

A DEFESA JUDICIAL DO DESONESTO PELA FAZENDA PÚBLICA

THE JUDICIAL DEFENSE OF THE DISHONEST BY THE TREASURY

Carlos Eduardo Montes Netto^I

Sérgio Martin Piovesan de Oliveira^{II}

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira^{III}

^I Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em
Direito. E-mail:

^{II} Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em
Direito. E-mail:

^{III} Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em
Direito. E-mail:

Resumo: O presente artigo analisa a obrigatoriedade prevista no art. 17, § 20, da Lei nº 8.429, de 1992, incluído pela Lei nº 14.230, de 2021, de defesa judicial do administrador público em ação por improbidade administrativa, até o trânsito em julgado, pela mesma assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e da análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir, ao final, que a assessoria jurídica do ente público não poderá assumir a defesa pessoal do administrador público processado por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que a defesa da legalidade do ato administrativo não se confunde e nem autoriza a defesa pessoal do agente público, de ilícito administrativo ou de ilícito penal.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Defesa judicial. Improbidade administrativa. Lei nº 14.230/2021.

Abstract: The article analyzes, by the analytical-deductive method, the obligation provided for in art. 17, § 20, of Law nº 8.429, of 1992, included by Law nº 14.230, of 2021, of judicial defense of the public administrator in administrative improbity suits, until the final and unappealable decision, by the same legal counsel that issued the opinion attesting to the prior legality of the administrative acts practiced. It was decided to carry out an exploratory research using the literature review and qualitative analysis of the data for the purpose of achieving this objective, or that it is possible, in the end, that the legal counsel of the entity cannot assume a self-defense of the public administrator prosecuted for an act of administrative improbity, considering that the defense of the legality of the administrative act does not confuse or authorize the personal defense of the public agent, from an administrative offense or from a criminal offense.

Keywords: Administrative improbity. Judicial defense. Law n. 14.230/2021. Public Attorney's Office.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v18i44.1090>

Recebido em: 13.11.2022

Aceito em: 14.04.2023



1 Introdução

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1.988, prevê que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível¹. A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, por sua vez, disciplinou esse comando constitucional com as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa².

Decorridos mais de 30 anos de vigência dessa lei ordinária integrativa, o Congresso Nacional, por ampla maioria de votos, resolveu modificá-la substancialmente por meio da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Trata-se de uma “nova” lei de defesa da probidade administrativa que se apartou de seu espírito original e conservou apenas o seu número antigo e o nome do Presidente da República da época das primeiras eleições presidenciais livres e diretas no Brasil após a redemocratização.

Os governos e os políticos de cada tempo são movidos muito mais pelo pragmatismo do que pelo idealismo na edição das leis e atos administrativos. A aplicação da Lei nº 8.429, de 1992, incomodou aos maus detentores do poder político por quase três décadas. O tempo mostrará quais serão as consequências práticas da modificação legislativa para a administração pública e à sociedade brasileira.

O presente artigo visa abordar uma das inúmeras inovações feitas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a que acrescentou o § 20 ao artigo 17 da Lei nº 8.429, de 1992, para prever a defesa judicial obrigatória pelo ente público do administrador público processado por ato de improbidade administrativa, quando a assessoria jurídica pública houver atestado a legalidade prévia dos atos administrativos praticados³, analisando se haveria algum interesse público nessa representação judicial do acusado pela pessoa jurídica de direito público, sob a perspectiva de sua estrutura e do papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro; e, ainda, se poderia haver adequação entre o dispositivo e a objetividade jurídica do diploma administrativo sancionador no qual foi inserido.

Visando atingir o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da CRFB/88, de normas infraconstitucionais, valendo-se da análise de

1 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

2 BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

3 Lei nº 8.429, de 1992, 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. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...) § 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 (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 05 nov. 2022).

julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de outros Tribunais, de trabalhos acadêmicos, livros e artigos científicos.

2 Como são feitas as leis no Brasil?

A tramitação do PL 2505/2021 (antigo 10887/2018), transformado posteriormente na Lei Ordinária 14.230/2021, ocorreu em regime de urgência no Congresso Nacional. O deputado Alex Manente, do partido CIDADANIA-SP, no dia 15 de junho, apresentou a emenda de plenário nº 01 ao citado projeto de lei, subscrita por vários líderes partidários, para incluir o dispositivo sob estudo, com duas justificativas⁴ que podem ser assim resumidas: (i) no “art. 53 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a assessoria jurídica é obrigada a realizar o controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”; (ii) não seria justo, se houver legalidade jurídica previamente atestada pela assessoria jurídica, que o administrador público “tenha que responder, por conta própria e às suas expensas, ação de improbidade administrativa”.

O primeiro pressuposto invocado na justificativa é inválido, porque dizia respeito a regulamento diverso, sobre licitações e contratos administrativos, que não guardava nexos algum com a matéria proposta em votação, qual seja, a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Fez-se menção desconexa ao artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações Públicas)⁵ que trata do controle interno prévio de legalidade feito pela assessoria jurídica pública em *contratações públicas*.

O parecer da assessoria jurídica do órgão público acerca de controle prévio (formal) de legalidade mediante da contratação administrativa é um ato jurídico procedimental no processo de contratação e, como regra, não se imiscui com qualquer ato desonesto de natureza variada praticado pelo administrador público.

Noutras palavras, da premissa utilizada (a atividade *legal* da *assessoria jurídica* no controle interno de legalidade em compras públicas regidas pela Lei de licitações e contratos administrativos) não decorre logicamente a conclusão alcançada (a obrigatoriedade de *representação judicial* de acusado em ação de improbidade administrativa por ilícitos cometidos) pelo legislador.

A inclusão da obrigatoriedade de defesa judicial do desonesto pela assessoria jurídica que houve emitido o parecer pela legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público não decorreu de dados técnicos colhidos no sistema de justiça acerca do sistema repressivo objeto da alteração legislativa. Como exemplo, não houve a aprovação do novo dispositivo devido a estudos ou dados estatísticos acerca de erros causados, por culpa grave ou dolo da assessoria jurídica pública, e que vinham colocando administradores públicos no banco dos réus em ações de improbidade administrativa.

