Nº 31 – julho/agosto/setembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A LEI DE IMPROBIDADE, O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ADVOCACIA PÚBLICA (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA "DEFESA PÚBLICA" NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE)

Egon Bockmann Moreira
Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR.
Pós-Graduado em Regulação Pública pela
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Advogado e Consultor em Curitiba.

I. **Introdução**

1. Desde a promulgação da Lei 8.429/1992 (doravante Lei de Improbidade Administrativa), o Ministério Público vem ajuizando demandas visando a obter provimentos jurisdicionais que resultem na condenação de agentes públicos envolvidos em desvios no exercício da função (e respectiva responsabilização pelos danos causados ao Erário, bem como outras sanções).

Como não poderia deixar de ser, especialmente em vista o impacto político que processos dessa ordem despertam, tais ações têm sido objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, em seus mais diversos ângulos: a natureza jurídica das sanções contidas na Lei de Improbidade (se de ordem penal, civil ou administrativa); o juízo competente para delas conhecer; o eventual "excesso" de processos e a respectiva "jurisdicionalização" da atividade administrativa do Estado etc.

2. O presente ensaio visa a instalar a discussão acerca de um tema pouco debatido: a natureza da atuação da Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União e Procuradorias Estaduais, Municipais e Distrital) nas ações de improbidade propostas pelo Ministério Público.

O que se pretende é conferir maior nitidez à previsão do § 3º do art. 7º da Lei de Improbidade, que determina à Administração (através da Advocacia Pública) uma escolha oriunda de três alternativas: se integra o pólo ativo, ao lado do autor; se integra o pólo passivo e defende a tese do réu; ou se se abstém e apenas acompanha a ação de improbidade.

Inicialmente, o texto versará com brevidade sobre as previsões constitucionais acerca do Ministério Público e da Advocacia Pública. A seguir, tratará da natureza da previsão contida no § 3º do art. 7º da Lei de Improbidade (e uma rápida leitura da Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001) para, ao final, pretender-se a seguinte conclusão: trata-se de uma competência discricionária, que exige o

exercício da opção ótima (e fundamentada) para a tutela do interesse público colocado sob a guarda da Administração Pública (através da Advocacia Pública).

II. **A Constituição de 1988, o Ministério Público e a Advocacia Pública**

3. Depois de passados 15 anos, tornou-se pacífico que a Constituição de 1988 trouxe significativo avanço democrático nas instituições públicas brasileiras, ao ampliar sobremaneira as garantias individuais e positivar juridicamente a concepção política de um Estado Democrático de Direito. Talvez seja essa a principal característica da Carta, como se constata logo em seu artigo 1º, que define os seus fundamentos máximos, dentre eles os princípios da República, do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a Constituição de 1988 não se limitou a definir os direitos da pessoa humana, mas foi adiante e enunciou algumas de suas garantias. Ou seja, positivou e conferiu magnitude constitucional aos instrumentos disponíveis à população, visando à certeza da proteção a seus direitos. Assim, e por exemplo, tal se deu na previsão do direito do consumidor (art., 5º, inc. XXXII); direito à informação (art. 5º, inc. XXXIII); direito de petição (art. 5º, inc. XXXIV); *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (art. 5º, incs. LXVIII a LXXIII); devido processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5º, incs. LIV e LV).

Porém, e ainda no campo das garantias aos direitos constitucionalmente assegurados, talvez uma das mais significativas inovações do Texto Maior tenha sido a atribuição de dignidade constitucional às prerrogativas do Ministério Público (CF, art. 127 a 130). Com isso deu-se a institucionalização pública de muitas das garantias aos direitos consagrados na Carta de 1988.

4. Ao contrário da EC n.º 1/69, que situava o Ministério Público na Seção VII do Capítulo do "Poder Executivo" (curiosamente, entre as Seções VI – "Das Forças Armadas" e VIII – "Dos Funcionários Públicos") e meramente definia que cumpria à lei organizá-lo (arts. 94 e 96[1]), a Constituição de 1988 arrola o *Parquet* na condição de uma das "funções essenciais à Justiça", definindo-o como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*).

Nítida é a evolução. Da pretérita concepção formal de mero apêndice do Poder Executivo ao atual reconhecimento como instituição responsável pelos valores maiores da sociedade brasileira, o Ministério Público teve suas funções constitucionais enobrecidas. Não seria demais afirmar que, em verdade, o legislador constituinte positivou realidade fática preexistente, consignando no Texto Maior atributos que desde sempre caracterizaram a instituição.

5. Dentre os encargos expressamente previstos na Constituição de 1988, está aquele que atribui ao Ministério Público a incumbência de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, inc. II). Isso significa que lhe cumpre o dever de, quer *ex officio,* quer mediante provocação dos interessados, promover a tutela de alguns dos

[1] O que levou Pontes de Miranda a qualificá-lo como "um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo" - isto é, pertence ao Executivo, mas numa localização diversa da habitual (*Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, t. III. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 407). No mais, os comentários restringiam-se a uma descrição da estrutura organizacional – como também se vê em José Celso de Mello Filho, *Constituição federal anotada*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 221 ss.

interesses mais caros ao Estado brasileiro: o eficaz e honesto cumprimento a todos os direitos positivados na Carta Magna por parte de todos os Poderes da República.

Assim, pode-se afirmar que o Ministério Público é instituição essencial à proteção dos direitos e garantias conquistadas pela Constituição de 1988 (públicos e privados indisponíveis), mediante o exercício dos poderes (*rectius*, deveres) que lhe são atribuídos em sede constitucional e legal. De acordo com a definição da própria Carta, é uma das peças-chave para a manutenção e bom êxito das previsões constitucionais de nosso Estado Democrático de Direito.

6. Em contrapartida a esse incremento formal das atribuições do Ministério Público, mas também visando a conferir maior racionalidade ao desempenho de suas atribuições frente ao Poder Judiciário, a Constituição de 1988 disciplinou a Advocacia Pública e criou a Advocacia-Geral da União (a seguir AGU). À semelhança da divisão orgânico-estrutural que havia nos Estados, que contavam com o Ministério Público e a Procuradoria-Geral, o texto constitucional positivou uma divisão racional das esferas de atuação pública frente ao Judiciário.

