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

Marcos Gustavo de Sá e Drumond¹

Resumo

Este artigo objetiva 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 em razão de atos praticados no exercício da função. O método de trabalho consistiu 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, conclui-se 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 as suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares com o desiderato de atingir o interesse público.

Palavras-chaves: Advocacia pública. Agentes públicos. Representação, ato regular. Pressupostos e requisitos.

REPRESENTATION OF PUBLIC AGENTS BY STATE LAW: ASSUMPTIONS AND REQUIREMENTS

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 due to unlawful acts performed on the job. 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 presente 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.

¹ Advogado e consultor jurídico. Procurador do Distrito Federal. Presidente do Conselho Deliberativo da Fundação de Previdência Complementar dos Servidores do Distrito Federal. Mestre em Administração Pública pelo IDP. Ex-Procurador Federal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo 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 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.

Essa representação, conforme será demonstrado ao longo deste artigo 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, aumentando a sua vulnerabilidade financeira, 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, este trabalho pretende 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.

Deste modo, 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.

DA ADVOCACIA PÚBLICA: CONCEITO, EVOLUÇÃO NORMATIVA E ATRIBUIÇÕES

A Advocacia Pública brasileira pode ser dividida cronologicamente em 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 1988. A primeira fase, que vai de 1500 a 1.889, é disciplinada por três dispositivos legais diversos, quais sejam, as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (BABILÔNIA, 2010).

As Ordenações Afonsinas, editadas no longínquo ano de 1.446, vigiam em Portugal quando da chegada dos portugueses ao Brasil e previam a figura do Procurador dos Nossos Feitos, ao qual era atribuída a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio e bens reais, e a função de defesa de órfãos, viúvas e pobres, sendo, contudo, vedada a cobrança de honorários advocatícios. Essa legislação vigeu até 1.521, ano em que passou a vigor as Ordenações Manuelinas, que introduziram discreta mudança na disciplina da defesa das pessoas carentes, que antes eram atribuídas ao Procurador dos Nossos Feitos, passando, com estas Ordenações, a ser uma atribuição do Promotor da Justiça da Casa de Suplicação.

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 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 como os atuais Procuradores da Fazenda Nacional – PFN.

Pertinente, especificamente, ao Brasil e motivado pelo crescimento do comércio da colônia brasileira, Felipe II, alterou suas Ordenações e, por intermédio do Regimento da Relação da Bahia, de 07 de março de 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, bem como os encargos do Promotor de Justiça da Casa de Suplicação. 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 Coroa, as funções do Procurador dos Feitos da Fazenda e do Promotor de Justiça.

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 nº 242 de novembro de 1841, que “restabelece o privilégio 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 atuais Tribunais de Contas.

Por sua vez, 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, artigo 22, com a seguinte redação “[...] funcionar como representante da União, e em geral officiar e dizer de direito em todos os feitos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal”.

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, que prescrevia como obrigação “[...] cumprir as ordens do Governo da Republica relativas ao exercício das suas funções, denunciar os delictos ou infracções da lei federal, em geral promover o bem dos direitos e interesses da união”.

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 (artigos 126 e 127). Na Constituição

de 1967, por seu turno, a Advocacia Pública continuou a ser tratada em conjunto com o Ministério Público.

Neste sentido, cumpre registrar que 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 (OMMATI, 2001).

De fato, na CF/88 a Advocacia Pública Estadual não foi esquecida, tendo o texto Magno assim consignado acerca do tema no artigo 132. Da análise do dispositivo constitucional em apreço, vê-se que a Carta Magna criou um “sistema unitário de Advocacia Pública” para os Estados da federação e o Distrito Federal, operando e consolidando um modelo em que toda a defesa judicial e o consultivo jurídico de cada uma dessas unidades federadas estão a cargo das respectivas Procuradorias Gerais.

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.

Dado os limites espaciais do presente meio de publicação do trabalho, para atingir o objeto deste estudo, limitar-se-á o presente 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, no Capítulo IV, Seção I.

A regulamentação dos dispositivos da LODF ficou a cargo da Lei Complementar n. 395/01, que organizou a PGDF, especialmente nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º. Contudo, 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 juízo deste autor, 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 artigo. 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 (artigo 2º).

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. No entanto, 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.

Pietro (2016) 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.

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 Bastos e Meyer-Pflug (2001) 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.

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 nº 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 contra o art. 22 da Lei Federal 9.028, de 12 de abril de 1995, em sua redação original.

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, indicando que “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”, pois não apresentaria condições de assumir a representação judicial de todo e qualquer servidor público, independente das espécies de práticas de desvio e as respectivas repercussões na seara criminal.

No entanto, esta não é, a melhor 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.

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. 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 (MELLO, 2007).

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 (2013), ao se manifestar no incidente de uniformização de jurisprudência acerca do tema no âmbito da referida Corte de Contas.