Vale mencionar outro fato: a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por força de seu artigo 193, terá vigência exclusiva após dois anos de sua publicação no DOU de

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposições Web/Ficha de tramitação**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2286973>. Acesso em: 02 nov. 2022.

5 BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

1º.4.2021 – Edição Extra-F, quando a Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 10.520, de 2002, que regulamenta o pregão, e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2021, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, serão integralmente revogados⁶.

Assim, a remissão legislativa contida no texto aprovado apoiou-se em texto de lei de Licitações e Contratos de nenhuma – ou de pouquíssima – aplicação ao tempo da alteração legislativa.

Embora não tenha sido mencionado pelo legislador em sua justificativa, a Lei nº 8.666, de 1993, ao tratar do procedimento e julgamento da licitação pública, estabelece em seu artigo 38, parágrafo único: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”⁷.

Nesta perspectiva, já havia, há mais de 28 (vinte e oito) anos, ao tempo da *elaboração* da nova LIA, a previsão legal de controle prévio de legalidade das minutas de editais, contratos, acordos, convênios e ajustes pela assessoria jurídica da administração pública. E em todo esse tempo, *por causa do controle jurídico prévio de legalidade* administrativa no processo de licitação e contrato administrativo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Administração Pública não se viu obrigada por lei a defender os interesses pessoais de defesa judicial de acusados de atos ímprobos.

O controle jurídico prévio de legalidade de atos e contratos administrativos, regidos pela Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, tem a exclusiva missão legislativa de preservar o interesse público e a legalidade dos atos administrativos praticados pelos gestores no processo administrativo de contratação pública. Utilizá-lo como justificativa para conferir defesa judicial pública a acusado seja no sistema sancionatório administrativo, civil ou penal não tem fundamento jurídico de validade.

Alguém, poderia mencionar caso hipotético de assessor jurídico que, por dolo ou culpa grave, pudesse vir a produzir uma assessoria inidônea apenas para implicar o administrador público em ato de improbidade administrativa. Questiona-se: situação semelhante também não poderia ocorrer noutra área do conhecimento como, por exemplo, com um perito de engenharia que viesse a apresentar uma falsa perícia em proveito próprio, antecedente à decisão administrativa?

Nesses casos, defende-se que o assessor jurídico ou o perito possam ser responsabilizados no lugar do administrador público, caso esse não tenha agido com dolo específico. E nenhum deles teria direito a advogado público, sendo a questão resolvida entre as partes em ação cível ressarcimento e indenização por perdas e danos. Mas o legislador sequer imaginou essas hipóteses em sua justificativa.

6 *Ibid.*, Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

7 BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

Como vimos, a outra justificativa apresentada no projeto de lei foi o fato de o deputado não considerar justo o administrador público responder, por conta própria e às suas expensas, a ação de improbidade administrativa.

O conceito de “justo” é jurídico indeterminado. Tanto poderíamos compartilhar do pensamento do legislador ou vê-lo como uma reserva de privilégio de proteção jurídica por tempo indeterminado outorgado à categoria do administrador ímprobo, numa benesse processual que decorreria de ato ilícito e seria, a final, paga com o dinheiro do contribuinte⁸.

Foi também solenemente ignorada a realidade fática de, algumas vezes, as atividades de assessoria, consultoria e representação judicial integrarem estruturas distintas e autônomas na organização administrativa pública.

A publicização dessa justificativa ao projeto de emenda de plenário, convertida no §20 do art. 17 da LIA, bem externou o fundamento jurídico de *invalidade* do ato legislativo praticado, requisito indispensável ao adequado controle judicial de constitucionalidade e legalidade no Estado Democrático de Direito, e evidenciou que algumas alterações legislativas importantes no cenário nacional não têm merecido o adequado debate com a sociedade e aprofundamento técnico nas Casas Legislativas.

3 O patrimonialismo brasileiro e a defesa judicial do ímprobo em AIA

Wallace Paiva Martins Júnior esclarece a origem e a natureza do princípio da probidade administrativa⁹:

Como visto, o princípio da moralidade administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade etc., que devem estar presentes na conduta do agente público e no ato praticado (objeto, motivo e finalidade). Contido no princípio da moralidade administrativa está o da probidade. É Marcello Caetano quem explica o dever de probidade como aquele pelo qual “o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Pazzaglini Filho, no seu livro *Lei de improbidade administrativa comentada*, define¹⁰: “Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé”.

8 A propósito de justiça da norma jurídica, nos socorremos da lição de Norberto Bobbio, que bem sintetizou a corrente de pensamento do Direito Natural, segundo o qual “uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça *non est lex sed corruptio legis*” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bu-eno Sudatti. 3. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2005, p. 55). Afinal, compete ao cidadão ou ao legislador, o segundo enquanto representante da vontade do primeiro, ditar o que é justo ou injusto?

9 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 99.

10 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

O dever de probidade administrativa e o dever de perseguir o interesse público primário representam exigências republicanas voltadas a todos os Poderes e Instituições estatais de todas as esferas federativas no exercício de suas competências e atribuições. Em um Estado constitucional republicano alicerçado na promoção da cidadania como um de seus principais fundamentos¹¹, o “fiz porque quis” e a indiferença à retidão não têm conformidade em nenhum de seus Poderes e Instituições.

Nem sempre é fácil identificar ou separar a improbidade da inabilidade do agente público. Entretanto, modificações legislativas, decisões administrativas, decisões judiciais ou intervenções excessivas de órgãos de controle amparadas em fundamentação deficiente ou justificativas desconexas podem ocultar interesses particulares não republicanos e violar o dever de probidade no trato da coisa pública.

O Estado não concretizará, de direito e de fato, o pleno gozo de direitos civis e políticos, quando ele próprio, de forma paradoxal, apresenta justificativas de decisões legislativas (não dialogadas) desconectadas dos pressupostos de direito e de fato declarados na própria norma.

Isso representou autêntico retrocesso social porque o que se disse, não foi e não é verdadeiro. A alteração legislativa em questão, mascarada no propósito lícito de promover ajustes e aperfeiçoamentos na legislação, desnaturou a proteção do próprio interesse público primário tutelado. O “ajuste” jamais poderia atingir a ontologia do próprio diploma legal integrativo do direito constitucional à administração honesta.