6.1. O art. 131 da Constituição de 1988 atribuiu à AGU a representação judicial e extrajudicial da União, estruturando-a num órgão governamental específico. Nos comentários de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "A idéia é correta, pois confiar ao mesmo órgão as funções de *custus legis* (Ministério Público) e de advocacia do Estado importa em manifestos inconvenientes."[2] Além disso, o *caput* do art. 131 igualmente outorga à AGU "as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo".

6.2. Desta forma, o texto constitucional faz uma clara divisão entre as atividades a ser desenvolvidas pela AGU e os sujeitos que delas são beneficiários: a União, relativamente à *representação* judicial e extrajudicial; o Poder Executivo, relativamente à *consultoria* e *assessoramento*. Nada mais lógico do que essa divisão, que alberga sérias conseqüências e limites de ordem constitucional quanto ao exercício da competência da AGU.

Por mais incerto que possa ser o conceito de "Poder Executivo" ao nível da Teoria Constitucional,[3] nítida é a leitura que emerge do *caput* do art. 131: o termo União é utilizado na condição de "uma das entidades político-federativas que compõem a República" e (ou) "pessoa jurídica de Direito Público"; enquanto que a expressão Poder Executivo reporta-se ao órgão e (ou) ao seu ocupante (excluindo-se o Poder Legislativo e o Judiciário). A fragmentação da norma, unida à leitura harmônica dos arts. 2º e 76 do Texto Maior, revela a *mens legis*: uma patente divisão da competência material relativamente aos sujeitos aos quais a AGU se vincula. O tema será retomado mais adiante.

7. Porém, e à toda evidência, essa divisão operada no texto constitucional não implica uma polarização entre o Ministério Público e a Advocacia Pública. Ao contrário: foi realizada uma descentralização técnica das atividades judiciais da União, com vistas a conferir maior uniformidade e eficiência ao atendimento do interesse público previsto na Constituição (e nas leis ordinárias).

---

[2] *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. vol. 3. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 131. No mesmo sentido, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 589.

[3] Na doutrina brasileira, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 27 ss., Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 54 ss., e José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 542 ss. Ampliar em J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra : Almedina, 2002, p. 634 ss., e Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1. 2ª ed. Buenos Aires : Macchi, 1994, p. VII-1 ss.

Ora, o conceito de descentralização implica uma compreensão harmônica das unidades descentralizadas. Significa uma "medida hábil para promover o descongestionamento de poderes", na pena de Celso Antônio Bandeira de Mello.[4] Logo, não pode albergar um "congestionamento institucional" nem tampouco uma "oposição oficial". Mesmo porque a idéia de um conflito apriorístico é a antítese das regras básicas de hermenêutica constitucional. Por outro lado, e a não ser em hipóteses de previsão normativa expressa, não existe uma hierarquização entre as unidades entre si, nem tampouco uma subordinação entre o órgão central e os entes descentralizados. A confirmar a tese na hipótese em exame, e conforme acima descrito, a Carta conferiu ao Ministério Público uma magnitude constitucional dantes inexistente. E criou a AGU na condição de "instituição" que "representa a União" (art. 131).

8. Mas o que não se pode perder de vista é a imperiosidade da uniformização de objetivos: quer mediata, quer imediatamente, Advocacia Pública e Ministério Público têm por função a defesa uniforme e harmônica do interesse público primário posto à sua guarda. Ou numa outra leitura: o fato de a Constituição ter seccionado o antigo Ministério Público federal em dois órgãos autônomos não poderia gerar a obtusa conclusão de que o Ministério Público e a AGU estariam fadados a ocupar pólos adversos (tanto extrajudicialmente como nas relações processuais postas frente ao Poder Judiciário).

Ou seja, o dever-poder (Celso Antônio Bandeira de Mello) outorgado ao *Parquet* para a defesa da democracia e do ordenamento jurídico e aquele conferido à AGU para a defesa judicial e extrajudicial da União devem ser interpretados segundo os mesmos parâmetros hermenêuticos que resultam dessas características constitucionais do Estado brasileiro. Em termos mais claros: a Constituição não abstrai de um Estado Democrático de Direito, ao atribuir competência ao Ministério Público e à AGU para a sua defesa. Trata-se de duas faces de uma mesma moeda. O regime constitucional não estabelece garantias incompatíveis entre si (ou auto-excludentes), nem tampouco órgãos e instituições porventura adversos a elas, pois todas coabitam um mesmo sistema jurídico e devem ser aplicadas simultaneamente.

Essa compreensão vem amparada na idéia de que o ordenamento jurídico – especialmente o constitucional – deve ser encarado globalmente. Na lição de Charles Hughes, citada e encampada por Carlos Maximiliano: "*A Constituição não destrói a si própria*. Em outros têrmos, o poder que ela confere com a mão direita, não retira, em seguida, com a esquerda."[5] A hermenêutica constitucional não permite que se estabeleça como ponto de partida uma leitura fragmentária e contraditória. Mais do que isso, a Constituição exige um esforço integrador do intérprete, de modo a conferir à leitura de seu texto a harmonia que lhe é ínsita.

Lendo-se a máxima segundo o analisado no presente ensaio: o dever de preservação do Estado Democrático que a Constituição conferiu ao Ministério Público através do art. 129 não pode ter como antítese as atribuições da AGU dispostas no art. 131. Reitere-se o óbvio: a leitura do Texto Maior não admite a polarização/oposição dos órgãos e instituições.

9. Essa constatação tem conseqüências relevantes no que diz respeito à participação da Advocacia Pública nas ações de improbidade administrativa. O que passa pelo exame da natureza jurídica dos deveres (materiais e processuais) atribuídos a ambas as instituições.

---

[4] *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo : RT, 1967, p. 26.

[5] *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1954, p. 134.

