º O DEAEX/CGU/AGU pronunciar-se-á a respeito do pedido no prazo de dez dias, contado do recebimento do requerimento, submetendo a manifestação ao Consultor-Geral da União.

§ 3º O Consultor-Geral da União poderá delegar à unidade jurídica do órgão, no âmbito do qual foi praticado o ato, a responsabilidade pela defesa do gestor. (NR)

Art. 9º-A Não cabe a representação extrajudicial do gestor quando se observar:

I - a não ocorrência de qualquer uma das situações previstas nos incisos do § 1º do art. 9º desta Portaria;

II - a constituição de advogado privado; e

III - o não fornecimento, no prazo estabelecido, de documentos ou informações julgados necessários para subsidiar a defesa.

Parágrafo único. Quando for o caso, a renúncia da defesa será comunicada ao Tribunal de Contas da União e ao interessado, permanecendo o DEAEX/CGU/AGU responsável durante o prazo de dez dias contado após a referida comunicação.” (grifamos)

Nesse trilhar, é de se ver que a Portaria n. 81, de 20 de março de 2013, segue, em linhas gerais, os mesmos requisitos da Portaria AGU n. 408/2009,

adotando, contudo, critérios mais específicos, já que faz exigência expressa acerca da existência de Parecer Jurídico da respectiva unidade, atestando: 1) que os atos foram praticados pelo gestor no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e de suas entidades da administração indireta; 2) que os atos foram praticados em observância dos princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição; 3) que os atos praticados não estejam sendo objeto de sindicância no âmbito do Órgão; 4) que os atos praticados não estejam sendo objeto de ação de controle no âmbito da Controladoria-Geral da União; e 5) que o interessado não responde a processo administrativo disciplinar em relação aos respectivos atos, de forma a dar a impressão de que os requisitos para a assunção da representação do agente Público junto ao TCU é mais rígida que a judicial, o que pode parecer um contrassenso.

Contudo não o é, já que contrassenso seria a AGU realizar a defesa perante a Corte de Contas de servidor que está, em razão do referido ato, respondendo a processo administrativo disciplinar, ou ainda “sendo objeto de ação de controle no âmbito da Controladoria-Geral da União”, gerando a situação de conflito de interesses tão propalada pelos defensores da inconstitucionalidade do art. 22 da Lei n. 9.028/1995.

Veja-se que a Portaria n. 81, de 20 de março de 2013, substituiu o requisito da “verossimilhança das alegações” pelos requisitos de não responder a processo administrativo disciplinar/sindicância e não existir investigação do âmbito da CGU, situações que estão a entremostrear a regularidade da conduta realizada, já que se o ato não ensejou a atuação da Corregedoria do órgão a que pertence o agente público e, muito menos, a atuação da CGU, há, em princípio, uma presunção de regularidade do ato praticado.

Assim, é de aceitação pacífica a possibilidade da AGU promover a defesa de agente público no âmbito do TCU, como se verifica no que restou decidido no Acórdão n. 439/2017:

SUMÁRIO: DENÚNCIA. CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA (CONFEA). POSSÍVEIS CRIMES CONTRA A HONRA DE AGENTES PÚBLICOS. PATROCÍNIO DE AÇÕES PENAS PRIVADAS PELO CORPO JURÍDICO DA AUTARQUIA. IMPOSSIBILIDADE. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. SOFRIMENTO APARENTE DE OFENSAS MORAIS PELO EX-PRESIDENTE E CONSELHEIROS DA

ENTIDADE, NO EXERCÍCIO DO CARGO OU DA FUNÇÃO. INDISSOCIABILIDADE ENTRE OS INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO. DISTINÇÃO FÁTICA DO CASO APRECIADO PELO ACÓRDÃO 1.783/2008-TCU-2ª CÂMARA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS. AJUIZAMENTO DE QUEIXAS-CRIME. ELEIÇÃO PROCEDIMENTAL ERRÔNEA PARA SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. POTENCIAL PREJUÍZO AO ERÁRIO. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DO ESTADO RESTRITA À HIPÓTESE DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. FATOS NÃO SUSCITADOS NA FASE ORIGINAL DO PROCESSO. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO. ERRO ESCUSÁVEL ATRIBUÍVEL AOS PROCURADORES DO CONFEA. PROVIMENTO. SUPRESSÃO DAS DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.(grifamos)

No corpo do acórdão, extrai-se lição que merece ser transcrita, *litteris*:

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito aprovada de maneira uniforme no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur) – peça 35:

INTRODUÇÃO

Cuida-se de recurso de reexame (peças 25) interposto pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, insurgindo-se contra o Acórdão 1.240/2015-Plenário (peça 15), no qual se julgou parcialmente procedente processo de denúncia, apontando-se irregularidade cometida pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – Confea, na autorização ao seu órgão jurídico para prestar assistência jurídica em lides que seriam de interesse pessoal do Presidente José Tadeu da Silva (Decisão PL nº 0083/2014, de 13/2/2014).

[...]

EXAME DE MÉRITO

9. Delimitação

9.1. A questão a ser analisada é se há interesse público no emprego do quadro próprio de procuradores da autarquia para prestação de assistência jurídica aos ocupantes de cargos ou funções, em questão que envolve apenas a promoção de processos judiciais em âmbito criminal.

10. Do objeto de prestação de serviços advocatícios

10.1. A prestação de serviços advocatícios, por força da Decisão Plenária 83/2014 do Confea, consistiu na adoção de medidas judiciais para promover a defesa do patrimônio moral do órgão, do presidente, conselheiros e funcionários do órgão, atingidas por afirmações publicadas por terceiros, assim relacionadas:

[...]

11. Da necessidade da tutela da honra do funcionário público para tutela do interesse público

11.1. Destaque-se inicialmente que as medidas adotadas pelos advogados do Confea beneficiaram pessoas que exerciam os cargos de Presidente e Conselheiro do órgão, sendo inequívoco que José Tadeu da Silva (Presidente do Confea), João Francisco dos Anjos, Marcelo Gonçalves Nunes de Oliveira Moraes, Darlene Leitão e Silva, Ana Constantina Oliveira Sarmiento de Azevedo e Julio Fialkoski (Conselheiros do Confea) estavam no exercício de função pública à época das ocorrências, seguindo a ampla definição contida no art. 327 da Lei Penal.

11.2. Ademais, os atos praticados por terceiros (divulgação de mensagens eletrônicas e publicação de fotos), em linhas gerais, consistiram em ofensas aos ocupantes dos cargos públicos, dentro do âmbito de suas atuações no Confea, tendo correlação, portanto, com a

função pública desempenhada, não se podendo falar, de forma categórica, que as medidas judiciais aviadas estariam ligadas a mera promoção de interesses pessoais.

11.3. Importante recordar, no particular, conforme preleciona o Min. Celso de Mello no julgamento do AgRInq-726 (STF), a necessidade do funcionário público em defender, pela via penal, a honra *propter officium*, como corolário do interesse público:

As ofensas morais cometidas contra funcionário público, em razão do ofício por ele desempenhado, assumem particular gravidade, na medida em que afetam, de modo direito e imediato, o próprio interesse público.

Daí, o tratamento jurídico especial dispensado ao servidor público, moralmente ofendido em sua honra funcional, pela legislação penal brasileira. É de assinalar, neste ponto – tal como acentuado por esta Suprema Corte (RHC 43.959-SP, rel. Min. PRADO KELLY, RJT 41/36, 37) – que o ordenamento positivo nacional, ao assim dispor, ‘não confere privilégio, senão resguarda (...) a autoridade do poder público e a responsabilidade de seus agentes.’(STF; AgRInq-726)

11.4. Assim, não se afigura ilegítima a defesa do patrimônio jurídico moral do funcionário público na esfera penal, inclusive com o emprego dos recursos do órgão em que desempenha suas atividades, como meio de consecução do interesse público e da preservação da autoridade do poder público singularizada no ocupante do cargo ou função.

11.5. Da distinção de outros casos julgados pelo Tribunal de Contas da União

11.6. Importante demonstrar que os julgados anteriores do TCU não se atentaram para a questão específica do presente processo. Em regra, o Tribunal rechaça a utilização do corpo jurídico dos órgãos públicos para a defesa de interesses pessoais dos responsáveis, por existir um patente conflito entre o interesse público e o interesse privado.