Caio Prado Júnior, ao tratar da crise de transformação do sistema econômico brasileiro alertava: “Haverá momentâneos retornos ao passado, e contra a transformação que se opera, reagirão forças poderosas que tendem a manter o país em sua primitiva situação”¹². Nessa perspectiva:

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi¹³.

A reação da elite dos sistemas político e econômico decorre do berço histórico patrimonialista existente na condução dos negócios públicos brasileiros, numa resistência escancarada à separação do público e do privado, nascida, neste caso, na própria norma de proteção da coisa pública.

Imagine o administrador autor de ato de improbidade administrativa que venha a causar prejuízo ao erário ao frustrar, por exemplo, a licitude de processo licitatório. Como ato executivo no ilícito referido administrador poderia até encomendar parecer favorável ao seu diretor comissionado no departamento jurídico. Nesse caso, pela lei aprovada no Congresso

11 CF/88, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2022).

12 JÚNIOR, Caio Prado. **História econômica do Brasil**. 43. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012, p.292.

13 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001, p. 866.

Nacional, administração pública ficaria ainda obrigada a defendê-lo judicialmente, à despeito do interesse público lesado.

Emerson Garcia, ao tratar da “Corrupção e Divisão de Poderes”, defende com absoluta razão: “Assim, merecem total reprovação as normas editadas pelo Poder Legislativo com o fim, único e exclusivo, de desautorizar decisões judiciais e beneficiar agentes que integram a classe dominante”.

No ensinamento de Carlos Maximiliano¹⁴ “A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos”.

A defesa da probidade administrativa assegurada no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1.988¹⁵ enfrenta dias de embate derivado da reação dos sistemas político e econômico à preservação - ou ao modo de fazê-lo - deste interesse difuso fundamental da sociedade. Os aplicadores do direito não devem questionar opção legislativa; mas devem compreender, interpretar e aplicar a lei ordinária com vistas a promover e proteger as normas da Magna Carta.

4 Interesse público e interesse privado: o que gera o interesse e a legitimidade processual do ente público?

4.1 Interesse público e interesse privado

Segundo Hugo Nigro Mazzilli “A defesa dos interesses difusos em juízo” define o interesse público da seguinte maneira: “Embora não haja consenso sobre a noção de interesse público, essa expressão tem sido predominantemente utilizada para alcançar o interesse de proveito social ou geral, ou seja, o interesse da coletividade, considerada em seu todo”¹⁶.

Menciona o autor haver, por vezes, um certo desalinhamento entre o interesse do governo e o interesse da coletividade, a exemplo o “malbaratamento dos recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduos”. E explica que “Renato Alessi distinguiu o *interesse público primário* (o bem geral) do *interesse público secundário* (o modo pelo qual os órgãos da Administração veem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade”¹⁷.

Bem compreendida a distinção entre o interesse público primário e o secundário, não há dúvida de que, da primeira espécie, a redação do § 20 do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), não trata; e nem da segunda. Apropriar-se da advocacia pública para a defesa de acusado de improbidade administrativa não poderia acudir o interesse de proveito social ou geral; quanto à categoria do interesse público secundário, difícil enquadrar a nova norma nesta hipótese, porque não se trata de tutelar o interesse material ou processual do Estado

14 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 314.

15 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

16 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 49.

17 Op. cit., p. 51-52.

– e nem mesmo do governante enquanto representante legal do governo – mas sim de cuidar do interesse privado do administrador público de não pagar advogado com seus próprios recursos. Em relação a ex-agentes públicos processados por improbidade administrativa fica mais nítido o interesse particular na causa.

A República Federativa do Brasil tem por fundamento no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o princípio da soberania popular e os objetivos fundamentais de construir uma sociedade justa, de garantir o desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação¹⁸.

Uma sociedade com esses propósitos constitucionais não pode sobreviver naufragada em atos corruptos e privilégios. O Código de Processo Civil de 2015, em seu Art. 1º revela a sua diretriz constitucional ao estabelecer: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”¹⁹.

Há, ao lado da proteção das garantias constitucionais processuais, um dever de lealdade e de probidade exigível das partes, como também do próprio processo em relação ao direito material tutelado²⁰. Ao tratar dos fins do processo civil, José Carlos Barbosa Moreira já ensinava: “a missão do processo civil consiste aí em assegurar eficácia prática às normas do *ius positum*”²¹. E o processo regulado pela Lei nº 8.429, de 1992, tem uma exclusiva finalidade: a tutela da probidade administrativa.

Em resumo, a Constituição e o Estatuto Processual Civil obrigam ao Poder Judiciário a aferir a existência de interesse público/processual na causa pública e a verificar a obediência aos valores constitucionais; e poderá rejeitá-la, no caso do autor, ou determinar a regularização da capacidade postulatória, no caso de réu, pois da prática de atos processuais também exsurge a concretização da cidadania e a promoção de uma sociedade justa. Nenhum Juiz deve permitir, enquanto condutor do devido processo legal, a utilização indevida (e inconstitucional) do serviço público da advocacia pública.

4.2 Interesse, legitimidade e representação processual

Para defender um direito na jurisdição cível é necessário ter interesse, legitimidade e adequada representação processual. O Código de Processo Civil é expresso em seu Artigo 17 ao exigir: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”; e em seu Art. 18, “caput”, ao prescrever: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”²².

18 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

19 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

20 “O Processo Civil no Direito Comparado”, ao tratar da “moralização” do processo civil em alguns países da Europa Ocidental dizia haver “um dever de lealdade e de probidade”, em relação à obrigação de as partes dizerem a verdade ao Juiz (CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. De Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2001, p. 62).

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Ed. Saraiva. 1977, p. 7.

22 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, comenta que o “interesse processual (secundário) resulta da necessidade de buscar a tutela jurisdicional para satisfação de um interesse substancial (primário), bem como da utilidade (adequação) do meio utilizado para satisfação deste interesse (primário)”²³.

Sobre o tema, Moacyr Amaral dos Santos lecionava que “há um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor”, ao qual chama “de interesse primário”; e outro, o “interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário”, denominado “interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual”. Em sua lição doutrinária definia por legitimação ordinária, a dos “titulares dos interesses em conflito”; e de substituição processual “quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio”²⁴.