Isso por que a Advocacia Pública jamais poderia ser compreendida institucionalmente como um "obstáculo" ou uma "represa", a quem teria sido atribuído o dever de conter o Ministério Público, nem seria um instrumento de oposição oficial aos pedidos do *Parquet*. Essa não é a sua natureza jurídica, mesmo porque essa compreensão albergaria uma precognição paradoxal de que o Ministério Público "agiria contra" os interesses dos órgãos e entidades públicas e, em decorrência, caberia à Advocacia Pública "sempre os defender". Trata-se de uma leitura equivocada do Texto Maior: ao positivar a descentralização e autonomia de ambos os órgãos, a Constituição não pretendeu gerar um conflito ou institucionalizar um centro de ponderações de interesses adversos.

10. Ao final deste item é importante destacar o que seria um agravamento dessa compreensão contraditória: a Advocacia Pública quiçá compreendida como um singelo órgão de defesa dos membros do Poder Executivo. A ela compete o exercício de *função pública*, que num Estado Democrático de Direito é "a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica."[6] Mas é importante frisar que se trata da tutela de interesses primários do Estado, os interesses da coletividade (e não da máquina administrativa ou dos governantes de plantão) – característica que os torna indisponíveis aos agentes públicos.[7]

São planos diversos: um é aquele da defesa da esfera *pessoal* do agente público (sua responsabilidade civil, administrativa ou penal), outro o da defesa *institucional* do órgão ou entidade ao qual ele está vinculado.[8] Claro que não há dúvidas de que pode sobrevir uma coincidência entre o plano do interesse público primário e o da conduta do agente público. Aliás, a perspectiva ideal seria a de que isso sempre ocorresse. Mas a própria existência de um ordenamento jurídico em que se positivou a Lei de Improbidade Administrativa demonstra à larga que essa não é uma regra absoluta.

Compreensão que é reforçada pela leitura do texto constitucional, que consigna a dissociação entre as atividades de representação e consultoria e assessoramento. O que tem conseqüências quanto à constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001. Tema que será enfrentado ao final deste ensaio.

11. Ora, um Estado Democrático de Direito é aquele em que as autoridades públicas cumprem as normas constitucionais e legais, sempre com a possibilidade de controle por parte de órgão imparcial e independente. Mais ainda, tais normas devem ter por essência a proteção aos direitos humanos e sociais. Já se foi o tempo em que a mera positivação de diplomas jurídicos bastava à configuração

---

[6] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 27.

[7] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 63/67.

[8] Peculiaridades que se desdobram no plano da relação jurídico-processual. Isso porque, especialmente em face dos princípios ampla defesa e da eventualidade, que permitem ao réu "... estruturar a defesa segundo as estratégias de sua escolha. É lícito cumular logo na contestação todas as defesas que tiver, ainda que relativamente contraditórias entre si." (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. II. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 327). Assim, o agente público deduz em sua defesa pessoal um número muito maior de defesas que a entidade à qual pertence. Por exemplo, numa ação de improbidade por ilegal dispensa de licitação poderia alegar: *a)* que não é parte legítima, pois havia delegado a competência a terceiro, que praticou o ato; e *b)* deduzir que a dispensa de licitação foi perfeita mas, ainda que assim não fosse, *c)* o contrato foi executado à perfeição e seria devido o pagamento ao contratado mas, ainda que assim não fosse, *d)* teria sido induzido em erro pelo contratante e, caso essa defesa não fosse acolhida, *e)* a sua responsabilidade seria subsidiária e não solidária e, ao final, que, caso fosse condenado, *f)* o pagamento fosse com juros e correção monetária a partir do trânsito em julgado da sentença. Tamanha gama de defesas nem sequer seria cabível de cogitação por parte da Advocacia Pública.

de um Estado Democrático de Direito. Não mais se trata de pura questão de forma, mas também de substância.

11.1. Logo, tanto a compreensão do exercício da ação de improbidade por parte do Ministério Público como a defesa por parte da Advocacia Pública devem ser compreendidos *em termos*, pois uma das grandes preocupações num Estado Democrático de Direito diz respeito justamente ao exercício do poder público outorgado às autoridades. Trata-se de um "poder normatizado" ou, na brilhante síntese de Manuel Aragón Reyes, o "soberano juridificado", que traduz a idéia de que os titulares de competência pública são submetidos ao direito posto.[9] Não há título competencial alheio a previsões normativas (ou que as extrapole ou menospreze). O fundamento do exercício do poder público e atingimento do interesse coletivo está na Constituição e nas leis – pouco importa a autoridade que o detém.

11.2. Por outro lado, nem sequer se cogite da possibilidade de o agente público fixar, espontaneamente e ao seu bom alvitre, sem qualquer fundamentação, o que entende por "interesse público", desvinculado de previsões normativas (constitucionais e legais). Não se trata de conceito pessoal, íntimo à autoridade pública. O prestígio a essa concepção configuraria desvirtuamento do Estado de Direito, ingressando naquilo que Gomes Canotilho denomina de "Estado de não direito": "aquele que identifica o direito com a 'razão do Estado', com o 'bem do povo', com a 'utilidade política', autoritária ou totalitariamente imposto. (...) Facilmente se intuem as conseqüências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética 'utilidade social' ou com uma abstracta razão do Estado."[10]

12. Postas essas premissas, o item seguinte abordará um dos momentos processuais em que se dá o exercício das garantias constitucionais por parte do Ministério Público e da Advocacia Pública: a ação de improbidade administrativa.

III. **As ações de improbidade propostas pelo Ministério Público e a Advocacia Pública**

13. O presente texto pretende enfrentar um aspecto pouco explorado no que diz respeito à posição processual da Advocacia Pública (AGU, Procuradorias estaduais e municipais) em decorrência da modificação procedida no § 3º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

14. Como se sabe, a Lei de Improbidade originalmente estabelecia um dever vinculado à Administração Pública (direta e indireta) cujo agente houvesse praticado o ato objeto da ação proposta pelo Ministério Público. O § 3º do art. 17 original dispunha que "No caso de a ação popular ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha."