11.7. No caso em que o funcionário público defende sua honra contra ofensa *propter officium*, não há um conflito entre o interesse público e o interesse privado. Ao revés, a utilização dos meios legalmente previstos para tutela da honra do funcionário público concretiza o interesse público, dada a necessidade de se resguardar a autoridade do poder público.

11.8. Assim, quanto ao caso paradigma indicado pelo denunciante e adotado pelo TCU (Acórdão 1783/2008-TCU-2ª Câmara), tem-se que aquele caso discutia apenas a impossibilidade de contratação de profissional em face da Lei 8.666/93, sem, contudo, discutir a tutela do interesse público nas medidas judiciais adotadas:

[...]

11.9. No Parecer que originou o Acórdão 1783/2008-TCU-2ª Câmara, extrai-se que a linha de raciocínio ali desenvolvida dizia respeito apenas a defesa do próprio gestor em processos administrativos ou judiciais, calçado na noção de que a defesa de interesses meramente pessoais não poderia ser patrocinada por recursos públicos:

Desconhecemos previsão legal para esse tipo de contratação e entendemos que, **caso um gestor tenha que se defender por seus atos praticados em processo administrativo ou judicial**, tanto na administração direta quanto na administração indireta, não há margem para ter assistência jurídica custeada pelo órgão ou entidade, seja por meio da contratação de assistência jurídica, seja por utilizar a consultoria ou assessoria jurídica da própria instituição.

(fl. 5 do TC-018.884/2007-1)

11.10. Saliente-se que, naquele caso, o próprio TCU entendeu que seria legítima a defesa de atos praticados por particular quando houvesse interesse do Conselho a ser defendido:

16. Concluo, então, que a defesa dos membros do colegiado por parte de advogado contratado pelo Confea será legal nas situações em que, juntamente, estiver sendo defendido interesse do Conselho, ainda que a lide cuide apenas atos praticados pelo particular no exercício das funções públicas. (Acórdão 3354/2008-2ª Câmara)

11.11. Compulsando a jurisprudência do TCU, deve também ser afastada a incidência do Acórdão 2571/2011-Plenário (TC-029.217/2009-0), uma vez que, naquele caso, o gestor se utilizou dos advogados do Crea/SC para mover ação civil de dano moral, medida esta 'cuja solução não afeta o interesse jurídico do Crea/SC':

Ações de dano moral como a referida nos autos do processo judicial em questão, envolvem, a meu ver, a esfera jurídica de interesses subjetivos tão somente do ofensor e do ofendido, vez que fundadas em direitos da personalidade, os quais possuem caráter moral. Se o dirigente não possui imunidade por suas opiniões e palavras, não pode, a meu ver, usar da função pública para praticar ato que implique ofensa à esfera dos direitos de personalidade de quem quer que seja e, muito menos, valer-se dessa posição para ver-se defendido pelo órgão que representa. (Acórdão 2571/2011-Plenário)

11.12. Incabível também a aplicação do julgamento contido no Acórdão 2.055/2013-2ª Câmara, uma vez que a contratação de advogado, naquele caso, o fora para defesa do próprio gestor, acusado da prática de ato manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público, não se amoldando a questão em debate:

21. Além disso, como explicitado na instrução produzida por esta unidade técnica e com base na jurisprudência nela transcrita (Acórdão n. 35/2000 - Plenário e Acórdão 1.179/2008-1ª Câmara), não seria legítimo sequer que a defesa fosse feita por advogados integrantes do quadro do CFF, tendo em vista que os atos praticados pelo Sr. Jaldo foram contrários aos interesses da própria autarquia.

11.13. Conclui-se que os julgados anteriores do TCU não atacaram a questão sobre a ótica específica das medidas penais facultadas ao funcionário público, sendo possível afirmar que não há ato ilegal ou contrário ao interesse público quando o Presidente e os Conselheiros do Confea se utilizam dos recursos públicos para a defesa do patrimônio jurídico moral do funcionário público na esfera penal, desde que o emprego dos recursos públicos ocorra na conformidade da lei, conforme será analisado nos itens seguintes.

[...]

VOTO

[...]

Antecipo-me a registrar concordância com o exame de mérito consubstanciado na instrução da Secretaria de Recursos (Serur), cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir no tocante à questão de fundo, sem prejuízo de discordar pontualmente do encaminhamento proposto por aquela unidade técnica especializada.

5. É aderente ao interesse público a atuação, em juízo, de advogados do quadro de órgão ou entidade da administração federal, visando à promoção de ações penais em face de autores de possíveis crimes contra a honra de seus agentes públicos quando no exercício de suas atribuições legais, constitucionais ou regulamentares – a chamada honra *propter officium*.

6. Como asseverou a Serur, o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou a tese por intermédio do AgRInq-726, quando o relator do processo, Min. Celso de Mello, declarou que **as ofensas morais sofridas pelo funcionário público, em razão do ofício por ele desempenhado, afetam, de modo direto e imediato, o próprio interesse público.**

7. De maneira geral, o interesse do agente estatal envolto nesta circunstância – de buscar, em juízo, indenização e punições retributivas aos

infratores em decorrência de abalos de ordem moral – é indissociável do próprio interesse público. Se é verdade que o Estado se manifesta por meio de seus agentes, o uso de recursos públicos em defesa do patrimônio moral daqueles, quando no exercício de suas funções, é medida legítima também em defesa do patrimônio público material e imaterial.

8. No caso concreto, as medidas judiciais tomadas pelos agentes públicos ofendidos em sua honra, por meio de procuradores do Confea, foram motivadas principalmente pela divulgação de fotografais e mensagens eletrônicas cujo conteúdo atribuía ao ex-presidente e a conselheiros o exercício de gestão ímproba e fraudulenta. Esse cenário não deixa dúvidas, à primeira vista, do alcance negativo dessas ações na imagem da autarquia e na preservação de sua autoridade como instituição do poder público. Logo, os fatos se amoldam à tese em evidência.

9. Em linhas gerais, a jurisprudência desta Casa não destoia deste pensamento, ao reputar legal e legítima a prestação de assistência jurídica do Estado a dirigentes e demais agentes públicos quando as circunstâncias revelarem atendimento ao interesse público, conforme detonam os seguintes enunciados extraídos da base de jurisprudência selecionada:

A despesa relativa a contratação de advogado para atuar na defesa de dirigente de órgão ou entidade públicos não pode ser custeada por tais entes, quando o ato praticado pelo gestor for manifestamente ilegal ou contrário ao interesse público ou, ainda, quando a imputação lhe tiver sido dirigida de forma pessoal, não havendo interesse da instituição a ser defendido (Acórdão 2.055/2013-TCU-2ª Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa); e

Advogado de entidade pública não pode atuar na defesa de seus gestores e dirigentes quando estes, desobedecendo normas internas ou legislação em vigor, praticam atos contrários aos interesses da instituição (Acórdão 545/2015-TCU-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro)(...) (grifamos)

Nesse passo, é de se concluir que o TCU não só considera legítima o patrocínio da AGU em processos cíveis e penais, mas também nos processos que correm no âmbito da própria Corte de Contas.

Já no que tange às Cortes de Contas Estaduais, no geral, é aceita a possibilidade de representação do servidor pela Advocacia Pública, como se vê do Tribunal de Contas Mineiro, onde a questão foi discutida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 804.610, de relatoria do Conselheiro em exercício Gilberto Diniz.

No referido, incidente o *Parquet* ofertou Parecer no sentido da possibilidade de representação, o fazendo nos seguintes termos, *litteris*:

[...]A controvérsia debatida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de a advocacia pública ou advogados contratados à custa do erário atuarem em defesa de agentes políticos, em decorrência de atos pessoais cuja juridicidade esteja em discussão.

Embora existam duas situações jurídicas distintas envolvidas, inicialmente far-se-á a análise da possibilidade da espécie de representação em tela por meio da advocacia pública. Somente em seguida examinar-se-á o tema no tocante a advogados contratados com recursos públicos, o qual apresenta algumas particularidades.

[...]

A Constituição da República trata da advocacia pública em seu art. 131, a seguir transcrito:

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.

Tal dispositivo, aplicável ao caso ora apreciado, por força do princípio da simetria, estabelece que compete à advocacia pública a representação judicial e extrajudicial dos entes da federação.

Veja-se que, em sua literalidade, o texto não menciona expressamente a possibilidade de defesa de agentes que atuam em nome dos órgãos públicos.

