

Título : OS IMPACTOS DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ADVOCACIA PÚBLICA
Autor : Luís Manoel Borges do Vale
Autor : Rafael Carvalho Rezende Oliveira

OS IMPACTOS DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ADVOCACIA PÚBLICA

LUÍS MANOEL BORGES DO VALE

Procurador do Estado de Alagoas, nomeado Procurador Federal, Ex-Advogado da Petrobras, Doutorando pela Universidade de Brasília – UnB, Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas, Especialista pela *Ohio University*, Professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação da UERJ, na Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL, na Escola da Advocacia-Geral da União e nos cursos ATC e FORUM, membro da *Internacional Association of Privacy Professionals - IAPP*, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. E-mail: borgesdovale@hotmail.com.

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Pós-doutor pela Fordham University School of Law (New York). Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico. E-mail: contato@roaa.adv.br.

RESUMO: A partir da reforma estrutural promovida pela Lei nº 14.230/2021, no regime jurídico da improbidade administrativa, busca-se analisar os impactos das referidas alterações no papel desenvolvido pelos órgãos da Advocacia da Pública. O cenário que se descortina enfraquece, sobremaneira, o múnus constitucional conferido à Advocacia-Geral da União, às Procuradorias dos Estados e às Procuradorias dos Municípios de guarnecerem a juridicidade administrativa.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O papel constitucional da Advocacia Pública. 3. A subtração da legitimidade dos entes federativos para a propositura da ação de improbidade administrativa. 4. Inconstitucionalidade da imposição representativa dos agentes ímprobos pelos órgãos da Advocacia Pública dos Estados e Municípios. 5. O afastamento do delicto de hermenêutica e a possibilidade de inovação na Administração Pública. 6. A exclusão da remessa necessária nas ações de improbidade. 7. O papel dos entes federativos no acordo de não persecução cível. 8. Notas conclusivas. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de tutela da probidade administrativa ¹ sofreu radical alteração, em face da nova arquitetura derivada da publicação da Lei nº 14.230/2021. Como sói acontecer com qualquer mudança no ordenamento jurídico, existem pontos salutares e outros que caminham na contramão da efetiva proteção do interesse público.

Um dos aspectos dignos de nota é a impossibilidade atual de responsabilização por atos de improbidade, com base em atuação culposa do agente. Exige-se, para a perfectibilização de todos os

tipos de atos ímprobos (enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação a princípios da Administração Pública), o dolo específico do sujeito ativo, ou seja, a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992.

Anteriormente, na hipótese de ato de improbidade que causasse dano ao erário, era viável buscar a responsabilização do agente, nos casos de ação ou omissão culposa, o que ensejou, por conseguinte, inúmeras condenações.

Quanto ao ponto, discute-se a possibilidade ou não de retroatividade de tal enunciado normativo, com vistas a alcançar processos em curso ou que já tenham transitado em julgado ². Tendo em vista que o art. 1º, §4º, da Lei nº 8.429/1992, estabelece que ao sistema de improbidade são aplicados os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, inexistente razão para obstar a aplicação retrospectiva dos novos dispositivos favoráveis aos réus.

A referida conclusão deflui da incidência do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar situação alusiva ao processo administrativo disciplinar ³.

Acaso já tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão impositiva das sanções catalogadas na Lei de Improbidade, entende-se possível o manejo da ação rescisória, dentro do prazo bienal, com o escopo de viabilizar a desconstituição da sentença/acórdão. Com efeito, ultrapassado o prazo de dois anos estampado no art. 975 do Código de Processo Civil, ter-se-á obstáculo intransponível ao afastamento do comando jurisdicional.

Ressalte-se, porquanto oportuno, que não seria o caso de se permitir analogicamente a utilização, a qualquer tempo, de uma espécie de revisão criminal (Código de Processo Penal: “Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.”), posto que o regime jurídico da improbidade, como se disse, está ligado às premissas do direito administrativo sancionador, o qual não admite uma retroatividade máxima, ou seja, desprovida de balizas temporais ⁴.

Em linha de convergência, o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 prevê que a ação de improbidade observará o rito do comum do Código de Processo Civil, de tal sorte que seria aplicável, conseqüentemente, os contornos da ação rescisória.

A Lei nº 14.133/2021, ademais, esquadrinhou o regime da prescrição intercorrente nas ações de improbidade, na contramão do que já vaticinava o Superior Tribunal de Justiça, que não vislumbrava a possibilidade de aplicação deste instituto ⁵.

Nessa linha de intelecção, a título exemplificativo, uma vez interrompida a prescrição, com a propositura da ação de improbidade, esta volta a correr do dia da interrupção pelo prazo de 4 (quatro) anos (metade do prazo prescricional das ações de improbidade, nos termos do art. 23, §5º, da Lei nº 8.429/1992 (“Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo”). Tem-se, diante do exposto, previsão que poderá desaguar em verdadeira impunidade de incontáveis sujeitos ativos responsabilizados pela prática de atos ímprobos.

São, desta feita, modificações das mais diversas ordens, de tal sorte que, ao longo do presente artigo, serão analisados, com mais vagar, pontos nevrálgicos relacionados à atuação da Fazenda Pública, no sistema de improbidade administrativa.

2. O PAPEL CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública exsurge como instituição indispensável à consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que suas funções, no âmbito consultivo e contencioso, destinam-se à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais. ⁶

Nessa linha de intelecção, a atuação dos entes federados apenas se legitima, em essência, quando submetida ao filtro uniformizador jurídico ⁷ da Advocacia-Geral da União - AGU ⁸, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal ⁹ e das Procuradorias dos Municípios.