Não havia alternativas para a Advocacia Pública. Sua atuação processual era limitada em lei, restringindo-se-a a um papel processual secundário, ancilar ao deduzido na peça inaugural. Ou seja, o texto original da Lei de Improbidade apenas determinava o dever de obediência aos termos da petição inicial proposta pelo Ministério Público – cabendo à Advocacia Pública atuar supletivamente, no sentido único de sanar as eventuais falhas e omissões, e

---

[9] "Estado y Democracia", in *El Derecho Público de Finales de Siglo*, dirs. García de Enterría e Clavero Arevalo. Madrid : Civitas, 1997, p. 34.

[10] *Estado de Direito*, Cadernos democráticos n.º 7. Lisboa : Gradiva, 1999, p. 12

colaborar na instrução processual. Era uma atuação subsidiária à do Ministério Público, o que consubstanciaria um confuso retorno à EC nº 1/69.

A rigor, talvez essa não tenha sido a redação mais adequada. Não parece possível, à luz do Texto Constitucional, subtrair no plano legislativo a autonomia (e a dignidade constitucional) da Advocacia Pública em vista do ajuizamento de uma ação pelo Ministério Público. Caso a Advocacia Pública porventura discordasse da petição inicial (o que não se descarta), a sua manifestação exigiria um prévio controle difuso de constitucionalidade da Lei de Improbidade (o que poderia delongar ainda mais o processo, com prejuízo para todas as partes envolvidas). Assim, a redação atual do § 3º aprimorou a compreensão constitucional do relacionamento entre os órgãos de defesa do Estado.[11]

15. Com a promulgação da Lei 9.366/1996, inseriu-se no § 3º do art. 17 da Lei de Improbidade o texto, "no que couber", do § 3º do art. 6º da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965).

Caso a ação de improbidade tenha sido proposta pelo Ministério Público, restarão três opções à pessoa estatal (de direito público ou privado) envolvida: "poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente." Por óbvio, existe a possibilidade de contestar o pedido inicial (o que advém da leitura do *caput* do art. 6º c/c art. 7º, inc. I, al. '*a*', e incs. IV e V). Logo, a Lei da Ação Popular apenas inseriu novas hipóteses de manifestação processual por parte da Advocacia Pública e esclareceu o alargamento da integração processual.

Assim, também na ação de improbidade administrativa o órgão ou entidade no seio do qual foi praticada a conduta imputada de ímproba pela petição inicial, "a juízo do respectivo representante legal ou dirigente", poderá inserir-se no processo na condição de litisconsorte ativo ou passivo (além da abstenção). Na Administração direta, isso dar-se-á através da Advocacia Pública.

III.1. **O § 3º do art. 6º da Lei da Ação Popular e a natureza da decisão de integrar o pólo ativo, contestar ou abster-se "a juízo do respectivo representante legal ou dirigente"**

16. Depois da inserção do novo texto na Lei de Improbidade, a doutrina passou a interpretar a posição processual da Advocacia Pública de forma idêntica à da Ação Popular. Ou seja, mesmo no caso de ações propostas pelo Ministério Público, seria possível o exercício das três opções originalmente conferidas para a interação com o autor popular: integrar o pólo ativo; contestar o feito ou abster-se.[12] Mas o tema não foi avante.

Contudo, não parece possível uma compreensão estrita dessa ordem. A interpretação que deve se outorgar à ação popular (e ao "autor popular") não é exatamente a mesma daquela que merece a ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público. Bem verdade que em ambos os casos a legitimidade decorre diretamente do texto constitucional (art. 5º, inc. LXIII, e art. 129, inc. III), não

---

[11] Em sentido contrário, Wallace Paiva Martins Júnior, para quem "A inovação foi para pior" (*Probidade administrativa*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 313).

[12] Por todos, Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 240.

podendo o texto legal ou a sua interpretação limitá-la.[13] Mas a presente proposta de discussão envolve o móvel para o exercício da ação e a razão do seu ajuizamento como motivos que devem ser levados em conta quando do exercício da opção discricionária outorgada à Advocacia Pública. São diferentes os pontos de partida.

17. Primeiramente, merece destaque o fato de que as ações são inconfundíveis. Se fossem as mesmas, as leis posteriores ou seriam supérfluas ou teriam derrogado as anteriores. A premissa ora firmada é idêntica àquela agudamente apontada por Cassio Scarpinella Bueno: a ação de improbidade é só e tão-somente aquela prevista na Lei de Improbidade, art. 17, *caput*. "Nenhuma outra é 'ação de improbidade administrativa', por mais próximos que possam parecer seu objetivo e sua finalidade. Ação popular não é ação de improbidade administrativa; ação civil pública não é ação de improbidade administrativa, embora ambas possam se classificadas, junto com a ação de improbidade administrativa, em conjunto, como 'ações coletivas' ou, ainda mais amplamente, como ações que buscam tutelar direitos transindividuais."[14]

Em decorrência, as ações não podem receber a mesma hermenêutica nem tampouco podem ser compreendidas em bloco. Quando muito, em termos de teoria geral –jamais em suas regras concretas. Ao se interpretar o dispositivo oriundo da Lei da Ação Popular inserido na Lei de Improbidade Administração não se pode pretender conferir à ação de improbidade a compreensão oriunda da ação popular. A inserção de uma regra referente à ação popular não pode levar consigo toda a carga hermenêutica lá lapidada. Ao contrário, esse dispositivo submeter-se-á à cognição específica que advém da *ratio* da ação de improbidade. Distinção que se acentua ainda mais quando a medida é ajuizada pelo Ministério Público.

18. Ora, a ação popular constitui, na dicção de Fábio Konder Comparato, uma "prerrogativa de participação do cidadão no controle do Poder Público."[15] Trata-se de uma faculdade concedida aos cidadãos para que, na justa medida da sua disposição pessoal, instalem o controle jurisdicional da defesa do patrimônio e moralidade públicos.

Qualquer cidadão, em favor do Estado e da *res publica*, pode ajuizar a ação popular. É um direito subjetivo público abstrato, oriundo do exercício de um direito político. Não se trata de um dever, nem tampouco advém do exercício de função pública.