Com fundamento nessa interpretação meramente gramatical, existe corrente sustentando que a defesa de agentes políticos pela advocacia pública representaria uma ampliação indevida de suas atribuições.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.888. Confira-se trecho da petição inicial:

Como se pode perceber, sem margem para dúvidas, a competência da Advocacia-Geral da União limita-se à representação judicial e extrajudicial da União. Não há espaço para a defesa de interesses das pessoas naturais dos servidores públicos que, por terem praticado atos em tese prejudiciais ao Estado, estão por eles respondendo. A criação dessa verdadeira defensoria dos servidores não encontra suporte no artigo de regência da Advocacia-Geral da União e atenta, até mesmo, contra os princípios da moralidade e impessoalidade previstos no artigo 37 da Lei Fundamental pátria.

Por outro lado, adotando interpretação menos literal, há corrente de pensamento defendendo que o art. 131 da Constituição Federal, ao estatuir que compete à advocacia pública a representação dos entes da federação, incluiu também no rol de atribuições do órgão a defesa dos agentes políticos. Vale dizer: esta segunda atribuição seria um mero desdobramento lógico da primeira.

De fato, buscando a *ratio legis*, não parece razoável — ou mesmo possível — que se atribua à advocacia pública a defesa de órgão, que não possui capacidade volitiva, sem a defesa dos agentes que atuam em seu nome. Ademais, é imperioso concluir que os agentes públicos, atuando nessa qualidade, integram a estrutura organizacional dos órgãos a que estão vinculados. Em outras palavras, os agentes fazem parte dos órgãos, sendo responsáveis por exprimir a sua vontade, que nada mais é do que uma abstração jurídica.

[...]

Vale ressaltar, ainda, que seria demasiadamente injusto impor aos agentes públicos o pesado ônus de custear defesas em ações — muitas vezes movidas por interesses unicamente políticos ou pessoais — em face de atos legítimos, inseridos em seu rol de competências e voltados ao interesse público.

Portanto, revela-se acertado o entendimento de que o art. 131 da Constituição Federal implicitamente traz entre as atribuições da advocacia pública a de representar os agentes públicos tanto judicial quanto extrajudicialmente.

[...]

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem tentado preservar a atribuição confiada à advocacia pública sem se descuidar de fazer esforços para impedir a injustiça antes mencionada, conforme se depreende do seguinte julgado paradigmático:

PROCESSUAL CIVIL — ADMINISTRATIVO — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO — CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL — CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA — ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.
2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.
3. Entretanto, **quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.**
4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.
5. Recurso especial improvido.

(Agravo Regimental no Recurso Especial n. 681571/GO. Relatora. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 6 jun. 2006, *DJ* 29 jun. 2006, p. 176).

[...]

Em síntese, portanto, atualmente o STJ entende que deve ser realizado **juízo de valor prévio** acerca do ato praticado pelo agente político, de modo que se afira a existência de finalidade pública.

Apenas com base nisso seria possível responder à indagação enfrentada neste incidente de uniformização, qual seja, se seria constitucional a defesa de agentes políticos pela advocacia pública. Se constatada finalidade pública no ato, seria plenamente admissível essa espécie de representação; caso contrário, não.

[...]

Se o ato questionado foi praticado no exercício regular das funções do cargo, o agente deve ser amparado pelo órgão a que está vinculado mediante o fornecimento de defesa técnica pela advocacia pública. De outro modo, se o ato ofende o interesse público ou o ordenamento jurídico, seria uma ofensa dupla que a defesa fosse realizada pela advocacia pública ou com recursos provenientes do erário. “Ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza”, diz velho brocardo jurídico.

[...]

Portanto, a título de conclusão, a advocacia pública tem competência para representar agentes públicos, judicial e extrajudicialmente. Para tanto, necessita empreender juízo de valor prévio acerca da juridicidade do ato que se encontra em discussão, somente podendo negar-se a fazer a defesa do agente em face da existência de atos ilícitos *prima facie*. Em casos dúbios, a advocacia deve realizar a defesa; mas, se ao final for constatada a antijuridicidade do ato defendido, o valor correspondente à representação deve ser ressarcido ao erário, tomando-se como parâmetro a tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil..(grifamos)

Nesse passo, é inelutável a conclusão de que os argumentos utilizados para justificar a atuação do Advocacia Pública na defesa judicial de atos administrativos regulares praticados no exercício regular da função, aplicam-se perfeitamente aos processos administrativos que tramitam perante as Cortes de Contas, porquanto antologicamente não há diferença entre um ato processual judicial e um administrativo.

Por fim, registre-se que, a exemplo do que ocorre com a Lei n. 9.028/95 e a Portaria AGU n. 408/2009, que podem servir de base à regulamentação da representação judicial nos demais Entes federativos, o Decreto n. 7.153/10 e a Portaria n. 1.016/2010, alterada pela Portaria n. 81/2013 da AGU, podem servir de norte para a regulamentação da atuação dos demais Entes no âmbito das Cortes de Contas.

3.4 Estudo de caso: Aplicação prática da representação da Advocacia de Estado em favor de agentes públicos

O caso prático escolhido é por demais pertinente ao presente estudo, já que se trata de feito em que, a um só tempo, 2 (duas) unidades da Federação, quais sejam, a União e o Distrito Federal, tiveram suas legitimidades questionadas ao fazerem representação judicial de seus agentes públicos.

De fato, estamos nos referindo ao procedimento investigativo criminal, tombado sob o número 338598020164010000, em curso perante o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que deu origem à denúncia que não foi recebida pela Corte.

Com efeito, no referido caso “O Ministério Público ofereceu denúncia contra Humberto Lucena Pereira da Fonseca, Secretário de Saúde do Distrito Federal, Fábio Gondim Pereira da Costa, ex-Secretário de Saúde do Distrito Federal, Miriam Daisy Calmon Scaggion, presidente da Fundação Hemocentro de Brasília, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 132 e 330 c/c 61, alíneas “g” e “h”, e 69 do Código Penal; e João Paulo Baccara Araújo, Coordenador da Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde, pelo crime dos artigos 132 c/c 61, alíneas “g” e “h”, e 69 do Código Penal”⁴³⁴⁴.

Perceba-se, de um lado, que a denúncia foi oferecida em face de 2 (dois) agentes públicos do Distrito Federal em pleno exercício de seus cargos, quais sejam, o Secretário de Saúde e a Presidente da Fundação Hemocentro de Brasília e um terceiro que não mais exerce o cargo, isto é, um ex-Secretário de Saúde; e, de

⁴³ Conforme relatório do voto condutor do acórdão exarado no processo n.º 338598020164010000 da lavra do Juiz Federal convocado **Henrique Gouveia da Cunha**.

⁴⁴ No ponto, destaque-se que aqui não será omitido o nome dos supostos autores do fato, porque ao processo não foi imprimido segredo de justiça, podendo tais informações serem consultadas livremente no sítio eletrônico do TRF1.

outro lado, um agente público da União, o Coordenador da Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde.

Em relação ao Distrito Federal, esclareça-se que a defesa somente foi realizada em favor dos agentes públicos em pleno exercício do cargo, tendo a defesa do ex-Secretário de Saúde ficado às suas próprias expensas.

No ponto, registre-se que a despeito da defesa não ter sido realizada pela Procuradoria Geral do Distrito Federal, ela poderia ter sido feita, já que o art. 4º, XXIV, da Lei Complementar n. 395/01, que organizou a PGDF, expressamente prevê a possibilidade de representação de ex-ocupantes dos cargos de **Governador e Secretário de Estado**, de forma a se entender, ao que tudo indica, que o ex-Secretário optou pela contratação de advogado de sua confiança.