Não por outra razão, a advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.

A qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente, da sua autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos e contratos municipais.¹⁰

A arquitetura das políticas públicas, por exemplo, conta com primordial linha de ação da Advocacia Pública, cujo trabalho contribui para a definição das melhores soluções hábeis a efetivar os cânones constitucionais mais caros à sociedade. Com efeito, em últimos termos, não se concebe saúde, educação e proteção ao meio ambiente, sem o necessário agir responsável da AGU, das PGEs/PGDF e das Procuradorias Municipais.

Ao se vislumbrar o sistema de improbidade administrativa, percebe-se o quão salutar é o papel exercido por todos os quadrantes da Advocacia Pública, tanto sob a ótica consultiva como contenciosa.

Na fase preliminar ao litígio, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias dos Estados e dos Município atuam, em caráter pedagógico, orientando os agentes públicos acerca das melhores práticas administrativas, a fim de que não venham a atuar em desconformidade aos contornos estabelecidos na Lei nº 8.429/1992. Existem, desse modo, programas de *compliance*¹¹, que se destinam ao estabelecimento de medidas de integridade, evitando-se, assim, violações aos preceitos normativos.

Doutro lado, antes da reforma na Lei de Improbidade Administrativa, tal como será aprofundado no tópico vindouro, havia verdadeira legitimidade concorrente para a propositura de ação destinada a buscar a responsabilização do agente ímprobo¹². Portanto, os entes federativos, representados adequadamente pela Advocacia Pública, propunham ações de improbidade, para que restassem guardados, em sentido maior, os interesses da coletividade.

Com a subtração da legitimidade dos entes federativos há nítida fragilização da tutela da improbidade, o que imporá severos ônus à persecução da responsabilidade pela prática de atos de ímprobos.

Destaque-se, ainda, que, nos termos da legislação vigente, inexistente a possibilidade de o ente federativo formalizar acordos de não persecução cível, de tal modo que é gerado um descompasso na harmonia do sistema de consensualidade administrativa.

As circunstâncias postas pela reforma desconsideram o substancial múnus que vinha desenvolvendo a Advocacia Pública, no contexto do sistema de improbidade administrativa.

3. A SUBTRAÇÃO DA LEGITIMIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O legislador reformista cuidou de alterar, em sua essência, a estrutura voltada à tutela do interesse público, por meio da ação de improbidade administrativa. Tal como ressaltado em linhas pretéritas, permitia-se, outrora, que o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada propusessem a ação voltada à responsabilização pela prática de atos ímprobos.

Desse modo, diante da legitimidade ativa concorrente, fortalecia-se o sistema protetivo da coletividade, impedindo que pretensões penalizatórias fossem fulminadas com a prescrição. Afinal de contas, a capacidade de trabalho do Ministério Público não consegue abarcar todas as eventuais situações que possam vir a colocar em risco a integridade social.

Nessa linha de intelecção, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹³ propugnavam, antes da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, que todas as pessoas jurídicas que possam ser prejudicadas por ato de improbidade administrativa possuiriam legitimidade

ativa para a propositura da ação.

Perceba-se que, se o interesse do Poder Público é diretamente atingido, é fundamental dotá-lo de legitimidade para postular a responsabilização daqueles que lhe impuseram dano. Entender em sentido contrário, é obstaculizar a efetiva tutela jurisdicional, abrindo caminho para uma atuação que, por certo, acabará se tornando deficitária.

Malgrado o exposto, a atual redação do art. 17, da Lei nº 8.429/1992 propugna que a ação para a aplicação de sanções oriundas da prática de atos de improbidade administrativa é de titularidade exclusiva do Ministério Público, mesmo que, no art. 1º, §5º, sejam apontadas, por exemplo, as pessoas jurídicas de direito público como sujeitos passivos.

A escolha do Legislativo é deveras questionável e abre espaço para o enfraquecimento do sistema de proteção à probidade administrativa, pois, nos moldes do que fora prelecionado em linhas pretéritas, a concentração da iniciativa apenas no Ministério Público levará, inevitavelmente, à ausência de responsabilização de diversos agentes. A afirmativa é fundada no cenário pré-reformista, tendo em conta que inúmeras ações foram ajuizadas apenas pelos entes federativos, os quais atuaram, tempestivamente, na busca pela proteção do interesse público ¹⁴.

Ademais, registre-se que a Constituição Federal não atribuiu, em caráter exclusivo, a adoção de medidas protetivas de proteção do patrimônio público apenas ao órgão ministerial, pois, é preciso lembrar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para conservar o interesse da coletividade, na forma do art. 23, I, do texto constitucional.

Sob tal ótica, admitir a exclusão dos entes federativos do rol de legitimados para a propositura da ação de improbidade administrativa, configuraria afronta direta ao delineamento de atribuições da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados (arts. 131 e 132 da Constituição Federal), que devem atuar na defesa dos interesses dos respectivos entes federativos, seja na esfera judicial ou extrajudicial, mormente quando está em xeque o debate acerca da violação ao regime de probidade administrativa.

Cabe destacar, por outro lado, que o manejo da ação de improbidade administrativa pelos entes públicos promove maior efetividade, na medida em que tais sujeitos possuem melhores condições de dimensionar o dano sofrido, em decorrência da conduta ímproba praticada ¹⁵. A relação prévia, em regra, da pessoa jurídica de direito público com o agente causador do dano irá facilitar, sobremaneira, o levantamento dos instrumentos probatórios necessários à caracterização do ato espúrio.

Diante desse contexto é que a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE propuseram duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 7.042 e 7.043), que se destinam a discutir as mudanças provocadas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, dentre elas a subtração da legitimidade ativa dos entes públicos, nos termos das considerações tecidas no presente artigo.

Nesse passo, é que o ministro Alexandre de Moraes deferiu medida cautelar, nas referidas ADIs, a fim de conferir interpretação conforme ao caput e §§ 6º-A, 10-C e 14, do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, chancelando a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade administrativa. Dentre os argumentos listados pela Suprema Corte, encontra-se a previsão da existência de um verdadeiro sistema de combate à corrupção, que engloba não apenas o Ministério Público, mas também as pessoas jurídicas, mormente em face do controle interno por elas exercido.

Cumprido destacar, ainda, que, segundo considerações tecidas pelo relator, o art. 129 da Constituição Federal, ao dispor que a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, testificaria a inconstitucionalidade de um regime de legitimação exclusiva do Ministério Público, no bojo das ações de improbidade ¹⁶.

Não menos importante é sublinhar que o direito fundamental à boa administração pública preconiza que é necessário zelar pela probidade, impedindo ou reprimindo condutas atentatórias às

diretrizes éticas, ou seja, o administrado tem o direito de exigir do Poder Público uma postura ativa, com o escopo de evitar malversações ao patrimônio titularizado pela coletividade ¹⁷.

Portanto, inexistente espaço para a verdadeira observância do direito fundamental à boa administração pública, em um contexto que exclui a possibilidade de o ente público adotar todas as medidas necessárias à defesa regular e incontestada da probidade.

Assim, tendo em vista a plêiade de argumentos expostos, não há como afastar o vício de inconstitucionalidade dos noveis enunciados normativos da Lei nº 14.230/2021, os quais desarticulam a estrutura do sistema de improbidade administrativa.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO REPRESENTATIVA DOS AGENTES ÍMPROBOS PELOS ÓRGÃOS DA ADVOCACIA PÚBLICA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Faz-se imprescindível analisar, neste tópico, os aspectos relacionados à interpretação do art. 17, § 20, da Lei 14.230/2021, uma vez que o referido enunciado normativo, a depender da leitura que for empregada, pode ser considerado inconstitucional ¹⁸. Por oportuno, transcreve-se a literalidade do dispositivo em referência:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

(...)

§ 20. **A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.** (Grifos nossos)

Da leitura perfunctória do referido dispositivo legal, percebe-se que o legislador adentra em matéria, em certa medida, estranha aos aspectos gerais relacionados à improbidade administrativa, haja vista que regula competências dos órgãos da Advocacia Pública.

Afinal de contas, como preceitua Alice González Borges ¹⁹, normas gerais são: “aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência.”

Ocorre que o art. 17, § 20, da Lei de Improbidade Administrativa impõe à Advocacia-Geral da União, às Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e às Procuradorias Municipais o dever de atuarem na defesa judicial dos agentes ímprobos, quando este for alvo de fiscalização por atos praticados em consonância com pareceres jurídicos lavrados pelos Advogados Públicos.

A despeito da salutar intenção legislativa, que objetiva garantir defesa técnica qualificada ao agente público que age em compasso com as diretrizes jurídicas emanadas da Administração, chancelando-se, inclusive, a lisura do ato administrativo praticado, falece competência à União para dispor sobre a estrutura organizacional dos órgãos da advocacia pública estadual e municipal.

Compete a cada ente federativo legislar sobre os órgãos da advocacia pública, delimitando os meandros de sua atuação, tal como já decidiu o STF: ²⁰

“Nos termos do art. 132 da Constituição da República, **cada Estado detém competência para organizar sua representação judicial e extrajudicial, que deve ser realizada por procuradores de carreira, incluída, nesta competência, a formulação de leis sobre procedimentos em matéria processual, atendidas as peculiaridades locais.**” (Grifos nossos)

Sob essa ótica, caso a interpretação conferida ao art. 17, § 20, da Lei nº 8.429/1992, venha a alcançar as Procuradorias dos Estados e Municípios, teríamos patente inconstitucionalidade. Assim, deve-se promover uma leitura em conformidade com a Constituição Federal ²¹, de modo a compreender que o dispositivo em referência não consubstancia enunciado normativo de abrangência

nacional, vinculando tão somente a União.

Segundo JJ. Gomes Canotilho ²², a técnica de interpretação conforme à Constituição tem por objetivo salvaguardar certo enunciado normativo, alijando-se possíveis sentidos em desalinho com os cânones constitucionais, a fim de aplicar aquele que esteja em uníssono com o legislador constituinte.

A interpretação conforme a Constituição é, a um só tempo, princípio específico de interpretação constitucional e técnica de decisão. ²³ De forma sintética, na hipótese em que determinado preceito legal comportar diversas possibilidades de interpretação incompatíveis com o texto constitucional, o órgão decisório deve declarar qual é a interpretação que se revelaria compatível com a Constituição Federal.

Assim, como aludido alhures, o único sentido que mantém inalterado o art. 17, §20, da Lei de Improbidade Administrativa, é aquele delimita o seu âmbito de abrangência à esfera federal.

Ao tratar, por exemplo, no art. 132, dos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a Constituição Federal não faz referência à representação judicial e extrajudicial dos servidores, de tal sorte que qualquer deliberação nesse sentido estaria no âmbito de conformação do constituinte derivado e do legislador estadual.

Nessa linha de intelecção, o Supremo Tribunal Federal, no ARE 646.761 AgR/DF , já teve a oportunidade de decidir que há um nítido espaço de deliberação do constituinte derivado e do legislador estadual, em relação às hipóteses não listadas no art. 132, da Constituição Federal ²⁴. Assim, vê-se que a Carta Magna apenas menciona que compete aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal a representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, sem se referir à defesa dos interesses dos agentes públicos.

Por isso, cumpre aos Estados e Municípios disciplinar, em diploma normativo próprio, eventuais situações nas quais os órgãos da advocacia pública irão atuar na representação judicial e/ou extrajudicial de agentes estatais, mormente quando em jogo o resguardo ao interesse da coletividade.

A título exemplificativo, a Lei Complementar de Alagoas 7, de 18 de julho de 1991, em seu art. 4º, XXII, elenca as ocasiões em que a Procuradoria do Estado atuará na proteção dos interesses de agentes públicos, conforme transcrição abaixo:

Artigo 4º — Compete à Procuradoria Geral do Estado:

(...)

XXIII — a Procuradoria Geral do Estado (PGE) representará judicialmente o governador, os titulares das Secretarias, de Autarquias e Fundações Públicas estaduais, os procuradores de Estado e os membros do Ministério Público, quando vítimas de crime sofrido em razão do exercício do cargo, bem como em decorrência dos atos praticados em função de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, representação que fica condicionada à solicitação do agente público ao procurador Geral do Estado, o que legitima inclusive a propositura de representação ao Ministério Público, ação penal privada, habeas corpus e mandado de segurança, observando-se:

a) **não se aplica aos ex-titulares dos cargos ou das funções referidas; e**

b) o procurador Geral do Estado, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este inciso" (Grifos nossos).

Exsurge clarividente que o dispositivo acima colacionado destoa das proposições elencadas pelas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, nos seguintes termos: a) há restrição quanto aos agentes públicos representados, eventualmente, pela PGE; e b) a representação, caso seja possível, não abrange ex-titulares dos cargos ou funções previstas na lei.

No estado do Pará, por sua vez, a Lei estadual nº 9.058/2020 prevê o custeio pelo Poder Público dos honorários advocatícios suportados pelos agentes públicos que figurarem, por exemplo, no polo passivo de ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade, ações criminais ou que sejam indiciados em inquérito civil ou criminal, ou que estejam respondendo a processos perante

outros órgãos de controle, desde que preenchidas, cumulativamente, as seguintes exigências: a) ato praticado no exercício da função pública no âmbito da Administração direta, autárquica ou fundacional; b) ato não pode ser contrário ao parecer da PGE; c) ato precedido de parecer ou manifestação de órgão integrante do sistema jurídico estadual, quando tal condição for expressamente exigida pela lei ou regulamento; d) ato não pode ser omissivo quanto à circunstância que, por expressa previsão legal, deveria ter sido enfrentada ou mencionada.

Em âmbito federal, a possibilidade de representação judicial de determinados agentes públicos federais pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal encontra previsão, por exemplo, no art. 22, da Lei nº 9.028/1995 e na Portaria nº 428/2019.

Verifica-se, portanto, que os entes federativos adotam soluções diversas para auxiliar a representação judicial dos agentes públicos nos processos que discutem a juridicidade dos atos funcionais por eles praticados.

Diante do exposto, indaga-se: poderia a União se imiscuir nos quadrantes de atuação da Procuradoria-Geral do estado, ampliando sua competência para hipóteses não previstas em seu regramento legal? A resposta, sem dúvida, é negativa.

Afinal de contas, compete ao constituinte derivado e ao legislador estadual estabelecer as situações excepcionais de representação dos agentes públicos pelas procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que inexistente impositivo na Constituição nesse sentido.

Igualmente, no âmbito da atuação das procuradorias municipais, que não foram indicadas expressamente no texto constitucional, mas que devem ser reconhecidas como advocacias públicas que exercem funções essenciais à Justiça, a definição das respectivas atribuições deve ser veiculada na legislação municipal.

Inexiste autorização constitucional para que a União estabeleça normas gerais relacionadas às atribuições institucionais dos órgãos de advocacia pública dos demais entes federados, sob pena de afronta ao art. 18 da Constituição Federal que reconhece a autonomia dos entes federados, inclusive para dispor sobre seus servidores estatutários, abrangidos, aqui, os membros da advocacia pública.

Outrossim, ao estender a todos os agentes estatais a possibilidade de representação pela Advocacia Pública, quando em jogo matéria de improbidade administrativa, a União não apenas viola a Constituição Federal como onera os demais entes federativos, os quais precisarão aparelhar suas respectivas Procuradorias, a fim de atender a demanda excedente de trabalho.

Frente às considerações tracejadas em linhas pretéritas, o art. 17, § 20, da Lei de Improbidade Administrativa apenas pode ser compreendido como um dispositivo de âmbito federal, ou seja, não pode abranger Estados, Distrito Federal e Municípios, pois essa é a única leitura compatível com a Constituição. Entender de forma diversa é admitir mácula incontestável aos cânones constitucionais de autonomia dos entes federativos.

Não bastassem os argumentos expostos, o art. 17, § 20, da Lei nº 8.429/1992, também viola a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos, nos termos do art. 61, § 1º, II, "c" da Constituição Federal. Observe-se que, ao versar sobre as atribuições conferidas aos Advogados Públicos, criando funções outras, o novo diploma normativo licitatório apresenta inequívoco vício de iniciativa, nos moldes do que já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal:

Legislação estadual paulista de iniciativa parlamentar que trata sobre a vedação de assédio moral na administração pública direta, indireta e fundações públicas. **Regulamentação jurídica de deveres, proibições e responsabilidades dos servidores públicos, com a consequente sanção administrativa e procedimento de apuração. Interferência indevida no estatuto jurídico dos servidores públicos do Estado de São Paulo. Violação da competência legislativa reservada do chefe do poder executivo.** Descumprimento dos arts. 2º e 61, §1º, II, c, da constituição federal. (Grifos nossos).²⁵

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.865/2006 do Estado do Rio Grande do Norte. Obrigação de

a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte prestar serviço de assistência judiciária, durante os finais de semana, aos necessitados presos em flagrante delito. (...) **Os arts. 2º e 3º da Lei 8.865/2006, resultante de projeto de lei de iniciativa parlamentar, contém, ainda, vício formal de iniciativa (art. 61, § 1º, II, c, CF/1988), pois criam atribuições para a Secretaria de Estado da Educação, Cultura e dos Desportos (art. 2º), para a Secretaria de Estado de Defesa Social e Segurança Pública (art. 2º) e para a Polícia Civil (art. 3º), sem observância da regra de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual.** (Grifos nossos).²⁶

Nestes termos, o Poder Legislativo extrapolou as raias de sua competência, de tal sorte que é patente a inconstitucionalidade nomodinâmica, ou seja, aquela pertinente à lisura do processo legislativo.

Por fim, insta salientar que o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar nas ADIs 7.042 e 7.043, suspendeu os efeitos do §20, do art. 17, convergindo, assim, com as argumentações expostas ao longo deste tópico ²⁷.

5. O AFASTAMENTO DO “DELITO DE HERMENÊUTICA” E A POSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, a Lei nº 14.230/2021 trouxe a lume vários dispositivos com redações controversas que, por vezes, descambam para a inconstitucionalidade. No entanto, alguns enunciados normativos devem ser elogiados, principalmente pelo respaldo que se confere à atuação adequada dos agentes públicos.

O movimento instaurado pela Lei 13.655/18 (Lei de segurança para a inovação) teve por mote a necessidade de refrear o deletério “apagão das canetas”, que se caracteriza pela inércia dos administradores públicos em adotarem medidas inovadoras, em decorrência da sanha punitiva dos órgãos de controle ²⁸. O famigerado Direito Administrativo do medo acabava, portanto, por brechar o experimentalismo no setor público, de tal modo que avanços significativos eram ignorados, com o escopo de atender formalismos dispensáveis.

Ressaem fundamentais, nesse contexto, enunciados normativos como o do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (dispositivo originado da Lei nº 13.655/2018), o qual estabelece que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Toma-se em consideração, portanto, as intempéries impostas aos agentes públicos, quando da prática da atividade administrativa, cujos contornos, por vezes, escampam à fria análise do plexo normativo.

Dessa forma, resta evidenciado, que a inação não deve ser estimulada por extrapolações punitivas, sob pena de privar a sociedade de novos construtos políticos, sociais, econômicos e tecnológicos.

Em linha de convergência, é que se deve obstaculizar o chamado “delito de hermenêutica”, ou seja, a punição do agente público pela adoção de uma certa corrente interpretativa, em situações de nítida controvérsia jurídica.

Assim, é salutar a previsão contida no art. 1º, §8º, da Lei nº 8.429/1992, o qual dispõe que não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário ²⁹.

Não raras vezes, em face de oscilações jurisprudenciais, buscava-se penalizar o gestor que havia pautado sua conduta em uma linha argumentativa plausível e adotada por alguns tribunais, mas que, eventualmente, tornou-se superada. Tal postura refletia um cenário de completa insegurança jurídica, ensejando reconhecimentos desarrazoados de atos de improbidade.

Há, portanto, uma confluência normativa entre o art. 1º, §8º da Lei de Improbidade Administrativa

e o art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja redação sublinha que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, declarem-se inválidas situações plenamente constituídas.

Poder-se-ia, em face do exposto, cogitar da existência de um verdadeiro microsistema de contenção do punitivismo administrativo, voltando-se os olhos para a praticidade e estabilidade das relações jurídicas.

Esquadrinhados os referidos parâmetros de interpretação do novo dispositivo, fica evidente que o papel da Advocacia Pública não será relegado a segundo plano, uma vez que seus posicionamentos, em situações que envolvam controvérsia jurídica substancial, servirão de balizas para que o gestor possa, com a segurança necessária, operacionalizar políticas públicas, sem o inglório receio de ser punido por adotar um referencial jurídico compatível com as controvérsias hermenêuticas de um dado dispositivo legal.

6. A EXCLUSÃO DA REMESSA NECESSÁRIA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

As discussões em torno da aplicabilidade da remessa necessária nas ações de improbidade administrativa ainda não estavam pacificadas, quando da edição da Lei nº 14.230/2021. Nessa linha de intelecção, o Superior Tribunal de Justiça, no tema repetitivo 1.042, intentava definir se há - ou não - aplicação da figura da remessa necessária nas ações típicas de improbidade administrativa, ajuizadas com esteio na alegada prática de condutas previstas na Lei 8.429/1992, cuja pretensão é julgada improcedente em primeiro grau.

O posicionamento favorável ao uso do instituto referido nas linhas pretéritas, calcava-se na ideia de que, diante do microsistema de tutela coletiva, dever-se-ia aplicar às ações de improbidade administrativa o art. 19, da Lei nº 4.717/1965 (Ação Popular), cujos termos preconizam que a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal³⁰.

Em sentido contrário, defendia-se que a ausência de previsão expressa da remessa necessária, na Lei de Improbidade Administrativa, traduzia a intenção do legislador em não submeter as sentenças a tal rito. Com efeito, diante da excepcionalidade do instituto, não seria possível ampliar o seu campo de ação, sob pena de conferir interpretação extensiva a enunciado normativo de caráter restritivo³¹.

A reforma promovida na Lei nº 8.429/1992, por ducto da Lei nº 14.230/2021, afastou a divergência acima apontada, uma vez que o §19, IV, do art. 17, e o §3º, do art. 17-C, estabeleceram que não haverá remessa necessária da sentença de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito. Cumpre pontuar que, por se tratar de regra processual, aplica-se a premissa do *tempus regit actum*, ou seja, tal previsão apenas incidirá em relação às sentenças proferidas após a edição da novel diploma normativo.

A mudança é salutar principalmente pelo fato de que a ação de improbidade administrativa se destina à aplicação de penalidades aos gestores que supostamente agiram de maneira espúria, de tal sorte que, se já há a caracterização da inocência em primeira instância, a imposição da remessa poderia configurar a busca por uma persecução indiscriminada do agente público.

Ademais, é forçoso rememorar que o Código de Processo Civil tornou a remessa necessária algo excepcionalíssimo, demonstrando que o instituto praticamente se tornou anacrônico. Isso é fruto do aparelhamento dos órgãos da Advocacia Pública, os quais tem atuado de forma exemplar na defesa do interesse da coletividade, prescindindo, ressalvados casos excepcionais de Municípios de menor porte, do duplo grau de jurisdição obrigatório.

7. O PAPEL DOS ENTES FEDERATIVOS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Não é demasiado afirmar que a “Era da consensualidade administrativa” já está assentada no ordenamento jurídico brasileiro, tal como é possível perceber nas inúmeras mudanças legislativas implementadas nos últimos tempos: a) Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação – Possui uma sessão

própria para tratar da autocomposição envolvendo o Poder Público); b) Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil – Dentre outros dispositivos, o art. 174 estabelece a necessidade de a União, os Estados e os Municípios implementarem Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos); c) Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/1942 (O art. 26 se consubstancia como verdadeira cláusula geral de consensualidade administrativa); d) Decreto-Lei nº 3.365/1941 (Foi recentemente alterado, através da Lei 13.867/2019, com vistas a consignar o uso da mediação como via de resolução de conflitos nos entraves desapropriatórios); e) Lei nº 13.988/2020 (Firma os parâmetros para a realização de transação tributária, no âmbito federal) e f) Lei nº 14.133/2021 (A lei geral de licitações e contratos possui capítulo próprio para tratar dos meios adequados de resolução de conflitos).

Conceber a via heterocompositiva judicial como o único caminho para a solução dos impasses administrativos é olvidar que existem outros meios, por vezes mais eficientes, para se promover a pacificação, atendendo-se, adequadamente, ao interesse público.

Afinal de contas, diferente do que se propugnava outrora, quando os acordos envolvendo os entes públicos eram vistos, em algumas circunstâncias, até mesmo como atos ímprobos, deve-se estimular os processos de autocomposição, na medida em que reduzem os custos da litigância, evitando a movimentação infrutífera das máquinas administrativa e judicial.

Nesse sentido, é que o uso da mediação, da conciliação, da transação por adesão, do *dispute board*, das plataformas de *Online Dispute Resolutions - ODRs* e de outros instrumentos de solução consensual, sejam típicos ou atípicos, tem se tornado cada vez mais frequente, no bojo de uma Administração Pública que se sobressai como consensual/dialógica e não mais vertical e impositiva.

A pretensa indisponibilidade do interesse público, utilizada como artifício para obstaculizar a via autocompositiva, perde substância em contraste com o fato de que o arranjo consensual atende aos anseios da coletividade, pois, em diversos casos, constroem-se soluções mais expeditas e menos onerosas. Registre-se que o novo cenário que se descortina, é revelador da circunstância de que o respeito ao interesse público tem que ser aferido no caso concreto, avaliando-se, por conseguinte, qual o meio de resolução de conflito que mais se amolda às peculiaridades do tema em debate ³².

Frente ao exposto, passou-se a disciplinar, na Lei nº 8.429/1992, o acordo de não persecução civil em ações de improbidade, conectando o referido diploma normativo com o microsistema de consensualidade administrativa. Não havia sentido admitir, no sistema persecutório penal, a delação premiada e alijar procedimentos autocompositivos do sistema de improbidade administrativa, nos moldes do que previa a redação originária do §1º, do art. 17 (É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.). ³³

Atualmente, portanto, o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso, propor acordo de não persecução civil, desde que dele advenham pelo menos o ressarcimento integral do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Percebe-se que o legislador, de maneira equívoca, centralizou a competência para a formulação de acordos de não persecução civil no Ministério Público, excluindo a iniciativa dos entes federativos, os quais seriam apenas ouvidos, quando da formulação da proposta ministerial. Sequer seria possível às pessoas jurídicas lesadas vetar ajustes contrários à escorreita reparação do dano sofrido.

Paradoxal é prever que o ente público é diretamente lesado pela prática do ato ímprobo, mas não possui legitimidade para formular propostas de acordo, por meio dos seus órgãos da Advocacia Pública. É necessário rememorar que, antes da Lei nº 14.230/2021, a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias dos Estados e dos Municípios estavam na dianteira da condução de acordos não persecução civil compassados com o interesse público.

O pronunciamento, em sede de medida cautelar nas ADIs 7.042 e 7.043, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é necessário manter a legitimidade das pessoas jurídicas para a propositura da ação de improbidade administrativa, reforça a impropriedade de atribuir ao Ministério Público, com exclusividade, as propostas de formulação de acordos de não persecução civil.

Nestes termos, não é possível interpretar o art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 em conformidade com a Constituição Federal, caso o ente público seja alocado como mero coadjuvante do processo autocompositivo. Torna-se imprescindível que a Advocacia Pública retome o papel de protagonista nas tratativas ligadas às ações de improbidade, visto que representa, adequadamente, os interesses da pessoa jurídica lesada.

8. NOTAS CONCLUSIVAS

Ao longo do presente artigo, foi possível perceber que as reformas engendradas na Lei de Improbidade Administrativa impactaram, sobremaneira, a atuação da Advocacia Pública.

Houve notório enfraquecimento do sistema de proteção à probidade administrativa com a subtração da legitimidade dos entes públicos para a propositura das ações de improbidade e para a formulação de acordos de não persecução civil.

Por outro lado, assim como aconteceu com a Lei nº 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos), o legislador adentrou em competências próprias dos Estados e Municípios relacionadas à organização dos seus quadros da Advocacia Pública.

No entanto, alguns dispositivos procuram promover maior segurança jurídica para a atuação dos gestores, evitando que se mantenha o deletério Direito Administrativo do Medo, que descamba para uma sanha persecutória contrária à inovação no setor público.

O balanço geral demonstra que é preciso aprofundar as reflexões acerca do sistema de improbidade administrativa, mormente para que esteja alinhado com cânones constitucionais.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, 232, abr./jun. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-advocacia-publica-e-o-estado-democratico-de-direito?>. Acesso em: 09.04.2021.

BORGES, Alice González. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

FRANCO, Marcelo Veiga; VALE, Luís Manoel Borges do. A superação do “interesse público” como conceito jurídico de aferição abstrata e apriorística: a contribuição do “consequencialismo prático” previsto no artigo 20 da LINDB. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 93, n.2, p. 242-265. Out. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/251451>>. Acesso em 22/02/2022.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários à nova lei de improbidade administrativa: lei 8.429/1992, com as alterações da lei 14.230/2021*. 5ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JORGE, Flávio Cheim. *A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de*

improbidade. Revista de processo, v. 31, n. 131, p. 258–267, jan., 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A consensualidade no Direito Público Sancionador e os acordos nas ações de improbidade administrativa. *Revista Forense*, v. 427, p. 197-218, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, p. 382-400, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, J. (Org.). *Governança corporativa e compliance*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública*, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 22/02/2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da lei de improbidade pela Lei 14.230/2021. *Soluções em Direito Administrativo e Municipal*, v. 4, p. 47, 2022.

SILVA, José Afonso. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004.

VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A inconstitucionalidade do art. 10 da nova Lei de Licitações: a invasão de competência dos estados e municípios*. Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 236, p. 49-62, 2021.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹ JORGE, Flávio Cheim. *A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade*. Revista de processo, v. 31, n. 131, p. 258–267, jan., 2006.

² A matéria teve repercussão geral reconhecida, nos termos do tema 1.199, de tal sorte que o Supremo Tribunal Federal irá analisar as seguintes questões: Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A sindicância investigativa não interrompe prescrição administrativa, mas sim a instauração do processo administrativo. 2. **O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares.** À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa. 3. Contudo, o processo administrativo foi instaurado em 11 de abril de 2013 pela Portaria n. 247/2013. Independente da modificação do termo inicial para a instauração do processo administrativo disciplinar advinda pela LCE n. 744/2013, a instauração do PAD ocorreu oportunamente. Ou seja, os autos não revelam a ocorrência da prescrição durante o regular processamento do PAD. 4. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no RMS 65.486/RO, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 26/08/2021).

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 11; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da lei de improbidade pela Lei 14.230/2021. *Soluções em Direito Administrativo e Municipal*, v. 4, p. 47, 2022.

⁵ O STJ firmou entendimento de inaplicabilidade da prescrição intercorrente às ações de improbidade administrativa, na medida em que o art. 23 da LIA refere-se apenas à prescrição quinquenal para a propositura da ação contados do término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança. (STJ - AgInt no REsp 1872310/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021).

⁶ Em linha de convergência, manifesta-se Gustavo Binenbojm: “As nossas funções institucionais básicas – consultoria jurídica e representação judicial – devem sempre ser pensadas e reconduzidas a esses dois valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são, de um lado legitimidade democrática e governabilidade e, de outro, respeito e promoção do controle de juridicidade.” BINENBOJM, Gustavo. *A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-advocacia-publica-e-o-estado-democratico-de-direito?>. Acesso em: 09.04.2021.

⁷ Sobre a relevância do papel uniformizador da advocacia pública, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, p. 382-400, 2019.

⁸ CRFB: “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.”

⁹ CRFB: “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. 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.”

¹⁰ Marcos Juruena Villela Souto destaca a importância da advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito: “Em síntese, a ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada. A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem se houver sólidas e não fragmentadas instituições voltadas para o controle da legalidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções técnicas e despolitizadas”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62. De forma semelhante, José Afonso da Silva sustenta: “A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública”. SILVA, José Afonso. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002, p. 284.

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica (Org.). *Governança corporativa e compliance*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2021; VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹² Antiga redação do Art. 17 da Lei 8.429/92: A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 163.

¹⁴ “Ações de improbidade ajuizadas pela AGU em 2020 têm aumento de 17% em comparação com ano anterior. No período 2016-2020, houve 571% mais processos deste tipo do que no período 2002-2015, quando ainda não existia uma equipe de trabalho totalmente dedicada ao tema. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/acoes-de-improbidade-ajuizadas-pela-agu-em-2020-tem-aumento-de-17-em-comparacao-com-ano-anterior?>. Acesso em 16/02/2022.

¹⁵ Sobre o tema, cabe destacar as considerações tecidas por Fernando da Fonseca Gajardoni, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto: “Temos muitas dúvidas do acerto da opção legislativa, já que não vemos sentido em afastar a possibilidade de o Poder Público postular em juízo a reparação e punição de atos ilícitos causados contra os seus interesses, tanto que ainda pode participar do processo (art. 17, §14, da Lei de Improbidade). Mais, a concentração de poder, como no caso da legitimidade, de regra, traz mais malefícios que benefícios, mormente porque os entes públicos lesados possuem até melhor capacidade de aferir a extensão dos danos causados.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários à nova lei de improbidade administrativa: lei 8.429/1992, com as alterações da lei 14.230/2021*. 5ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 330.

¹⁶ De acordo com as considerações tecidas pelo Min. Alexandre de Moraes, na medida cautelar deferida nas ADIs 7.042 e 7.043: “A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF).”

¹⁷ Juarez Freitas define o direito fundamental à boa administração, nos seguintes termos: “O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.” FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

¹⁸ Os autores deste artigo analisaram dispositivo similar inserto na Lei 14.133/21 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos): VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A inconstitucionalidade do art. 10 da nova Lei de Licitações: a invasão de competência dos estados e municípios*. Forum de Contratação e Gestão Pública, v. 236, p. 49-62, 2021.

¹⁹ BORGES, Alice González. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 22.

²⁰ STF, ADI 5.773/MG, Rel (a). do acórdão: Min(a). Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Dje-097 21.05.2021.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

²² JJ. GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 230.

²³ De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, 232, abr./jun. 2003, p. 164.

²⁴ STF: “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Procurador de Estado. 3. Vedações estatutárias para exercício de cargo público. Advocacia fora das atribuições funcionais. 3. Liberdade de conformação do poder constituinte derivado. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” STF, ARE 646.761 AgR/DF, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, DJe-231 25.11.2013.

²⁵ STF, ADI 3.980/SP, Rel(a). Min(a). Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe-282 18.12.2019.

²⁶ STF, ADI 3.792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-168 01.08.2017.

²⁷ Vale destacar que, a despeito de ter suspenso a eficácia do §20, do art. 17, o pronunciamento do Ministro Alexandre de Moraes não explicita as razões que levaram ao afastamento do dispositivo legal.

²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública*, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 22/02/2022.

²⁹ Sobre o tema, Rafael Oliveira e Daniel Neves sustentam: “Realmente, não parece razoável admitir a imputação de ato de improbidade ao agente público simplesmente pelo fato de que a sua interpretação do ordenamento jurídico, ainda que razoável e apoiada em argumentos técnico-científicos, é diversa daquela apresentada pelo membro do Ministério Público, legitimado ativo para propositura da ação de improbidade. A propositura de ações de improbidade, nessas situações, acarretaria, ao menos, uma externalidade negativa: a paralisia administrativa gerada pelo medo do agente público decidir em uma sociedade cada vez mais marcada por complexidades, riscos e incertezas.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 12.

³⁰ De acordo com precedente da 1ª Seção, as sentenças de improcedência de pedidos formulados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário, seja por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 475 do CPC/1973), seja pela aplicação analógica da Lei da Ação Popular (art. 19 da Lei n. 4.717/65) (STJ - AgInt no REsp 1612579/RR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020)

³¹ Esta Corte de Justiça, examinando o instituto da remessa necessária à luz da ação de improbidade administrativa, tem prestigiado sua interpretação restritiva, em face do caráter excepcional daquele instrumento processual. (STJ - REsp 1115586/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 22/08/2016)

³² FRANCO, Marcelo Veiga; VALE, Luís Manoel Borges do. A superação do “interesse público” como conceito jurídico de aferição abstrata e apriorística: a contribuição do “consequencialismo prático” previsto no artigo 20 da LINDB. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 93, n.2, p. 242-265 Out. 2021. Disponível em:

?<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/251451>>. Acesso em 22/02/2022.

³³ No contexto da redação inicial da Lei 8.429/92, Rafael Oliveira sustentava a revogação tácita do art. 17, § 1º, pelo art. 16 da Lei Anticorrupção e art. 36, § 4º, da Lei 13.140/2015. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A consensualidade no Direito Público Sancionador e os acordos nas ações de improbidade administrativa. *Revista Forense*, v. 427, p. 197-218, 2018.

Como citar este texto:

VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os impactos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa na advocacia pública. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 15 mar. 2022. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.