Por isso que, ao mesmo tempo em que se garante à Advocacia Pública a possibilidade de optar pela posição processual que deseja ocupar, assegura-se que o Ministério Público não poderá integrar a defesa dos réus. Na medida em que a demanda é ajuizada pelo cidadão (o "autor popular"), o § 4º do art. 6º da Lei da Ação Popular prevê que o Ministério Público "acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade civil ou criminal, dos que nela incidiram, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, a defesa do ato impugnado ou dos seus autores". A única hipótese de assunção do pólo ativo é aquela resultante da desistência do autor popular (art. 9º).

---

[13] Nesse sentido, quanto à ação popular: José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 464 ss.; quanto à ação de improbidade: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de processo civil comentado*. 5ª ed. São Paulo : RT, 2001, p. 2169.

[14] "O foro especial e a Lei 10.628/02", in Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), *Improbidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 450.

[15] "A nova cidadania", in *Direito público*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 18.

As conseqüências na hipótese de abuso do exercício da ação estão previstas no art. 13 da Lei de Ação Popular: a lide "manifestamente temerária" resulta na condenação do autor popular ao pagamento do décuplo das custas.

19. Ocorre que essa opção conferida à Advocacia Pública jamais poderia ser compreendida como um ato arbitrário. A decisão a ser concretizada não se funda na vontade do agente, mas no exercício do dever legal oriundo da norma que lhe atribui a competência. Não existe competências íntimas aos agentes ou imunes à lei num Estado Democrático de Direito. Ao positivar as competências, o princípio da legalidade fixa os deveres e limita o exercício da conduta dos agentes públicos – como se infere da clássica lição de Caio Tácito:

> "Assim, a competência não adere à pessoa do agente, visto que se refere ao conteúdo da função pública. Por outro lado, ao passo que no direito privado a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção, no direito público a competência deve, necessariamente, decorrer de dispositivo expresso atributivo do poder de ação em nome do Estado. A competência é, ainda, uma obrigação funcional, isto é, o agente não dispõe da faculdade de deixar de exercer as suas atribuições, uma vez verificadas as condições legais para a realização, sem prejuízo da latitude de opção que lhe conceda o poder discricionário."[16]

Logo, não há atuação administrativa legítima para aquém ou além das previsões da lei e do Direito (Lei 9.784/1999, art. 2º, par. ún., inc. I). Por isso que, ao decidir qual das opções outorgadas pelo § 3º do art. 6º será exercitada, o agente público deverá fazê-lo em cumprimento aos deveres postos em lei, sempre com a devida motivação (Lei 9.784/1999, art. 50).

20. A rigor, a outorga de alternativas à Administração para a integração da relação processual significa a atribuição de uma competência discricionária, a fim de que, em vista das peculiaridades específicas do caso concreto e mediante motivação prévia, seja implementada a decisão que melhor atenda ao interesse público posto em jogo. O representante legal ou dirigente do órgão ou entidade deve, "perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal" eleger "uma solução unívoca para a situação vertente."[17]

E o exercício dessa competência discricionária não pode dispensar a motivação do ato, a sua fundamentação fática e jurídica. Ora, uma vez autorizada a integração num dos pólos da relação processual (ou a abstenção), isso implicará a geração de efeitos jurídico-processuais relevantes (desde a duplicação dos prazos – CPC, art. 191, até a participação na atividade probante e o convencimento do Juízo no proferimento da decisão final). Logo, o ato decisório exige plena, adequada e tempestiva fundamentação.

21. No caso da ação popular, o exercício da competência discricionária não envolve questões de grande complexidade, especialmente devido ao limite pré-configurado em lei. A Administração estará diante de apenas três alternativas específicas: pólo ativo, pólo passivo ou abstenção. Para escolher uma delas, terá de fundamentar a decisão com as razões pelas quais a implementa, unidas aos motivos pelos quais são rejeitadas as outras duas opções – indicando como e por quê a conduta atenderá ao interesse público posto em jogo.

---

[16] *Direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1975, p. 58.

[17] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 48.

Como bem firmou Celso Antônio Bandeira de Mello, o "plexo de poderes depositado em mãos da Administração, ante seu caráter serviente, instrumental, não é para ser manejado em *quaisquer circunstâncias*, para *quaisquer fins* ou por *quaisquer formas*. Pelo contrário, é previsto como utilizável perante certas circunstâncias, para alcançar determinados fins e através de especificadas formas."[18]

Remetendo a lição ao exame da Lei da Ação Popular, tem-se que o exercício da competência decisória foi atribuído para ser exercitado circunstancialmente quando da definição da tese processual a ser defendida pela Advocacia Pública, a fim de alcançar a finalidade que melhor prestigie o interesse público definido no caso concreto, mediante a prolação de um ato formal. É um dever cogente, imputado por lei ao "representante ou dirigente", pois, como leciona José Carlos Vieira de Andrade: "O dever formal de fundamentação dos actos administrativos pode e deve, portanto, ser concebido como um dever posto pela lei a cargo do órgão directamente responsável pela constituição dos respectivos efeitos jurídicos, ainda que este se limite a aderir ao processo especulativo desenvolvido por outros órgãos ou entidades, e mesmo quando não lhe caiba mais do que a verificação da existência concreta das condições determinantes da produção desses efeitos."[19]

Ou seja, a leitura do § 3º do art. 6º da Lei da Ação Popular torna clara a positivação de um dever de emanação de um ato específico, formal e prévio (no máximo, contemporâneo), que exteriorize os motivos de fato e as razões de direito que deram margem à escolha da Administração. O que deverá ser concretizado de forma pública pela autoridade competente.

22. Nem se diga que a própria petição traria consigo a compreensão exauriente quanto à fundamentação – dispensando prévio ato decisório motivado. Ou que a peça processual poderia implicar alguma espécie de preclusão administrativa (consumativa ou lógica). A tese não se sustenta, em especial por que a petição elaborada e protocolada pela Advocacia Pública em processos não tem a natureza jurídica de um ato administrativo.

22.1. Por um lado, não se trata de uma declaração do Estado proferida em nível infralegal, visando a produzir efeitos jurídicos e sujeita a controle jurisdicional.[20] A petição (seja ela contestação, informações, pedido de assistência etc.) não pode ser compreendida juridicamente na condição de ato administrativo motivado.