Feito esse esclarecimento, avancemos nos demais elementos que envolvem o presente caso, a fim de se averiguar se houve, ou não, conduta conforme o interesse público por parte dos agentes do Estado a justificar a atuação do órgão jurídico do Estado, de forma que convém que transcrevamos os principais trechos da denúncia, *litteris*:

[...]A União é a responsável pela compra e correta distribuição de medicamentos para os Estados Federados, na devida proporção da quantidade de pacientes hemofílicos de cada Estado e na quantidade e tipo de medicação previamente definida através de seu cadastro nacional () que por sua vez é obrigatório e exigido para cada hemofílico existente no País. Cada Estado Federado é o responsável pela entrega/dispensação, orientação e atendimento direto e imediato para cada paciente hemofílico, sendo este que deverá tomar iniciativas de informar e cobrar da União quanto as suas necessidades. Assim sendo, é de conhecimento geral do direito penal que para a existência de crime, basta que haja um fato típico, que por sua vez é composto, dentre outros, de uma conduta realizada pelo agente infrator que pode ser de ação ou de omissão. De tudo o que até aqui investigado, se colhe a falta/ausência de correta distribuição de medicamentos a falta/ausência de iniciativas e condutas a fim de buscar soluções, a falta/ausência de cumprimento das recomendações determinadas pelo Tribunal de Contas da União e a falta/ausência de cumprimento das ordens judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Por tal motivo é que vislumbramos, com muita clareza, que todos estes servidores públicos federais e distritais aqui denunciados concorreram para a obtenção do resultado delituoso previsto no artigo 132 do Código Penal (crime de perigo para a vida ou saúde de outrem), centenas de vezes, vez que, conscientemente e dolosamente (dolo eventual ou indireto) criaram risco para a saúde de centenas de hemofílicos cadastrados no MINISTÉRIO DA SAÚDE e na FUNDAÇÃO HEMOCENTRO DE BRASÍLIA (todos), visto que a eles negaram, sonegaram, reduziram em quantidade e deixaram de praticar política de saúde quanto a medicamentos que somente o Estado Brasileiro poderia fornecer, à luz do artigo 199,

parágrafo 4º da Constituição Federativa e da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001.

Percebe-se também que a situação dos hemofílicos no que respeita ao acesso e obtenção aos medicamentos que tanto necessitam (Fatores de Coagulação VIII e IX, além dos outros específicos), **começou em janeiro de 2011** e, numa cristalina agressão aos direitos garantidos na Carta Política, **agravou-se a partir de novembro de 2015**, o (sic.) passo em que ainda **chegou ao clímax do descalabro a partir de março de 2016**, tendo por consequência, a notória exposição dos coagulopatas/hemofílicos a **risco direto, iminente, concreto, efetivo e atual**, claramente demonstrado nos autos.

Viu-se que **as prescrições médicas oriundas de qualquer Unidade Hospitalar não respeitadas de modo que a dispensação das quantidades de medicamentos são deliberadamente reduzidos**, fato este em que ainda geral risco direto e real à saúde e à vida de todos aqueles que se tornaram reféns do desprezo e da irresponsabilidade das autoridades que sequer cumprem ordens judiciais para entrega integral dos necessitados medicamentos.

[...]

Além disso, **presente também está o tipo penal previsto no artigo 330 do Código Penal** (crime de desobediência), que será imputado a alguns dos denunciados.

Como já demonstrado, **também dezenas de vezes as ordens judiciais são afrontosamente descumpridas, menosprezadas e ignoradas sistematicamente por alguns dos ora denunciados**, eis que, por sua vez, **negaram a eficácia dos comandos mandamentais e fracionaram a entrega de fatores de coagulação** (medicamentos) **àqueles que deles necessitavam.**

Diga-se que, a **exposição constante e sistemática dos hemofílicos aos desmandos dos denunciados traz por consequência** (como de fato trouxe), **danos físicos e psicológicos** que, aliás, não são exigíveis para que ocorra a consumação do delito previsto no artigo 132 do Código Penal (crime de perigo para a vida ou saúde de outrem), embora e, também, seja dispensável para a consumação do delito contido no artigo 330 do Código Penal (crime de desobediência).

Quanto à desobediência, percebe-se que alguns dos denunciados (que serão a seguir identificados), conscientemente e por inúmeras vezes, desobedeceram ordens judiciais (transitadas em julgado) **e deixaram de entregar os medicamentos já mencionados** (fatores de coagulação) **aos coagulopatas que manearam ações judiciais** (e que obtiveram êxito na iniciativa, porém, nenhuma eficácia no plano prático).

[...]

Dúvida não resta que **a presente denúncia preenche todos os requisitos legais.**

A **autoria dos delitos está bem identificada**, eis que foram por inúmeras vezes praticadas pelos agentes públicos aqui identificados na denúncia.

De igual maneira, a **materialidade resta patente** de acordo com todas as provas produzidas e coladas no Procedimento Investigatório pelo Ministério Público Federal instaurado.[...](grifamos)

Já os denunciados, em suas defesas, agitaram os seguintes argumentos, a fim de elidirem os supostos atos irregulares que lhes foram atribuídos pelo Ministério Público, *in verbis*:

[...] **Fábio Gondim Pereira da Costa alega inicialmente que por não ter responsabilidade legal pela compra e distribuição de hemoderivados – atribuição exclusiva do Ministério da Saúde -, não pode ser acusado de infringir o art. 132 do Código Penal. Ressalta que, como “[...] Secretário de**

Saúde fazia aquisições de hemoderivados específicos e por ordem judicial, agindo assim só para não incorrer em desobediência (fl. 194-v).”

Assevera que, na condição de Secretário de Saúde, “[...] mesmo não sendo legítimo para comprar fatores coagulantes, iniciou, antes de quaisquer reuniões e troca de ofícios mencionada pelo parquet, procedimento licitatório regular e emergencial (Processos nºs 060.7829/20105 e 060.8932/2015), em agosto e setembro de 2015, respectivamente, (Anexo 3), para a aquisição desses medicamentos. Paralelamente a isso, fez inúmeras diligências, pessoalmente, ou por meio de seus auxiliares, para demover o Ministério da Saúde da anunciada decisão de reduzir o repasse dos hemoderivados citados. Portanto, não encontra reflexo na realidade posta as afirmações do Ministério Público, às fls. 126, utilizadas para justificar o enquadramento no art. 132 do CP, de que “a conduta omissiva e relaxada do denunciado, FÁBIO GONDIM, consabidamente faz parte do seu cotidiano (...) Vergonhoso e criminoso tal comportamento”. Pelo contrário, o acusado tomou todas as providências possíveis para garantir a empreitada. O Ministério concordou em manter o fornecimento dos fatores coagulantes, conforme se comprova no Termo de Declaração acostado às fls. 135.” (fl. 199-v)

Quanto à suposta prática do delito do art. 330 do Código Penal, afirma não ter havido “[...] desobediência à ordem judicial durante o período em que o ora manifestante esteve como Secretário de Saúde do DF, uma vez que, apesar de não ter responsabilidade sobre o abastecimento dos fatores coagulantes, conforme art. 199, §4º da Constituição Federal c/c Lei nº 10.205/01 e Decreto nº 3.990/01, não houve a falta de hemoderivados durante sua gestão, nem dos fornecidos pelo Ministério da Saúde, nem os determinados pelo juízo.” (fl. 220).

Pleiteia, ao final, a rejeição da denúncia, em razão dos argumentos narrados.

João Paulo Baccara Araújo alega em sua defesa que não houve, de sua parte, conduta dolosa e deliberada, no sentido de expor a vida de qualquer pessoa a risco.

Defende ser imperativo o reconhecimento da ausência de fato típico, uma vez que não houve redução no quantitativo de medicamentos enviados ao Distrito Federal, porque já demonstrado que a distribuição daqueles pela Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde segue um protocolo técnico, científico e democrático.

Afirma que “[...] a inépcia da denúncia fica caracterizada tanto pelo ponto de vista material, uma vez que a consumação do delito do art. 132 exige perigo concreto, o que ocorreu no presente caso, quanto do ponto (sic) vista formal, tendo em vista que a peça acusatória não relata especificamente em que consistiria e qual a extensão do suposto perigo causado em relação a cada um dos pacientes (e familiares).” (fl. 382)

Requer, assim, “[...] seja rejeitada a denúncia, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal, por manifesta atipicidade da conduta (tipicidade objetiva), por ausência de tipicidade material de dolo de perigo (tipicidade subjetiva), pela ausência de nexos de causalidade entre a conduta descrita pelo órgão acusador e o resultado, bem como em razão da manifesta inépcia da denúncia e da total ausência de justa causa para persecução penal (fl. 395)”.

Humberto Lucena Pereira da Fonseca sustenta, preliminarmente, a inépcia da denúncia, uma vez que “[...] os **denunciados** não podem provar que tal ou qual paciente coagulopata não foi colocado em perigo de vida ou à saúde, vez que a denúncia (sic) não aponta, com precisão, todos aqueles que foram expostos a tal risco, tampouco esclarece os específicos momento e modo de cada uma das vezes em que foram assim submetidos. Também não podem provar que não desobedeceram ordens da Justiça do Distrito Federal, pois a denúncia não aponta quais as ordens que restaram assim desobedecidas, tampouco quem as proferiu e quando e como se deu cada uma das condutas de desobediência (fl. 409). (Grifos no original).”