Nesse mesmo sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves, leciona: “Substituto processual é aquele que atua como parte, postulando ou defendendo um direito que não é seu, mas do substituído. Por isso que a legitimidade extraordinária é também chamada substituição processual”. Como ensina o autor, essa substituição não se “confunde o fenômeno da representação, em que alguém vai a juízo em nome próprio postular direito também próprio, mas representado por alguém”²⁵.

Na nova figura legal de obrigatoriedade de representação judicial do acusado em AIA, percebe-se como não se tem interesse substancial, nem interesse processual e nem legitimação ordinária da pessoa jurídica de direito público, porque a causa de interesse privado é alheia e relacionada ao direito administrativo sancionador individual.

Quanto à substituição processual, a lei ordinária não poderia tê-la atribuído indistintamente de forma arbitrária. Embora haja vocação constitucional para a defesa pela pessoa política da regularidade e legalidade dos atos administrativos, não existe analogia válida em relação a atos *ilícitos* praticados pelos seus agentes. Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

De qualquer maneira, não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial. Sempre, pois, que a substituição processual se mostre possível perante a lei, ocorrerá o pressuposto de uma conexão de interesse entre a situação jurídica do substituto e a do substituído²⁶.

Em resumo, para a substituição processual é preciso alguma correlação de interesses materiais e processuais entre substituto e substituído. E não há interesse ou conexão de agir do poder público na defesa, em substituição processual, do administrador acusado de ato de improbidade administrativa. Aliás, pela ótica do interesse de agir será irrelevante para a pessoa

23 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 50.

24 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 167 e 344.

25 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.

26 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 413.

jurídica de direito público que haja, ou não, a imposição de sanções da LIA ao agente público processado.

Às vezes, o interesse substancial da pessoa jurídica de direito público pode ser oposto ao do réu em AIA, quando, por exemplo, depender da condenação do administrador público para a imposição de obrigação judicial de reparar o dano causado à administração pública.

Prescreve o § 14 do Art. 17 da LIA: “Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo. Esse dispositivo não restringe a atuação processual da pessoa jurídica interessada. Isso significa dizer: essa poderá estar ao lado do autor, defender a legalidade do ato administrativo praticado ou abster-se da participação no processo²⁷.”

Situação semelhante ocorre na ação popular. A pessoa jurídica interessada poderá intervir no processo para abster-se de contestar o pedido ou para atuar ao lado do autor visando anular o ato ilegal e recompor o patrimônio público lesado, conforme previsto no § 3º, do Art. 6º da Lei nº 4717/1965 (Lei da Ação Popular)²⁸.

Ao alinhar-se à legitimidade ativa ou passiva, a pessoa jurídica interessada passará a ocupar posição de assistente simples²⁹. A Advocacia Pública não poderá figurar ao lado do acusado em AIA em ato lesivo à Administração Pública. Isso porque, e sob pena de prevaricação no exercício de suas funções, a autoridade competente tem o dever legal de representar ao Ministério Público a notícia de ato de improbidade administrativa, segundo o artigo 7º da LIA³⁰.

Sobre o instituto da *representação*, vimos que pela alteração legislativa aprovada a assessoria jurídica do órgão público (leia-se, a procuradoria judicial, a qual tem representação legal da pessoa jurídica de direito público) ficará obrigada a defender o administrador público em AIA (que não outorgou mandato ao procurador judicial).

27 Daniel Amorim Assumpção Neves, ao tratar da legitimação da pessoa jurídica de direito público na ação de improbidade administrativa, assenta: “Uma vez intimada, a pessoa jurídica poderá adotar uma entre três condutas possíveis: (a) assumir o polo ativo da ação, tornando-se litisconsorte ativa do Ministério Público, hipótese que lhe permitirá, inclusive, o aditamento da petição inicial; (b) assumir o polo passivo da ação, passando a defender a legalidade do ato impugnado, hipótese em que lhe será permitida a apresentação de contestação e outras defesas típicas de réu; (c) manter-se inerte e por consequência fora da relação jurídica processual da ação de improbidade administrativa.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único. 4. ed. Sal-vador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 254).

28 Lei nº 4.717, de 1965, Art. 6º: “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...) § 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, 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.” (BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 05 nov. 2022).

29 Art. 119, “caput”: “Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 nov. 2022).

30 Art. 7º: “Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias.” (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1.992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 05 nov. 2022).

Noutras palavras, a nova lei ordinária obriga ao representante judicial de pessoa jurídica a defender terceiro particular sem que exista pertinência e adequação à finalidade constitucional da representação legal (para ex-administrador público a situação é mais escandalosa) e tampouco a representação voluntária. O arbítrio legislativo ignorou o gozo de capacidade civil plena e a liberdade do administrador de escolher seus mandatários, obrigando-os a serem defendidos pela Advocacia Pública.

Essa obrigatoriedade legal de defesa judicial do administrador público leva a situações curiosas, de colidência de interesses na representação. Suponha a hipótese de o administrador constituir o seu próprio advogado, porque naturalmente (depois de processado) não mais aquela tem confiança no “parecerista” da administração pública. Se forem apresentadas duas defesas processuais colidentes ao réu, como deverá proceder o Juiz? Deverá obedecer a obrigatoriedade legal ou a vontade do acusado?

Suponha-se, agora, noutra situação possível, que o administrador venha a perder a sua capacidade civil e a sua representação legal seja atribuída a curador legal nomeado pelo Juiz. O advogado público poderia definir o melhor o interesse processual do incapaz e pela melhor defesa contra o pedido de reparação de dano ao erário no lugar curador legal?

O legislador complicou o que era fácil. Se estivesse preocupado com os custos de honorários advocatícios a serem desembolsados pelo agente público corrupto, bastaria estender a esse os benefícios da assistência judiciária gratuita na hipótese de hipossuficiência financeira, como a qualquer réu em isonomia de tratamento constitucional. Para simplificar, o funcionário público acusado pela prática de seus atos ilícitos deve promover a sua defesa judicial por meio de seu advogado, inclusive sob os benefícios de assistência judiciária gratuita caso tenha direito. A respeito da redação do dispositivo analisado neste trabalho, os professores Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, explicam o seguinte:

Trata-se de forma anômala de intervenção, por meio da qual a assessoria jurídica não será chamada a participar integralmente do processo, limitando-se a apresentar uma defesa do ato impugnado em juízo. Entendo, inclusive, que por defender a legalidade do ato e não os que o praticaram, a assessoria jurídica não pode praticar outros atos além dessa defesa escrita³¹.

A interpretação conferida é bem interessante porque até poderia tornar aproveitável o dispositivo, na medida em que a assessoria jurídica da pessoa jurídica não se veria obrigada a defender senão o ato impugnado de improbidade administrativa - e não o seu autor.

Porém, com a devida vênia, nem de forma implícita a redação do novo artigo sugeriu que o espírito da lei seria a defesa do *ato* impugnado, tal como ocorre a defesa judicial no mandado de segurança, por exemplo. Vimos na justificativa da emenda de plenário que a intenção do legislador não foi essa. O legislador pretendeu a defesa do *acusado*. Ainda assim, como se sabe, a representação judicial da pessoa jurídica poderá reconhecer o pedido do autor da ação quando melhor acudir ao interesse público.

Há no processo legislativo brasileiro um voluntarismo do legislador permeado por uma autêntica crise de conceitos e agravado pela negação da Ciência do Direito. Para a utilização dos serviços jurídicos públicos de defesa judicial deve haver algum interesse substancial e processual

31 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 95.

da pessoa jurídica no desfecho da ação proposta contra o funcionário que seja perfeitamente conciliável com o interesse público primário, o que não se verifica nas ações de conteúdo sancionador pela prática de atos de improbidade administrativa lesivos à pessoa jurídica interessada.

5 As atribuições constitucionais e legais da Advocacia Pública

A Constituição Federal de 1.988, Capítulo IV, Seção II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, define em seus artigos 131 e 132, “caput”, as atribuições constitucionais da Advocacia Pública no Poder Executivo brasileiro. Em ambos, seja para a União, Estados e Distrito Federal, a advocacia pública é incumbida das atividades de consultoria, assessoria e representação judicial e extrajudicialmente da pessoa jurídica de direito público.

Compete à lei complementar dispor sobre a organização e funcionamento dos serviços de representação, consultoria e assessoria jurídica da Advocacia-Geral de União. Destarte, não poderia a lei ordinária, como a Lei nº 14.230, de 2021, prever atribuições estranhas à representação do Poder Executivo para os membros da Advocacia-Geral da União. No âmbito dos Estados e Distrito Federal, por identidade de razões, compete à lei complementar própria estabelecer as atribuições das Procuradorias em razão da autonomia política dos entes federados.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, o órgão tem em sua estrutura administrativa um departamento específico de Patrimônio Público e Probidade com competência para planejar, coordenar e supervisionar representação e a defesa judicial da União em matéria de patrimônio, de meio ambiente, de probidade e de recuperação de ativos³². Repita-se: para a defesa judicial da União.

No Estado de São Paulo, por exemplo, a lei complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015³³, que dispõe sobre a Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, define que as atribuições da Procuradoria Geral do Estado estão relacionadas às atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e à representação judicial e extrajudicialmente do Estado. Os procuradores do Estado são servidores públicos do Estado, mandatários do Poder Executivo.

Destaca-se, ademais, a atribuição da Procuradoria Geral no Estado de São Paulo para acompanhar inquéritos policiais sobre crimes funcionais, fiscais ou contra a Administração Pública e a de atuar como assistente da acusação nas respectivas ações penais, quando for o caso. Os procuradores do Estado não podem atuar como assistente de defesa em ilícitos contra a administração pública.

A Procuradoria do Contencioso de Pessoal representa o Estado em processos ou ações de qualquer natureza, cujo objeto principal, incidente ou acessório, verse sobre matéria concernente a servidores públicos. Portanto, representa ao Estado, inclusive para o exercício de autotutela administrativa e para a representação contra o servidor público para apuração

32 BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10608.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

33 ALESP. **Lei complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/original-lei.complementar-1270-25.08.2015.html>. Acesso em: 05 nov. 2022.

de ilícito administrativo que possa acarretar até a sanção administrativa de demissão a bem do serviço público.

As atividades de consultoria e assessoria produzidos no controle interno de legalidade, prévios à formalização dos contratos administrativos, convênios, termos de ajustamento de conduta, consórcios públicos ou atos negociais similares celebrados pelo Estado não vinculam, necessariamente, as atividades de representação judicial da procuradoria jurídica.

A lei complementar estadual nº 1.270, de 2015, em artigo 4º³⁴, prevê a possibilidade jurídica de a Procuradoria Geral do Estado reconhecer a procedência de pedidos feitos em ações judiciais, desistir de ações propostas e de transigir o objeto do litígio, ou seja, tem a permissão legal para desvincular-se da atividade de controle interno da legalidade do ato administrativo.

No município de São Paulo, a Lei municipal nº 16.974, de 23 de agosto de 2018, ao tratar da organização da Administração Pública Municipal Direta, prevê em seu Art. 28 como atribuições da Procuradoria Geral do Município – PGM³⁵, “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, bem como, privativamente, a representação judicial do Município” e “o processamento dos procedimentos disciplinares de exercício da pretensão punitiva”³⁵.

O Decreto paulistano de nº 58.414, de 13 de setembro de 2018³⁶, que organiza a Secretaria Municipal de Justiça, em seu artigo 28 atribuiu ao Secretário Municipal de Justiça a competência para determinar a instauração de sindicâncias especiais de improbidade administrativa e para decidir, após manifestação da Procuradoria Geral do Município, sobre a posição processual da Fazenda Pública Municipal nas ações civis públicas, ações populares e ações de improbidade administrativa.

A Lei nº 8.906, de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), prescreve, respectivamente, em seus artigos 29 e 30, no primeiro que os procuradores, advogados, defensores e dirigentes de órgãos da administração pública “são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura”; no segundo, que os servidores da administração pública são impedidos de exercerem a advocacia “contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”³⁷.

A defesa pessoal de administrador público processado em ação de improbidade administrativa praticado contra a Fazenda Pública é representação judicial desvinculada da função pública e contraria o interesse na defesa da probidade administrativa no ente público lesado.

34 SÃO PAULO. **Lei complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/original-lei.complementar-1270-25.08.2015.html>. Acesso em: 05 nov. 2022..

35 SÃO PAULO. Legislação Municipal. **Lei nº 16.974, de 23 de agosto de 2018**. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16974-de-23-de-agosto-de-2018>. Acesso em: 05 nov. 2022.

36 SÃO PAULO. Legislação Municipal. **Decreto nº 58.414, de 13 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58414-de-13-de-setembro-de-2018>. Acesso em: 05 nov. 2022.

37 BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

Em suma: (i) é vedado ao legislador federal obrigar outro ente federativo a defender o ímprobo na ação de improbidade porque há “parecer atestando” a legalidade do ato praticado. A norma viola a independência constitucional dos Estados, Distrito Federal e Municípios de promoverem a sua auto-organização administrativa; (ii) as atividades jurídicas de assessoria e representação judicial públicas estão alocadas em órgãos jurídicos distintos e independentes; (iii) as Advocacias Públicas desenvolvem as atividades de consultoria, assessoramento e representação da pessoa de direito público e promovem o controle interno da legalidade e repressivo dos atos da Administração Pública Municipal, isto é, não estão vocacionadas constitucional ou legalmente para a defesa de ilícitos praticados pela pessoa do servidor público; (iv) há evidente colisão de interesses público e privado quando o resultado do ato de improbidade administrativa lesiona o patrimônio público e social do ente público interessado; (v) os procuradores públicos têm mandato judicial das pessoas jurídicas de direito público e não do ocupante do cargo de administrador público; (vi) concluindo, os procuradores judiciais não podem dispor da defesa do interesse do patrimônio público da qual são mandatários, sob pena de advocacia administrativa.

6 A crise de conceitos e de valores constitucionais

A lei, ao ser publicada, passa a vigor e a dever coerência ao próprio ordenamento jurídico no qual fora integrada para viabilizar a sua plena e efetiva aplicação. Como vimos, o § 20 do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, dispõe que a assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente.

Para melhor compreensão da nova regra é conveniente revermos os conceitos doutrinários e legais de entidade pública, órgão público, agente público, assessoria e representação da pessoa jurídica de direito público. Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o órgão público é a unidade “que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos”; o órgão é uma parte da pessoa jurídica de direito público, essa é o todo; o “órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, porque congrega funções que este vai exercer”; por fim, “o órgão não tem personalidade jurídica própria, já que integra a estrutura da Administração Direta, ao contrário da entidade, que constitui *“unidade de atuação dotada de personalidade jurídica”*³⁸.

Para o cumprimento dos fins da Administração, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo na administração pública federal, entrega normas conceituais em seu Art. 1º, § 2º sobre órgão, entidade e autoridade para deixar bem claro as suas diferenças jurídicas³⁹.

A “assessoria jurídica” que emitiu o parecer “atestando” a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público” é um órgão público, uma “unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta” sem personalidade jurídica própria.

38 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 521.

39 BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

As pessoas jurídicas são as entidades da Administração, a “unidade de atuação dotada de personalidade jurídica”, isto é, possuem CNPJ próprio. O órgão público não representa a entidade, apenas a compõe.

Já a autoridade é “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”, como no caso do administrador público integrante de um órgão público da entidade. O parecerista é um servidor público sem poder de decisão no órgão jurídico da entidade.

No campo jurídico parecer é o “Juízo sobre uma questão jurídica emitido em processo por um órgão público ou funcionário especializado: parecer legal.”. Atestar significa “Comprovar algo de maneira oficial, com atestado, por escrito: atestar a veracidade de uma obra de arte”⁴⁰. Nesse ponto, evidencia-se a impropriedade semântica no uso conjugado pelo novo dispositivo legal do termo “parecer atestando”.

Desse modo, pelos conceitos expostos, houve uma deliberada confusão constitucional no emprego pelo legislador de conceitos jurídicos de significados distintos, ao atribuir legitimidade e interesse próprios de pessoa jurídica a mero órgão integrante da entidade. A assessoria jurídica pode não ter atribuição legal na estrutura administrativa da entidade para a representação *judicial* da pessoa jurídica de direito público.

7 A contratação administrativa de advogado para a defesa pessoal de agente público

É vedado ao administrador público contratar escritório de advocacia particular pago com dinheiro público para a sua defesa pessoal em acusação de improbidade administrativa, ainda que o fizesse por não considerar *justo* gastar recursos pessoais em ação de improbidade administrativa derivada da prática de atos administrativos governamentais.

Ricardo Marcondes Martins ensina que “a advocacia das Pessoas Públicas deve ser efetuada por titulares de cargo público efetivo”⁴¹, excetuada a hipótese excepcional de contratação de serviços singulares prestados por profissionais de notória especialização. A *defesa* do ímprobo em ação de improbidade administrativa não só não diz respeito a interesse público, tutelável pela advocacia pública, como não se constitui serviço singular apto à inexistência de licitação pública.

A contratação administrativa precedida ou não de processo licitatório seria ilegal porque o objeto contratual confundiria interesse público de defesa da probidade administrativa com interesse pessoal do acusado de não ser responsabilizado pela improbidade administrativa praticada.

O Superior Tribunal de Justiça em vários julgamentos reputou haver ato de improbidade administrativa na conduta administrativa de contratação de advogado privado para defesa de prefeito em ação civil pública⁴². No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou

40 DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

41 MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratação de advogados por pessoas jurídicas de direito público. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 1/2017, p. 113 – 130. Abr - Jun / 2017.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 681.571/GO**. 2ª Turma, Relatora Eliana Calmon, j. 06 jun. 2006. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 777.337/RS**. 2ª

ímproba a conduta de contratação de advogado sem licitação para a defesa de interesses pessoais de superintendente de autarquia⁴³; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apontou haver improbidade administrativa na contratação de advogado comissionado para demandas pessoais, de ação de improbidade e ação popular⁴⁴; o Tribunal de Justiça do Paraná, da mesma forma, decidiu pela improbidade administrativa na conduta que contrata advogado pago pelo município para a defesa dos interesses do prefeito municipal e do ente público, sem concurso público ou justificativa para a dispensa ou inexigibilidade da licitação⁴⁵.

Constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, a conduta de utilizar, em benefício próprio, de serviços contratados pelo ente federado, pois a despesa não tem finalidade pública, deve ser paga pelo acionado e não pelo ente federado prejudicado pelo ato do administrador público.

Como conclusão, aplica-se o mesmo raciocínio para os advogados públicos pagos com dinheiro do contribuinte e contratados para a defesa da pessoa jurídica de direito público – e não para a defesa pessoal do administrador público acusado em ação de improbidade administrativa (ou acusado em ações penais).

8 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7.042 e nº 7.043 no STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 7042 e da ADI 7043, por maioria de votos, em 31 de agosto de 2022, declarou a “inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”⁴⁶ do agente público processado por ato de improbidade administrativa. No entanto, a defesa judicial poderá ser feita pela Advocacia Pública nos termos da lei específica autorizadora.

O Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, relator das ações no controle concentrado havia concedido, em 17 de fevereiro de 2022, medida liminar para suspender a vigência do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92. Em seu voto no julgamento de mérito, na sessão de 24.8.2022, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, no que foi acompanhado pelo Ministro André Mendonça.

No dia seguinte, o Ministro Nunes Marques, divergiu do Relator e declarou a constitucionalidade do art. 17, § 20, da Lei 8.429/92, na redação dada pela Lei 14.230/2021, para obrigar a defesa obrigatória do agente público pelo órgão de assessoria jurídica “quando o

Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 02 fev. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 490.259/RS**. 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02 fev. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.273.907/RS**. 2ª Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, j. 18 jun. 2014.

43 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL-Rev 729.459,5/8**. Relator: Magalhães Coelho. 3ª Câmara de Direito Público, j. 17 jun. 2008.

44 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC 70019962273**. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. 3ª Câmara Cível, j. 12 jun. 2008.

45 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Rec. 158685-2**. Relator Antonio Lopes de Noronha, 2ª Câmara Cível, DJPR 24 mar. 2006.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7043-DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31 ago. 2022.

ato alegadamente ímprobo estiver de acordo com o parecer e, ademais, não for o próprio parecer inquinado de improbidade”⁴⁷.

Os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, acompanharam o voto do Ministro Relator. O Ministro Dias Toffoli, divergiu em parte do Relator e deu interpretação conforme sem redução de texto ao dispositivo infraconstitucional, para autorizar a defesa judicial do agente público em “ação de improbidade administrativa em razão de atos praticados no exercício de suas atribuições” e “na hipótese de ação de ressarcimento ao erário proposta pelo ente público, com a designação de procurador ad hoc especificamente para essa finalidade”⁴⁸.

Após a suspensão do julgamento, na sessão do dia 31.8.2022, o Ministro Relator reajustou o seu voto, vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, para afastar a “obrigatoriedade de defesa judicial” e autorizá-la “por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica”⁴⁹.

Como se vê, a Corte Suprema não enfrentou propriamente o mérito da questão, mas deu o direcionamento ao afastar a *obrigatoriedade* desta defesa judicial do agente público desonesto pela advocacia pública. A miríade de casos concretos e a avaliação de sua legalidade ficou entregue à autonomia de competência dos entes federativos em relação à União.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042, a “Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE” havia feito análise comparativa de algumas legislações estaduais que disciplinam a representação de agentes públicos⁵⁰.

Como regra, as leis estaduais permitem o uso de serviços judiciais das Procuradorias-Gerais a Chefes de Poder e agentes políticos, mediante requerimento expresso do interessado, em processos relacionados a atos funcionais, no atendimento do interesse público e desde que não contrariem orientação prévia da PGE, para promoverem ação penal privada ou representarem ao Ministério Público, quando *vítimas* de crime relacionados a atos praticados no exercício de suas atribuições, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrarem habeas corpus e mandado de segurança em defesa dessa categoria de servidores públicos⁵¹.

No Estado de Pernambuco, a Lei Complementar nº 394, de 30 de novembro de 2018, permite a representação judicial e extrajudicial de autoridades e servidores públicos do Poder Executivo Estadual pela Procuradoria Geral do Estado, se houver interesse público para a defesa do ato funcional, sendo autorizado o indeferimento quando “(...) houver indícios de que os atos

47BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7043-DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31 ago. 2022. <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADI&numero=7043#>. Acesso em: 05 nov. 2022.

48 Idem.

49 Ibidem.

50 Na ADI são citadas, como exemplo, as legislações dos “(...) Estados do Acre (Lei Complementar n. 45/1994), Alagoas (Lei Complementar n. 07/1991), Amazonas (Lei m. 1.639/1983), Goiás (Lei n. 20.491/2019), Mato Grosso (Lei Complementar n. 111/2002), Pará (Lei Complementar n. 41/2002), Pernambuco (Lei n. 394/2018), Santa Catarina (Lei Complementar n. 317/2005), Rio de Janeiro (Lei n. 6.450/2013) e Rio Grande do Norte (Lei Complementar n. 593/2019)”.

51 Nesse sentido, o exemplo citado na Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, LC nº 45/94, artigo 1º, § 5º (ACRE. **Lei Complementar nº 045, de 26 de julho de 1994**. Disponível em: <http://www.pge.ac.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/Lei-Org%C3%A2nica-PGE-45-1994-atualizada-at%C3%A9-LC-318-2016.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022).

não foram praticados no interesse público e no exercício regular de atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;” ou “(...) houver conflito de interesses entre as defesas de gestores entre si ou entre a do gestor e a do Estado;”. O Procurador-Geral do Estado poderá declinar da representação para acompanhamento do feito judicial ou administrativo, caso sobrevenha situação fática ou jurídica que impossibilite a representação. As despesas processuais serão custeadas integralmente pelo representado que terá a responsabilidade de ressarcir as despesas de representação ao erário estadual, “caso seja comprovado que não agiu no interesse público ou exerceu irregularmente o seu cargo ou função”⁵².

Essas legislações estaduais podem ser paradigmas interessantes para a hermenêutica adequada aos casos concretos da tese fixada no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 7042 e nº 7043 pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 14.230, de 2021 operou uma verdadeira subversão de valores constitucionais: excluiu a Fazenda Pública da legitimidade ordinária para a defesa da probidade administrativa do ente público lesado; e incluiu a Advocacia Pública para a defesa obrigatória do administrador acusado em ação de improbidade administrativa.

A legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa foi totalmente restabelecida naquele julgamento na Suprema Corte. Afinal, o processo judicial do artigo 17 da Lei nº 8.429, de 1992, confere o direito de tutela da probidade administrativa à pessoa jurídica de direito público, e não o direito de defender desonestos com a coisa pública.

Assim, as pessoas jurídicas de direito público de direito público têm o direito constitucional à probidade na causa pública, e a lei nº 8.429, de 1992, deve lhes assegurar a tutela a esse direito difuso. A Lei nº 14.230, de 2021, ao incluir a defesa obrigatória do desonesto pela advocacia pública negou probidade administrativa à sociedade brasileira, por isso não tem fundamento de validade na teoria da norma jurídica.

Para nós, não haverá adequação constitucional para a defesa *facultativa* do agente público em qualquer das três esferas de responsabilização (civil, administrativa e penal) do direito sancionador, porque, como o próprio nome diz, é sancionador contra ilícitos administrativos, penais e atos de desonestidade administrativa que causam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação a princípios da administração pública. O dever constitucional da administração pública é o de tutelar a probidade, não há faculdade de defesa judicial do acusado de improbidade. Era isso o que o Supremo Tribunal Federal deveria ter dito. Ou ainda o dirá.

9 Considerações finais

O uso do serviço público de defesa judicial do Estado deve estar relacionado à questionamentos judiciais de atos administrativos praticados pelo administrador público no exercício *regular* das atribuições e em consonância com orientação jurídica da Procuradoria-Geral da pessoa jurídica, desde que haja interesse e pertinência institucional.

52 PERNANBUCO. Legislação do Estado de Pernambuco. **Lei Complementar nº 394, de 30 de novembro de 2018**. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=41077&tipo=TEXTООRIGINAL>. Acesso em: 05 nov. 2022.

A defesa judicial pelo órgão público deve estar vinculada à defesa da legalidade do ato administrativo, podendo a administração pública com fundamento no princípio da autotutela anulá-lo ou revogá-lo, se a medida melhor atender ao interesse público. Portanto, a advocacia pública deve agir em juízo de forma desvinculada do malfeito (ato ilícito) com autonomia em relação ao pedido de aplicação de sanção civil ao servidor público acusado em AIA, mesmo porque detém legitimidade ativa concorrente e disjuntiva para ingressar com ação da mesma espécie contra o agente político.

Os serviços judiciais prestados pelos órgãos oficiais do Estado não podem ser utilizados na defesa de ex-servidores públicos desligados do quadro de servidores públicos pela ausência de interesse material e processual. Também não podem ser utilizados quando o parecer prévio atestando a legalidade do ato administrativo for isolado ou contrariar a própria orientação-geral da Procuradoria Jurídica. Isso para evitar a fabricação de pareceres jurídicos encomendados para a prática do ato administrativo ilícito ou confeccionados para desarticular a política de unidade de atuação institucional do serviço público judicial, em desacordo com enunciados gerais, diretrizes de atuação, súmulas de entendimento, orientações de serviço previamente aprovadas pelo Procurador-Geral, ratificadas pelo Chefe do Poder Executivo e publicadas no Diário Oficial.

Na hipótese de a administração pública assumir a defesa judicial da legalidade do ato administrativo praticado, na condição de assistente simples do acusado, não poderá em hipótese alguma assumir a defesa *pessoal* do administrador público processado na AIA. Defesa da legalidade do ato administrativo não se confunde e nem autoriza a defesa *pessoal* do agente público *autor* de ato de improbidade administrativa, de ilícito administrativo ou de ilícito penal.

As procuradorias jurídicas de direito público não têm atribuição constitucional para a defesa de interesses privados na administração pública e não têm (e nem poderiam ter) a fidúcia própria de mandato *particular* de administrador público acusado.

O legislador ordinário não pode editar normas infraconstitucionais em desacordo com a função constitucional da Advocacia Pública, concebida como instituição de natureza permanente, essencial ao funcionamento da Justiça e da Administração Pública, vocacionada à defesa do interesse público (e não do interesse privado do administrador público).

Por fim, constitui direito-dever constitucional da administração pública a tutela da probidade administrativa, jamais a defesa de atos de corrupção administrativa praticados por administrador público, sob pena de violação aos valores e princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e a própria cidadania como fundamento basilar da República Federativa Brasileira.

Referências

ACRE. **Lei Complementar nº 045, de 26 de julho de 1994**. Disponível em: <<http://www.pge.ac.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/Lei-Org%C3%A2nica-PGE-45-1994-atualizada-at%C3%A9-LC-318-2016.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposições Web/Ficha de tramitação**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2286973>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10608.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1.992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 681.571/GO**. 2ª Turma, Relatora Eliana Calmon, j. 06 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 777.337/RS**. 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 02 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1.273.907/RS**. 2ª Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, j. 18 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 490.259/RS**. 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7043-DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31 ago. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. De Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2001.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

JÚNIOR, Caio prado. **História econômica do Brasil**. 43. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratação de advogados por pessoas jurídicas de direito público. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 1/2017, p. 113-130, Abr-Jun/2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Ed. Saraiva. 1977.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Rec. 158685-2**. Relator Antonio Lopes de Noronha, 2ª Câmara Cível, DJPR 24 mar. 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PERNANBUCO. Legislação do Estado de Pernambuco. **Lei Complementar nº 394, de 30 de novembro de 2018**. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=41077&tipo=TEXTTOORIGINAL>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC 70019962273**. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. 3ª Câmara Cível, j. 12 jun. 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SÃO PAULO. Legislação Municipal. **Decreto nº 58.414, de 13 de setembro de 2018**. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58414-de-13-de-setembro-de-2018>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

SÃO PAULO. Legislação Municipal. **Lei nº 16.974, de 23 de agosto de 2018**. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16974-de-23-de-agosto-de-2018>> Acesso em: 05 nov. 2022.

SÃO PAULO. **Lei complementar estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/original-lei-complementar-1270-25.08.2015.html>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL-Rev 729.459.5/8**. Relator: Magalhães Coelho. 3ª Câmara de Direito Público, j. 17 jun. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.