22.2. Por outro, e a não ser que se implemente a hipótese implausível de que o dirigente disponha de capacidade postulatória e integre o quadro ativo da Advocacia Pública, o signatário da petição não dispõe de competência para proferir a decisão. Nem seria possível a delegação desse título, todo próprio da autoridade definida em lei (Lei 9.784/1999, art. 11 c/c Lei da Ação Popular, art. 6º, § 3º) ou tampouco a "convalidação" do "ato-petição", vez que de ato não se trata..

22.3. Por fim, caso o "representante legal ou dirigente" da pessoa que ocupe o pólo passivo da ação de improbidade (ou mesmo no da ação popular) esteja envolvido no fato a ser apurado em juízo incidirá a regra dos arts. 18 a 20 da Lei

---

[18] *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 85.

[19] *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra : Almedina, 1991, p. 38.

[20] Noção que se aproxima do conceito de ato administrativo proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 352). A rigor, reputamos que a petição antes se assemelha a um "ato material" ou "fato administrativo": não se trata de um ato jurídico, mas do exercício concreto de uma atividade material derivada de uma competência administrativa específica, com efeitos jurídicos circunscritos à relação jurídico-processual posta em Juízo. Caso os efeitos porventura extrapolem essa relação, dar-se-á um vício, um desvio cuja natureza jurídica pode ser apurada em face do caso concreto.

9.784/1999 e dar-se-á o impedimento ou a suspeição da autoridade. Tanto o interesse direto como o indireto, como a participação de parentes, cônjuges ou amigos etc. faz incidir a proibição de decidir a respeito.

Note-se que as previsões da Lei 9.784/1999 não são exaustivas – nem no que é pertinente à enumeração de hipóteses nem quanto à esfera política em que incidem (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Na medida em que o tema do impedimento e da suspeição envolve a positivação do mandamento constitucional da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), merece interpretação ampliativa e aplicação subsidiária do CPP e do CPC, de molde a conferir a máxima eficácia possível à garantia constitucional.[21]

23. Em suma, o provimento administrativo que decide acerca da integração processual da entidade no seio da qual foi praticado a conduta objeto de controle na ação popular tem a natureza de ato administrativo discricionário, de fundamentação obrigatória, e sujeito ele mesmo a controle jurisdicional.

Note-se que, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei 9.784/1999, a motivação há de ser explícita, clara e congruente. Explícita é a motivação enunciada de modo formal, sem reservas, e de pleno acesso aos interessados. Clara, no sentido de ser plenamente compreensível, sem ambigüidades, e não albergar dúvidas ou incertezas quando de sua leitura. Congruente, pois deve observar uma relação harmônica, lógica e razoável entre os fatos que deram origem ao ato e seu fundamento jurídico. Na lição de Jèze, os motivos devem ser expostos "de maneira clara e precisa, e não mediante fórmulas de estilo, 'fórmulas-gazuas' ou frases sem significação exata".[22]

Isso significa que, na hipótese de não existir ato formal algum, ou apenas uma ordem verbal cuja motivação não será jamais sindicável, é possível questionar-se a validade da decisão (e suas conseqüências, inclusive em foro judicial). Lembre-se que já na década de 60, o STF proferiu célebre julgamento envolvendo ausência de motivação. Nele, o Min. Luiz Gallotti decretou que "O Tribunal já tem o seu critério, assentado e pacífico, sobre decisões não motivadas. Decisões não motivadas anulam-se. Nunca vi, neste Tribunal, prevalecer outro critério, que não este." Já o relator, Min. Victor Nunes Leal, consignou que "A motivação é o que nos permite distinguir entre o arbítrio e o julgamento. A lei não concedeu arbítrio; deu competência para julgar. Quem julga deve motivar suas decisões".[23]

24. Apesar dessas peculiaridades da ação popular, limitadoras da opção conferida à Administração para a escolha do pólo a ser ocupado pela Advocacia Pública, a questão avulta de relevância na ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público – a exigir um exame mais apurado dos interesses postos em jogo e uma gama de escolhas ainda mais restrita para o agente público.

III.2. **O § 3º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa e a natureza da decisão de integrar o pólo ativo, contestar ou abster-se "a juízo do respectivo representante legal ou dirigente"**

---

[21] Cf. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 106 ss., e Egon Bockmann Moreira, *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 56 e 314 ss.

[22] *Principios generales del derecho administrativo*, vol. III. Trad. de J. N. San Millán Almagro. Buenos Aires : Depalma, 1949, p. 235.

[23] *RDA* 80/128-149 (RMS 11.792 - o caso envolvia revisão de provas em concurso público e o v. acórdão reporta-se a pareceres de Seabra Fagundes, Francisco Campos, Pontes de Miranda e Aliomar Baleeiro).

25. A ação de improbidade proposta pelo Ministério Público envolve o exercício de *munus publico* – do dever obrigatório de bem gerir e defender ativamente a coisa pública. É uma das formas da *função administrativa*: o dever do exercício de determinado poder outorgado pelo ordenamento jurídico para a tutela de interesses detidos por terceiros. No caso da ação de improbidade, o Ministério Público a ajuíza no cumprimento ao dever constitucional de zelar pelo respeito aos Poderes Públicos e à moralidade administrativa, visando a satisfazer uma finalidade de interesse público, na defesa da *res publica*. Não se trata de uma faculdade, mas do exercício de um dever público. Nessa justa medida é exercitado o dever-poder posto por lei ao cumprimento do Ministério Público.