*Afirma ausente a prova da materialidade do delito previsto no art. 132 do Código Penal porque, “[...] à míngua de exames de corpo de delito que atestem, em relação a cada um dos **ofendidos** (pacientes coagulopatas), que o fracionamento da dispensação de fatores de coagulação efetiva e concretamente os expôs a perigo direto e iminente à vida ou à saúde, não se pode, quer por vedação legal, quer pelas peculiaridades do caso, reputar provada a materialidade dos crimes de “perigo para a vida ou saúde de outrem” imputados na denúncia (fl. 422). (Grifo no original).”*

*Com relação ao delito do art. 330 do Código Penal, alega que “[...] a denúncia, em surpreendente desleixo acusatório, além de não precisar as ordens judiciais desobedecidas e de não esclarecer quem as proferiu, quem são seus destinatários e quais são seus específicos conteúdos e como cada uma delas foi descumprida, veio desacompanhada da mínima prova documental de tais supostas ordens, de seu caráter exclusivamente mandamental, ou de seu efetivo conhecimento por **este denunciado**, razão pela qual, repita-se, não há nenhuma prova idônea da materialidade dos **crimes de “desobediência”** que se lhe imputam (fl. 424). (Grifos no original).”*

Pede, por fim, a rejeição da denúncia por inépcia ou ausência de prova da materialidade, ou, caso recebida, julgada manifestamente improcedente.

***Miriam Daisy Calmon Scaggion** pleiteia, primeiramente, a rejeição da denúncia em razão de sua inépcia por violação ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal – ausência de descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias.*

Argumenta que não há “[...] indício mínimo de materialidade delitiva (existência dos crimes imputados) em razão: (a) da falta de documentação correspondente às imputações de desobediência; (b) da ausência de exame individualizado de corpo de delito nos pacientes atestando eventual perigo concreto, direto e iminente; (c) da impossibilidade de se comprovar a existência de perigo, concreto, direto e iminente tão somente por eventual descumprimento da prescrição da Dra. Jussara (que se orienta contrariamente ao protocolo válido no País e na maioria dos países do mundo) (fl. 600).” Por tais motivos, requer a rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal. (grifamos)

Nesse trilhar, é de se ver que, analisando a peça acusatória e as defesas realizadas pelos denunciados, as supostas condutas irregulares atribuídas aos agentes público envolvidos no caso estão relacionadas com “a falta/ausência de correta distribuição de medicamentos a falta/ausência de iniciativas e condutas a fim de buscar soluções, a falta/ausência de cumprimento das recomendações determinadas pelo Tribunal de Contas da União e a falta/ausência de cumprimento das ordens judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios”, comportamentos que, a despeito da vagueza e imprecisão, a nosso juízo, não são aptos a afastar o direito do agente público a ter sua defesa realizada pelo órgão jurídico do Estado.

Deveras, as supostas condutas típicas, em síntese, constituem atos que, infelizmente, são comuns no cotidiano do Administrador Público, que é obrigado a gerenciar um orçamento cada vez mais escasso, devendo, no mais das vezes, fazer escolhas entre qual demanda de interesse público deve atender, ante a

impossibilidade de fazer frente a todas, afora, é claro, as amarras e dificuldades de se levar a efeito as compras para o ente público, que, em regra, deve percorrer a senda do processo licitatório.

No caso, data máxima vênia, resta evidente que houve excesso por parte do *Parquet*, já que fez uso do Direito Penal para tentar solucionar um problema crônico do Estado, qual seja, a escassez de recursos para fazer frente a gigantesca demanda por serviços públicos que se viu obrigado a prestar em decorrência das obrigações sociais assumidas com a edição da Constituição Federal de 1988.

De fato, os excessos praticados pelos órgãos de controle do Estado têm causado verdadeiro pânico entre os Administradores Públicos que têm passado a ter medo de decidir, criando o que foi chamado por Fernando Vernalha Guimarães⁴⁵ de “*crise da ineficiência pelo controle*”, *senão vejamos*:

O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controversas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.

[...]

Sob este contexto, as instâncias de controle passaram a consolidar entendimentos jurídicos bastante rígidos e restritivos relativamente a temas importantes do dia-a-dia da Administração, como a contratação direta e o controle de preços na contratação administrativa, para ficar apenas em alguns exemplos. Em relação à contratação direta, tamanho é o risco jurídico envolvido, que se tornou um verdadeiro campo minado para o gestor. Mesmo quando inequivocamente indicada, é preferível o ônus da licitação para o interesse coletivo do que o ônus pessoal de ser exposto ao risco de enquadramento em condutas de improbidade. Já o

⁴⁵ *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-quimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 01/07/17.*

sistema das tabelas referenciais de preços é utilizado pelas instâncias de controle como a ferramenta mágica para o diagnóstico da corrupção e da improbidade: preços acima dos limites referenciais caracterizam-se como “sobrep preço”, atraindo as consequências do regime da improbidade e do regime penal anticorrupção. Desinteressam os fatores reais do mercado aptos a afetar as cotações. Desinteressa se esses enquadramentos concorrem cada vez mais para a explosão dos *custos transacionais* na contratação administrativa. O que mais interessa, na ótica do controlador, é possuir um ferramental que lhe permita minimizar a assimetria de informação com o mercado e alcançar um diagnóstico objetivo e confortável em relação aos preços. Mesmo que, de fato, seja um diagnóstico meramente formal.

Todo esse risco jurídico que se projeta sobre a contratação administrativa - para ficar nesse exemplo - é potencializado pelos entendimentos superlativos (mas aparentemente majoritários) que passam a enquadrar esses ilícitos como atos de improbidade. Tudo como se os tipos de improbidade retratassem meros ilícitos de gestão. Não importa se há ou não corrupção; se há ou não desonestidade na conduta do gestor. Basta que a sua conduta seja considerada ilícita ou *contrária aos princípios da administração pública* para que ao gestor público seja imputado o enquadramento em práticas de improbidade. E parece desinteressar a esses entendimentos as consequências negativas que enquadramentos excessivos como esses produzem ao sistema da contratação administrativa e ao funcionamento da atividade administrativa. Se por um lado restringir excessivamente práticas duvidosas pode produzir uma melhor performance no combate à corrupção e aos desvios de ética, por outro aumenta o custo de transação e produz ineficiências no desenvolvimento da atividade administrativa. (grifamos)

Ademais disso, ressalte-se que o suposto descumprimento de ordens judiciais não pode ser associado aos denunciados, mas sim à prática de determinada profissional que insiste em fazer prescrições médicas dissociadas do “Protocolo Brasileiro de Profilaxia Primária para Hemofilia Grave”, fomentando a propositura de ações para que a medicação seja fornecida em desacordo com o referido Protocolo. No ponto, confira-se o que consignou a decisão, *litteris*:

A análise dos autos permitiu constatar que há em Brasília prática médica específica, dissociada dos protocolos clínicos adotados pelo Ministério da Saúde e universalmente aceitos pela comunidade científica para o tratamento profilático de pacientes portadores de hemofilia, além da propositura de ações judiciais, em que se postula o fornecimento de medicação de forma também dissociada desses protocolos, causando, ao fim e ao cabo, um desequilíbrio no planejamento orçamentário para as compras e distribuições dos medicamentos no Distrito Federal.

Vale dizer: as prescrições médicas adotadas por determinada profissional no âmbito do Distrito Federal não se ajustam ao “Protocolo Brasileiro de Profilaxia Primária para Hemofilia Grave”, aprovado pela Portaria 364/2014 da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, porque determinam que sejam ministrados fatores de coagulação diversos dos recomendados por tal protocolo ou, ainda, que sejam ministrados em doses muito superiores às nele previstas, sem a apresentação de razões técnicas ou científicas que

confiram respaldo suficiente a justificar a adoção dessa linha terapêutica.

A propósito, relatório de auditoria realizada no âmbito da Controladoria-Geral do Distrito Federal (órgão de controle da Administração Pública Distrital) apontou que:

[...]