Por oportuno, segundo Martins (2001), ao defender a constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.143-31, que alterou o art. 22 da Lei n.º 9.028/95, destaca 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.

Ademais, 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.

Deve-se registrar ainda, que o atual Ministro do STF Roberto Barroso, quando Procurador do Estado do Rio de Janeiro, emitiu parecer¹ acerca da constitucionalidade de normas que autorizam a designação dos procuradores de Estado para representar judicialmente servidores processados por atos praticados no exercício das funções, inclusive em processos criminais e de improbidade administrativa.

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 (MELLO, 2002).

¹ Trata-se do Parecer n. 01/2007, publicado na Revista da PGE/RJ, edição n. 62 de 2007.

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. 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 (GOMES, 2016).

No ponto, importante recordar, conforme preleciona o Min. Celso de Mello no julgamento do AgRInq-726 (STF – Supremo Tribunal Federal), a possibilidade do servidor público defender, pela via penal, a honra *proptero officium*, como corolário do interesse público, nas palavras do ministro: “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”.

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 (GOMES, 2016).

É por todos esses fundamentos que a jurisprudência não hesita em reconhecer a possibilidade de a Advocacia Pública fazer a defesa de agentes públicos em razão de atos praticados no exercício da função e no interesse público. No corpo do Acórdão extrai-se lição:

[...] constitui-se em ato de improbidade a contratação de advogado, pago com recursos dos cofres públicos, para defender o Prefeito acusado de improbidade administrativa?

[...] 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.

Nesse contexto, fixada a premissa de que é possível à Advocacia Pública fazer a defesa de agentes públicos, passemos a analisar na próxima seção em quais casos é possível ocorrer tal atuação, analisando para tanto os seus pressupostos e requisitos.

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

O presente estudo tem 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, em na interpretação ora defendida, podem ser utilizadas como balizadoras para eventuais normatizações no âmbito das Procuradorias dos Estados e dos Municípios. Cumpre 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.

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. 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. Segundo Guilherme de Abreu e Silva (2017), o conceito de interesse público tem sua origem na Idade Média e foi inspirado na ideia de bem comum, pregada pelo Cristianismo; “[...] 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”.

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 Mello (2005):

[...] 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 (MELLO, 2005, p.59).

No ponto, registre-se também 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.

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 ímprobo (GOMES, 2016).

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 –estar-se-á 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 as 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 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.

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, Martins (2001), defende 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.

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.

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.

De fato, como não se estar 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, dede 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

§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.

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.

Dessa forma, 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

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.

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 e evocando os dispositivos mencionados nos parágrafos anteriores.

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

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.

Como prova 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, fragilizando os 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.

Com efeito, 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.

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.

Logo, a possibilidade de a 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.

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.

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 de a AGU promover a defesa de agente público no âmbito do TCU, a exemplo do que restou decidido no Acórdão n. 439/2017.

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.

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.

O caso prático escolhido no presente estudo, trata-se 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. Essa situação corresponde 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 .

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 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, avança-se 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 transcrever os principais trechos da denúncia:

[...]A União é a responsável pela compra e correta distribuição de medicamentos para os Estados Federados[...]. 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. [...] 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, [...] 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 [...]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), [...] dezenas de vezes as ordens judiciais são afrontosamente descumpridas, menosprezadas e ignoradas sistematicamente por alguns dos ora denunciados [...].

Analisando a peça acusatória e as defesas realizadas pelos denunciados, as supostas condutas irregulares atribuídas aos agentes públicos 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, 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 temor entre os Administradores Públicos que têm passado a ter medo de decidir, criando o que foi chamado por Fernando Vernalha Guimarães (2017) de “crise da ineficiência pelo controle”.

Ademais, 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.

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.

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).

Desse modo, 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.

Não se poderia 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.

Sucedo, 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 Filho (2016). 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 as 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 no MS 18391/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira seção, julgado em 08/08/2012, DJe 21/08/2012.

Nesse passo, feito esses esclarecimentos, é de se concluir que 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 Cunha Júnior (2015).

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 (artigo 4º).

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, a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011) acerca dos efeitos da anulação do ato administrativo informa que “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”. 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, inclusive, a adoção da tabela da OAB como parâmetro para o ressarcimento.

CONCLUSÃO

O presente estudo argumentou pela constitucionalidade do art. 22 da Lei n. 9.028/95, considerando que não há óbice 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 nas demais unidades da Federação, que 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 as 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 fragilizados, 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.

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.

BIBLIOGRAFIA

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da 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*. 15. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

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

GOMES, Marcelo Kokke. *Representação judicial da advocacia-geral da união em benefício dos direitos de personalidade dos agentes públicos*. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 19, n. 29, 2016.

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.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *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.

MENDES, Gilmar Ferreira. *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.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3. 84 ed. São Paulo: RT, 1996.

OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública-algumas reflexões*. Jus Navigandi, Teresina, v. 5, 2001.

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.