Aliás, a leitura do art. 81 do CPC confirma a tese: o Ministério Público "*exercerá* o direito de ação nos casos previstos em lei". Assim – e na dicção de Sérgio Ferraz –, apesar de o Ministério Público não estar submetido ao "requisito da pertinência subjetiva" para a propositura da ação de improbidade (a não ser quanto à competência ao nível da respectiva unidade federada), em contrapartida "ressalvada a hipótese de descabimento em tese da ação, não tem o Ministério Público disponibilidade para propor ou não a ação."[24]

Veja-se bem: não se está a defender a aplicação daquilo que Frederico Marques qualificou de "dogma da ação penal obrigatória"[25], a impingir o ajuizamento irrestrito de demandas por improbidade administrativa. Não se trata de uma paradoxal "competência arbitrária" ou uma "competência às cegas", impositiva do ajuizamento impensado de ações de improbidade. É perfeitamente viável o não-ajuizamento, igualmente nas hipóteses em que o Ministério Público é provocado, desde que motivado. Mesmo porque um ajuizamento temerário, infundado ou abusivo pode implicar a responsabilização do agente e a indenização dos danos porventura causados.

Porém, e nesse mesmo sentido, tem-se que o ajuizamento de uma ação de improbidade pelo Ministério Público também se submete a essa avaliação prévia acerca da viabilidade e plausibilidade da tese. Avaliação ainda mais rigorosa do que aquela exigível da ação popular – em vista do exercício da função pública. Não se trata do exercício de um direito subjetivo público abstrato, mas da busca ao cumprimento aos deveres definidos na Constituição Federal. O que igualmente gera conseqüências no que diz respeito à integração da lide pela Administração Pública.

26. No caso da ação de improbidade proposta pelo Ministério Público, a integração processual por parte da entidade ré deve ser especialmente matizada pelo interesse público posto em jogo. Nessa espécie de ações, a locução "a juízo do representante" encerra a outorga de uma competência discricionária com estreitíssimos limites, com uma pequena senão inexistente "zona cinzenta", de eventual alternativa abstrata de escolha.

Caso contrário, recair-se-á na concepção equivocada de que a Advocacia Pública e o Ministério Público devem sempre ocupar pólos adversos nas

---

[24] "Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa", in Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), *Improbidade administrativa*, cit., p. 414. No mesmo sentido, a compreensão de Antonio A. Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior quanto à ação civil pública: "Na verdade, o legislador, ao conceder a legitimidade da propositura de ação pelo Ministério Público no processo civil, transmuda o interesse primário a respeito da relação jurídica de direito material a ser discutida em juízo, interesse esse que pode ser, inclusive, meramente patrimonial, portanto privado, em *interesse público*. Daí o efeito que nós podemos tirar é um só: sendo indisponível o interesse público, o Ministério Público é obrigado a propor a ação civil para o qual está legitimado por disposição expressa de lei." (*A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 38).

[25] *Tratado de direito processual penal*, vol. 2. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 91 ss.

demandas judiciais. Como acima demonstrado, interpretação dessa ordem implica a inserção de uma oposição contrária ao Texto Maior.

27. Indo avante, a questão avulta de relevância quando da análise dos fatos e qualificativos jurídicos descritos na inicial da ação de improbidade administrativa. À parte a discussão doutrinária quanto à configuração do ilícito culposo, tem-se como pacífica a configuração do tipo normativo nas hipóteses de conduta dolosa.[26]

Mas ocorre que a demonstração, ainda que em tese, da vontade e disposição do agente em implementar de fato a conduta punível configura uma verdadeira restrição ao "juízo do respectivo representante legal ou dirigente". Sobre não se tratar do exercício de um direito público abstrato (como o é o do autor popular), há um *plus* cognitivo no caso de uma ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público mediante a imputação de conduta dolosa ao agente qualificado de ímprobo.

Sem querer prestar qualquer reverência à tese da "verdade sabida",[27] existem hipóteses em que os fatos e o dolo do agente são de ciência pública. Há mesmo casos em que os meios de comunicação transmitem declarações dos envolvidos, confirmando a prática dos atos descritos na inicial. Isso não autoriza um pré-julgamento ou uma substituição do Judiciário pela imprensa e opinião pública, pois o devido processo legal deve ser instaurado e promovido o contraditório, assegurando-se o exercício da ampla defesa. Mas pode significar que a opção de escolha da posição processual a ser ocupada pela Administração através da Advocacia Pública deva ser ainda mais ponderada e sujeita a um controle mais acentuado.

Ou seja, há necessidade de um acréscimo de cuidados e de fundamentação para que a Administração impute à Advocacia Pública o dever de integrar o pólo passivo da demanda em situações extremas. Ante a imputação de uma conduta dolosa, com a demonstração do *animus* do agente, torna-se próximo do juridicamente impossível a opção pela defesa da tese do réu. Ao assim proceder, de duas, uma: ou bem o ato decisório da Administração (e a defesa da Advocacia Pública) demonstram à saciedade o patente erro em que incidiu o Ministério Público e os claros desvios gerados pela propositura da ação de improbidade (com as conseqüências jurídicas na esfera da responsabilidade pessoal e profissional dos agentes envolvidos), ou a Administração (e a defesa da Advocacia Pública) estarão a pretender legitimar um ato doloso. *Tertium non datur*.

Quando muito, e num exemplo extremo, a eventual incerteza quanto aos fatos poderia autorizar uma abstenção (com um ato prévio que explane o seu porquê). Mas a aplicação do princípio da precaução na tutela do interesse público importa antes a defesa da *res publica* do que a defesa dos agentes públicos.

IV. **A inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.2136-37, de 31 de agosto de 2001**

28. Apesar de não ter um vínculo imediato com o assunto versado neste ensaio, e ainda que de forma breve, é importante firmar posição quanto à Medida

---

[26] Cf. Aristides Junqueira Alvarenga, "Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro" e José Augusto Delgado, "Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa" - ambos em in Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), *Improbidade administrativa*, cit., p. 105/111 e p. 256/276, respectivamente.

[27] Acerca da impugnação à tese da "verdade sabida", v. Egon Bockmann Moreira, *Processo administrativo*, cit., p. 325/326.

Provisória nº 2.216-37, de 2001, que alterou a Lei 9.028/1995 (que dispõe sobre o exercício das atribuições da AGU, em caráter emergencial e provisório).

O art. 50 da MP 2.216-37 "autoriza" a AGU (e órgãos vinculados) à representação judicial dos "titulares e membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos (...)".