O Distrito Federal é a única unidade da federação que possui demandas judiciais de pacientes hemofílicos em busca de tratamento com altas dosagens de fatores e, ainda, pedidos de fator IX recombinante que não é fornecido pelo Ministério da Saúde por não estar preconizado no protocolo nacional adotado.

Assim, **é possível constatar que a maior demanda de ações judiciais parte de prescrições de médica que adota protocolo diverso do preconizado pelo Ministério da Saúde, e também utilizado na FHB, que proporciona mais um risco à disponibilidade insuficiente de medicamento. Cabe o questionamento de que se fosse adotado em todos os casos o protocolo do Ministério da Saúde, haveria uma menor busca da judicialização da questão.**

[...]

Há, também, elementos indiciários que apontam no sentido de que tais prescrições não se encontram baseadas em exames clínicos e laboratoriais realizados de forma regular e, para aumentar a dose além da necessidade de consumo de modo a possibilitar a formação de estoque domiciliar, simulam aumento de massa corpórea ou, considerando-se a proporcionalidade entre a massa corpórea, há possíveis erros no cálculo da dose e sua frequência para apuração do total de medicamentos a serem dispensados por mês aos pacientes.

Nesse sentido foi o depoimento prestado por Gisele Fernanda de Jesus (fls. 1072/1079).

Portanto, não há comprovação mínima de que o problema de desabastecimento de fatores de coagulação no âmbito da rede pública de saúde do Distrito Federal guarde nexos de causalidade com qualquer conduta ilícita que possa ser atribuída ao denunciado, João Baccara (Coordenador-Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde), que sustentou, em sua defesa preliminar, a adoção de esquema terapêutico para subsidiar a distribuição dos medicamentos, que se fundamenta em protocolos médicos respaldados cientificamente. E o processo penal, definitivamente, não é a via adequada para se discutir ou verificar qual seria protocolo terapêutico adequado a ser adotado na gestão da saúde pública para o tratamento dos pacientes portadores de hemofilia.

De igual forma, o fracionamento das entregas dos medicamentos, em razão do problema de desabastecimento enfrentado no Distrito Federal, não decorre de qualquer omissão dolosa por parte dos demais denunciados, que, no âmbito de suas atribuições, procuraram atender às prescrições médicas, mesmo encontrando-se estas dissociadas dos protocolos reconhecidos cientificamente em matéria de tratamento profilático de paciente portadores de hemofilia. Reforça essa premissa o fato de que a Secretaria de Saúde do Distrito Federal realizou procedimentos de licitação para aquisição de fatores coagulantes, por meio dos processos nºs. 060.7829/2015 e 060.8932/2015, em agosto e setembro de 2015, para aquisição dos medicamentos de acordo com a demanda específica oriunda do esquema terapêutico adotado, de forma atípica, no âmbito do referido ente federado.

Tal o contexto, analisando as provas existentes nos autos, não verifico haver quaisquer elementos suficientes da exposição dolosa dos pacientes a perigo concreto e iminente, como requer o tipo penal, uma vez que estes continuaram a receber as doses profiláticas dos medicamentos em discussão, ainda que em quantidade fracionada, mas bastantes aos

tratamentos a que faziam jus, exigindo-se deles, porém, que comparecessem com maior frequência à Fundação Hemocentro de Brasília (FHB). Tal fato, a propósito, foi corroborado pelos próprios depoimentos dos pacientes na peça acusatória (fls. 14-64)[...] (grifamos)

Sendo assim, parece não existir dúvidas de que a representação por parte do órgão jurídico de Estado era cabível *in casu*, com o preenchimento dos requisitos do art. 22 da Lei n. 9.028/95 e da Portaria AGU n. 408/2009, no caso da União, e do art. 4º, XXIV, Lei Complementar n. 395/01, no caso do Distrito Federal. Tanto isso é verdadeiro que o *Parquet* impugnou a legitimidade da AGU e da Procuradoria Geral do Distrito Federal para fazer a defesa dos agentes públicos envolvidos nas supostas práticas ilícitas, impugnação esta que restou rejeitada nos seguintes termos:

[...]

Reconheço, ainda, a **regularidade da representação processual** do denunciado João Paulo Baccara Araújo, **em face do que dispõe a regra do art. 22 da Lei n. 9.028/95, que autoriza a Advocacia Geral da União a representar judicialmente os titulares e membros dos Poderes da República, das instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição**, bem como os titulares dos Ministérios e dos 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, 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.

Nessa mesma perspectiva, é de se reconhecer a regularidade da representação dos denunciados Humberto Lucena Pereira da Fonseca e Miriam Daisy Calmon Scaggion, porquanto os fatos articulados na denúncia – os quais, na ótica do Ministério Público, caracterizam os tipos descritos nos arts. 132 e 330 do Código Penal - encontram-se indissociavelmente ligados ao exercício das atribuições inerentes aos respectivos cargos públicos que ocupam, guardando vinculação direta e imediata com a defesa do próprio ente federado, no caso o Distrito Federal, diante da previsão legal de reflexos na esfera cível – inclusive em desfavor da pessoa jurídica de direito público – de eventual sentença penal condenatória que possa vir a ser prolatada em desfavor dos denunciados. **Além disso, a defesa dos referidos denunciados encontra fundamento de validade na interpretação da regra prevista no art. 4º, inciso XXIV, da Lei Complementar nº 395, de 31/12/2001 – que dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Distrito Federal -, cuja ratio legis se aplica aos dirigentes de autarquias desse mesmo ente federado**[...] (grifamos)

Ao final, confirmado não só a legitimidade da AGU e da Procuradoria do Distrito Federal para atuar no feito, mas também a atipicidade dos fatos descritos pelo *Parquet*, sendo a denúncia rejeitada por manifesta **ausência de justa causa** (art. 395, III, do CPP), o Acórdão assim restou ementado, *verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENUNCIADOS REPRESENTADOS POR DIFERENTES PROCURADORES. PRAZO EM DOBRO. PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AFASTAMENTO. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM. ART. 132 DO CÓDIGO PENAL. LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO DESNECESSIDADE. DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS A PACIENTES PORTADORES DE HEMOFILIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO. ART. 395, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP.

1. Cumpre reconhecer a tempestividade das defesas preliminares apresentadas, vez que, encontrando-se os denunciados representados por diferentes procuradores, é de se aplicar-lhes o prazo em dobro para apresentação das respostas, tendo em vista a incidência, subsidiária e analógica no processo penal (art. 3º do CPP), da regra disposta no art. 229 do CPC/2015, na esteira da orientação da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

2. É de se reconhecer a regularidade da representação processual do denunciado João Paulo Baccara Araújo, em face do que dispõe a regra do art. 22 da Lei n. 9.028/95, que autoriza a Advocacia Geral da União a representar judicialmente os titulares e membros dos Poderes da República, das instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e dos 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, 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.

3. Nessa mesma perspectiva, é de se reconhecer a regularidade da representação dos denunciados Humberto Lucena Pereira da Fonseca e Miriam Daisy Calmon Scaggion, porquanto os fatos articulados na denúncia – os quais, na ótica do Ministério Público, caracterizam os tipos descritos nos arts. 132 e 330 do Código Penal - encontram-se indissociavelmente ligados ao exercício das atribuições inerentes aos respectivos cargos públicos que ocupam, guardando vinculação direta e imediata com a defesa do próprio ente federado, no caso o Distrito Federal, diante da previsão legal de reflexos na esfera cível – inclusive em desfavor da pessoa jurídica de direito público – de eventual sentença penal condenatória que possa vir a ser prolatada em desfavor dos denunciados. Inteligência da regra prevista no art. 4º, inciso XXIV, da Lei Complementar nº 395, de 31/12/2001 – que dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

4. A denúncia, **embora tangencie a inépcia**, ao pecar pela generalidade no que se refere à descrição das circunstâncias individualizadoras dos crimes, traz narrativa, com suficiência mínima, dos fatos ilícitos imputados aos denunciados, permitindo inferir que, pelos menos os pacientes que prestaram declarações perante o Ministério Público Federal ou que lá foram representados por seus parentes, tiveram suas vidas expostas a perigo concreto, direto e iminente, na forma sustentada na inicial acusatória.

5. Ademais, o novo Código de Processo Civil consagrou, em seu art. 4º, o princípio da primazia da decisão de mérito, que impõe ao magistrado, antes de reconhecer eventual vício processual, dar à parte que o causou a oportunidade de corrigi-lo, além de orientar o juiz no sentido de, sempre que possível, superar as irregularidades que não comprometem, nem impedem a solução da lide. Portanto, eventual reconhecimento de inépcia da inicial, deve ser precedido de intimação da parte para aditamento da peça e correção do vício.

6. E, no caso em apreço, não há que se falar em aditamento da inicial, vez que inexistente nos autos lastro probatório suficiente a autorizar o recebimento da denúncia e o trânsito da presente ação penal.

7. O artigo 395, III, do Código de Processo Penal dispõe que a denúncia será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.

8. O delito previsto no art. 132 do Código Penal exige prova da existência de perigo concreto causado a pessoas determinadas, resultante da conduta atribuída aos denunciados, não sendo suficiente que a acusação se limite a descrever fato ou conjunto de fatos supostamente praticados pelos agentes.

9. **Não há comprovação mínima de que o problema de desabastecimento de fatores de coagulação no âmbito da rede pública de saúde do Distrito Federal guarde nexos de causalidade com qualquer conduta ilícita que possa ser atribuída ao denunciado, João Baccara (Coordenador-Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde), que sustentou a adoção de esquema terapêutico para subsidiar a distribuição dos medicamentos, que se fundamenta em protocolos médicos respaldados cientificamente.**

10. **De igual forma, o fracionamento das entregas dos medicamentos, em razão do problema de desabastecimento enfrentado no Distrito Federal, não decorre de qualquer omissão dolosa por parte dos demais denunciados, que, no âmbito de suas atribuições, procuraram atender às prescrições médicas, mesmo encontrando-se estas dissociadas, em princípio, dos protocolos reconhecidos cientificamente em matéria de tratamento profilático de paciente portadores de hemofilia.**

11. Para além da falta de demonstração, ao menos indiciária e com lastro probatório mínimo que fosse, de que os pacientes hemofílicos do Distrito Federal tivessem sido efetivamente expostos a perigo concreto, resultante da conduta imputada aos denunciados, também não há, igualmente, demonstração da existência de dolo, consistente na vontade, livre e consciente, de expor as vítimas a situação de perigo concreto (dolo direto), tampouco de se assumir o risco de que assim ocorresse, como consequência de seus comportamentos.

12. A conduta adotada pelos denunciados teve por móvel a adequação da abordagem terapêutica aos protocolos estabelecidos pelo Ministério da Saúde, não sendo lícita, por tal razão, que a observância dessa sistemática tivesse submetido os pacientes a risco indevido, tampouco que os denunciados cogitassem – sem dar a necessária preocupação – que tal risco pudesse ser causado.

13. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o crime de desobediência é subsidiário e somente se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual.” (AgRg no REsp n. 1534887/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, DJe 30/3/2016)

14. **No caso vertente, não restou demonstrado que as ordens judiciais supostamente descumpridas tivessem sido dirigidas, mediante intimação pessoal, aos gestores máximos no âmbito da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, a saber, o ex-Secretário Fábio Gondim Pereira da Costa e Humberto Lucena Pereira da Fonseca, denunciados neste feito.**

15. Além disso, não há elementos de prova suficientes da atuação dolosa dos denunciados preordenada ao descumprimento das decisões judiciais oriundas da Justiça do Distrito Federal.

16. A verificação do comportamento do autor do delito de desobediência é realizada de forma ampla, no contexto em que a conduta foi praticada, não se fazendo presentes, na espécie, as elementares do tipo, diante da realidade fática em que se encontrava a denunciada Miriam Daisy Calmon Scaggion, caracterizada por situação de desabastecimento de

medicamentos e da necessidade de se gerenciar o estoque decrescente em ordem a garantir à universalidade dos pacientes hemofílicos cadastros na Secretaria de Saúde do Distrito Federal o atendimento necessário ao tratamento da doença.

17. Denúncia rejeitada.

A C Ó R D Ã O

Decide a Segunda Seção do TRF da 1ª Região, por unanimidade, rejeitar a denúncia, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2016.

Juiz Federal **Henrique Gouveia da Cunha**
Relator convocado(grifamos)

Assim, *in casu*, ficou comprovado o acerto das decisões dos órgãos de representação judicial da União e do Distrito Federal, já que confirmada pela decisão que rejeitou a denúncia, em razão de manifesta ausência de justa causa.

3.5 Da possibilidade de anulação do ato que defere a representação em caso de constatação de irregularidade na situação que a ensejou

Não poderíamos concluir o presente trabalho sem que fosse analisada a possibilidade de anulação da decisão que deferiu o pedido de representação do servidor pela Advocacia Pública em caso de constatação posterior de não preenchimento dos requisitos legais e regulamentares.

Inicialmente, cumpre frisar que o ato que defere a representação é um ato administrativo e, como tal, pode ser, em regra, revogado ou anulado, como bem esclarece o art. 53 da Lei n. 9.784/99 e os enunciados n. 346 e 473 da Súmula do STF, senão vejamos:

Lei n. 9.784/99.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Súmula 346: A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sucedee, no entanto, que, *in casu*, não há que se falar revogação.

A uma, porque a revogação somente é cabível em ato válido e perfeito e decorre em razão da conveniência e oportunidade da Administração, como esclarece Marçal Justen Filho⁴⁶, senão vejamos:

Na revogação, o desfazimento do ato administrativo não decorre de vício ou defeito. Aliás, muito pelo contrário. Somente se alude à revogação se o ato for válido e perfeito: se defeituoso, a Administração deverá efetivar sua anulação.

A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse sob tutela do Estado. **No exercício de competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior por reputá-lo incompatível com as funções atribuídas ao Estado.** A revogação pressupõe que a Administração disponha da liberdade para praticar um certo ato ou para determinar alguns de seus aspectos (grifamos)

A duas, porque a representação por parte da Advocacia Pública pressupõe ato regular, ou seja, aquele praticado por agente público, regularmente investido no cargo, em estrita obediência a suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares com o desiderato de atingir o interesse público, de forma que, em sendo o ato regular, o servidor passaria a ter direito subjetivo à representação, transmudando o ato em vinculado, como já decidiu o STJ, *litteris*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE. PEDIDO DE REMOÇÃO. DIREITO À SAÚDE. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, ALÍNEA B DA LEI 8.112/90. **ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO.** RECOMENDAÇÃO DA JUNTA MÉDICA OFICIAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA PARA DEFERIR A REMOÇÃO DA SERVIDORA DE BRASÍLIA/DF PARA A CIDADE DE BELO HORIZONTE/MG. 1. A teor do art. 36 da Lei 8.112/90, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 36 da Lei 8.112/90, a concessão de remoção é ato discricionário da Administração, ao passo que, nos casos enquadrados no inciso III, **o instituto passa a ser DIREITO SUBJETIVO DO SERVIDOR, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos, a Administração tem o dever jurídico de promover o deslocamento horizontal do Servidor dentro do mesmo quadro de pessoal.(...) 6. Ordem concedida para garantir a remoção da impetrante para Belo Horizonte/MG, nos termos da postulação.** (MS 18391/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 21/08/2012) (grifamos)

Deveras, a jurisprudência entende que o ato administrativo vinculado não pode ser revogado, *verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. **REVOGAÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.** O alvará de licença para

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.051

construção é **ato administrativo vinculado** e definitivo, cabendo à Administração Pública a adoção do procedimento próprio para desconstituí-lo. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0525.13.024291-6/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 29/04/2014)(grifamos)

"MANDADO DE SEGURANÇA - EXECUÇÃO DE OBRA - ALVARÁ DE LICENÇA DE CONSTRUÇÃO - **ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO** - EMBARGO POSTERIOR - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - ILEGALIDADE - CONCESSÃO DA ORDEM. - A autoridade apontada coatora não tem legitimidade processual para recorrer. **O alvará de licença para construção é ato administrativo vinculado e definitivo, razão pela qual não pode ser sumariamente invalidado.** Uma vez concedido regularmente o alvará de licença para construir, em não havendo provas de que a construção situa-se em área de servidão administrativa, não pode a Administração revogá-lo." (Apelação Cível/Reexame Necessário nº. 1.0720.10.004967-8/001; Rel. Des.(a) Geraldo Augusto; publicado em 06/05/2011)(grifamos)

Nesse passo, feito esses esclarecimentos, é de se concluir que, *in casu*, somente é possível a **anulação** do ato que deferiu a representação no caso de vir à lume circunstâncias e fatos que demonstrem que o ato impugnado não era regular.

Com efeito, em sendo constatado, que o ato inicialmente tido como regular, era, de fato, irregular, deve a Administração, valendo-se da prerrogativa que lhe confere o **Princípio da Autotutela**, anulá-lo, como defende a doutrina Dirley da Cunha Júnior⁴⁷, senão vejamos:

Pelo princípio da autotutela, a Administração Pública pode, diretamente e sem intervenção do Judiciário, rever seus próprios atos, para corrigi-los, seja quando não mais convenientes e oportunos, seja quando ilegais

[...]

Cumpra sublinhar que essa capacidade que tem a administração de corrigir seus próprios atos quando eivados de vícios de ilegalidade não se trata de uma faculdade, mas de um dever de restaurar a legalidade rompida pela sua atuação ilegal que decorre do dever de legalidade a que se submete. (grifamos)

Assim, constatado que a representação foi levada a efeito em razão de um ato irregular, deve a Administração observando o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, **anular** o ato que deferiu a representação ao servidor.

De fato, a possibilidade de indeferimento e anulação do ato que defere a representação foi expressamente previsto no Projeto de Lei Complementar - PLC n. 128/2017 do Distrito Federal, como se vê do seu art. 4º:

⁴⁷ *In*: **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição. Editora Jus Podivm. 2007. p.45.

Art. 4º A representação de que trata esta Lei Complementar deve ser **indeferida** ou **revogada** quando ficar configurada qualquer das seguintes situações:

I – a plausibilidade da licitude do ato não ficar demonstrada;

II – o ato objeto do pedido de representação tiver sido praticado:

a) fora do estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

b) sem a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação a exigir;

c) em contrariedade a manifestação da Procuradoria Geral do Distrito Federal emitida no caso concreto.

III – a ilicitude do ato questionado for reconhecida por decisão judicial transitada em julgado;

IV – a representação do agente público tiver que ser realizada em ação judicial na qual o Distrito Federal ou qualquer de suas autarquias ou fundações ocupe posição contrária à do agente público;

V – a representação do agente público tiver que ser realizada em procedimento administrativo disciplinar instaurado no âmbito de qualquer dos órgãos, autarquias ou fundações do Poder Executivo do Distrito Federal;

VI – o agente público pretender reparação de natureza econômica;

VII – a representação do agente público tiver que ocorrer simultaneamente à realizada por advogado privado (grifamos)

No ponto, deve ser ressaltado que, em verdade, as hipóteses previstas no dispositivo do Projeto de Lei são em sua imensa maioria de indeferimento do pleito de representação (incisos I, II, a, IV, V, VI e VII) e de anulação (II, b e III), de forma que houve atecnia no texto do projeto, porquanto, como já visto, o instituto da revogação é totalmente incompatível com a representação que pressupõe ato regular.

Por fim, não se pode olvidar o fato de que, como a anulação gera no âmbito administrativo efeitos *ex tunc*, o servidor deverá ressarcir o Ente público em razão das despesas realizadas com a representação até o momento em que declarada a ilegalidade do ato. No ponto, confira-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁸ acerca dos efeitos da anulação do ato administrativo, *verbis*:

Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.

Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeito ex tunc, ou seja, a partir de então) (grifamos)

Esta também é a posição defendida por Luis Roberto Barroso, quando ainda era Procurador do Estado do Rio de Janeiro, no Parecer n.º 01/2007⁴⁹, sugerindo,

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 243.

⁴⁹ Disponível na Revista da PGE/RJ, edição 62 de 2007.

inclusive, a adoção da tabela da OAB como parâmetro para o ressarcimento, senão vejamos:

[...]

37. Em ambas as hipóteses mencionadas – isto é atuação da PGE e contratação de advogados pelo Estado -, transitado em julgado decisão que considere responsável o agente público, é razoável e desejável, aliás, que ele tenha o dever de reembolsar o que foi gasto pelo Estado com sua defesa.

38. Essa ideia já foi adotada, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, para os casos em que o Poder Público contrata profissionais para a defesa dos seus agentes. É plenamente possível transpor a mesma ideia para a esfera estadual. A própria Lei n.º 4.832/06 facilita este mecanismo, já que estabelece um teto para os gastos arcados pelo Estado, baseando-se na tabela da OAB/RJ. Bastaria, portanto, uma pequena alteração para contemplar a obrigatoriedade do reembolso.

39. Para as hipóteses em que a PGE, seria possível conceber diversas possibilidades de solução. Nada obstante, pela sua simplicidade, sugere-se a adoção da mesma sistemática mencionada acima: para fins de reembolso, estabelece-se como custo do Estado com a atuação do Procurador o valor correspondente da tabela da OAB/RJ. Trata-se, como se vê, de uma forma singela de quantificar o valor devido.
(grifamos)

4 CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento do presente estudo restou evidenciado a constitucionalidade do art. 22 da Lei n. 9.028/95, não havendo óbice, portanto, no ordenamento jurídico pátrio para a que a Advocacia Pública da União e dos demais Entes Federativos, já que o referido dispositivo legal pode nortear a edição de atos normativos semelhantes das demais unidades da Federação, levem a efeito a defesa de seus agentes públicos que, no exercício do cargo público, sejam demandados por ato inequivocamente regular, ou seja, aquele praticado por agente público, regularmente investido no cargo, em estrita obediência a suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares com o desiderato de atingir o interesse público.

No curso do trabalho, foi possível afastar o principal argumento em favor da inconstitucionalidade da norma, qual seja, o suposto conflito de interesse entre os interesses da Administração e do servidor, já que o patrocínio da causa pela Advocacia Pública não pode prescindir de uma prévia avaliação da situação concreta.

Deveras, com a fixação de Requisitos para o processamento do requerimento de representação judicial, que podem ser os previstos na Portaria AGU n. 408/2009, ou nos seus moldes a depender da regulamentação específica, não há que se falar em conflito de interesses, já que a condição primeira para o processamento da requisição de patrocínio é a verossimilhança das alegações do servidor, requisito este que, se não for verificado, enseja o indeferimento do pleito de representação.

Com efeito, os que defendem a inconstitucionalidade da norma, sob o argumento do conflito de interesses, o fazem de forma açodada, com desconhecimento das regulamentações acerca da matéria, a exemplo dos requisitos fixados na Portaria AGU n. 408/2009 e n. 1.016/2010, alterada pela n. 81/2013, já que tal ato regulamentar, na prática, elimina, como já visto, a possibilidade de conflito de interesses.

Já os demais argumentos – que a defesa se dará em todo e qualquer caso (argumento da ANAPE) e que a dicção do art. 131 da Constituição Federal não contempla a possibilidade de defesa da pessoa do agente público (argumento da OAB) -, também restaram rechaçados, posto que, no primeiro caso, o pressuposto do interesse público afasta a possibilidade de defesa em todo e qualquer caso,

afora, como já visto, a necessidade de aferir previamente a verossimilhança das alegações, enquanto, no segundo, a interpretação teleológica do dispositivo constitucional afasta tal argumento, máxime quando se leva em conta a impossibilidade de se cindir a pessoa do agente público do órgão, cargo ou função que representa, já que o agente público é que dá vida a esta “ficção jurídica”.

De mais a mais, registre-se que o STF, por ocasião do julgamento da ADI 3022, já teve a oportunidade de enfrenar a questão e declarar a constitucionalidade de dispositivo da Constituição Gaúcha que prevê a possibilidade do Estado fazer a representação judicial de seus agentes, quando acionados em razão de ato regular praticado no exercício de suas funções.

Assim, irretorquível a conclusão no sentido da constitucionalidade da norma, guardando sintonia com o princípio da isonomia e proporcionalidade, já que não se mostra razoável ou justo que o Ente público abandone à sua própria sorte, servidor que reconhecidamente agiu no interesse público ao exercer o ato questionado e que, no mais das vezes, é vítima do excesso dos agentes dos órgãos de controle do Estado, condenando-o à bancarrota, já que gastará pesadas somas com a contratação de advogado para o patrocínio de sua defesa judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Advocacia-Geral a União. **Representação Judicial de Agentes Públicos/ Procuradoria-Geral da União**. Brasília: AGU, 2014.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Execução contra a fazenda pública**. 2. ed. São Paulo: CPC, 2004.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Podivm, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LEVI, Lucio. Governo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Unb, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3.

ed. São Paulo: RT, 1996.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.