Essa autorização legislativa provisória possibilitaria tanto a adoção de medidas e o ajuizamento de demandas, como a defesa de tais agentes "quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares", sempre "no interesse público, especialmente da União" (*a contrario sensu*, excluindo os interesses pessoais dos agentes).

Isto é, houve um impreciso alargamento legislativo da competência constitucionalmente atribuída à AGU. Resta saber se é constitucional essa ampliação do título competencial outorgado pela Carta Magna e disciplinado pela Lei Complementar 73/1993. A resposta é negativa.

29. Em primeiro lugar, não se admite nenhuma controvérsia quanto à constatação do aumento das atribuições da AGU. Seria desnecessária e despropositada a existência de uma norma tão somente para descrever que a lei anterior deve ser aplicada. Lembre-se da regra hermenêutica de que o legislador não lança palavras supérfluas nos textos legais, como já advertiu Carlos Maximiliano: "As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis."[28]

Assim, a positivação da MP 2.216-37 significa uma inovação legislativa: foi inserido um plexo de deveres pertinentes à AGU que dantes não existiam. A "autorização" da MP 2.216-37 pretendeu inserir novas hipóteses de representação judicial imputadas à AGU – submetendo à sua tutela um número incerto de pessoas cuja defesa (sob qualquer ângulo) antes lhe era proibida, pois carecia de competência para tal. Isto é: antes da edição da MP 2.216-37 nem sequer seria possível cogitar da defesa, por parte da AGU, do rol de agentes públicos ali consignado.

30. Indo avante, e conforme acima descrito, o art. 131 da Constituição define o que é a AGU ("é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente").

Trata-se de típica *norma de organização*, na classificação de Luís Roberto Barroso: "uma específica categoria de regras, com uma estrutura normativa própria, destinada à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos." As normas de organização não se submetem ao conceito de "normas de conduta", pois não disciplinam o comportamento dos indivíduos a elas submetidos, mas "além de estruturarem organicamente o Estado, as regras dessa natureza disciplinam a própria criação e aplicação das normas de conduta."[29]

No caso concreto, o art. 131 disciplina o funcionamento de um órgão do Estado, estabelecendo positivamente a sua competência e os limites à atuação

---

[28] *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 250.

[29] *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 7ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 95 e 96.

dos seus agentes. Nesse ponto, é importante retomar a repartição literalmente prevista na Constituição Federal quanto à competência da AGU.

31. A leitura da primeira parte do *caput* do art. 131 é de clareza meridiana: é a AGU quem detém a exclusividade da representação da União (direta ou indiretamente, judicial e extrajudicialmente). O que traz consigo duas conseqüências: quem deve representar a União é a AGU; quem a AGU pode representar é a União. A competência desse órgão estatal quanto à representação (judicial e extrajudicial) está exaustivamente definida nesse dispositivo do texto constitucional.

Isto é, a AGU não pode exercer atividade de representação judicial e extrajudicial em relação a mais ninguém, que não a União. Onde na Constituição se lê "União" não se pode interpretar "União e outros". Esse elastério não é autorizado pelo Texto Maior. Assim, a AGU só pode representar essa específica pessoa política, tão-somente essa entidade federativa (e, indiretamente, seus órgãos descentralizados).

A constatação torna-se ainda mais óbvia ante a leitura do § 3º do art. 131, que excepciona a regra do *caput* ao dispor que "Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei". *Exceptiones sunt stritissimoe interpretationis*.

32. Seguindo na leitura do art. 131, as atividades de "consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo" podem ser desempenhadas pela AGU "nos termos da lei complementar que dispuser sobre a sua organização e funcionamento".

Reitere-se o óbvio: a Constituição seccionou as atividades materiais da AGU, limitando sua competência frente ao Poder Executivo ao exercício da atividade de consultoria e assessoramento. Tudo isso nos termos de *lei complementar*. Ou numa outra leitura: não é possível a representação judicial e extrajudicial do Poder Executivo (entidades, órgãos ou agentes que os compõem), vez que este não se confunde com a União.

Trata-se, mais uma vez, de norma de organização, que atribui competência específica (limitada, portanto) a determinado órgão público, dependente de lei complementar a ser futuramente editada (como o foi a LC 73/1993). Não terá fundamento de validade qualquer outro diploma legal que pretenda dispor sobre a organização e funcionamento da AGU, que não aquele previsto no art. 59, II, da Constituição.

33. Assim, a MP 2.216-37 é inconstitucional sob dois ângulos: por um lado, pretendeu transpor os rígidos limites fixados pela Constituição quanto ao exercício da atividade substantiva de representação judicial e extrajudicial. Visou a inserir novo rol de pessoas a serem representadas pela AGU, contrariando a previsão restrita da Carta Magna.

Por outro lado, e como reforço de argumentação, a MP 2.216-37 é inconstitucional porque a Constituição exige o veículo normativo lei complementar para a organização e funcionamento da AGU. Uma Medida Provisória não poderia inserir-se nesses domínios, pena de violação a dispositivo constitucional expresso.

V. **Conclusão**

34. Da mesma forma que o ajuizamento da ação de improbidade envolve o exercício responsável do *munus* público outorgado ao Ministério Público, a decisão acerca do pólo processual a ser ocupado pela Administração, através da petição a ser elaborada pela Advocacia Pública, é a exteriorização de função pública. Isto é, nem o Ministério Público nem a Advocacia Pública podem banalizar sem

conseqüências o exercício de suas funções. Mais do que isso: a compreensão antes deve ter uma feição integradora, que vise a maximizar os direitos individuais e sociais celebrados na Constituição e cuja defesa se atribuiu a tais órgãos.

Nem o administrador público, nem o legislador ordinário, podem ampliar as atribuições constitucionais da Advocacia Pública, pena de desvirtuamento de sua razão de ser e aviltamento do exercício de suas atribuições constitucionais.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Egon Bockmann. A LEI DE IMPROBIDADE, O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ADVOCACIA PÚBLICA (considerações acerca da "defesa pública" nas ações de improbidade). **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-31-JULHO-2012-EGON-BOCKMANN.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: