

RECEBIDO EM: 12/01/2021

APROVADO EM: 03/05/2021

**O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA
UNIÃO NA RESPONSABILIZAÇÃO DA
PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA
DE ATOS LESIVOS CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

***THE FUNCTION OF ATTORNEY GENERAL'S OFFICE
IN THE LIABILITY OF THE LEGAL PERSON FOR
PRACTICE OF LESIVE ACTS IN DAMAGE TO THE PUBLIC
ADMINISTRATION***

João Paulo Santos Borba

Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução. 1. A competência privativa da Advocacia-Geral da União na representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal. 2. A função da Advocacia-Geral da União na responsabilização da pessoa jurídica. 3. A necessidade da independência funcional dos membros Advocacia-Geral da União. 4. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente estudo versa sobre a função atribuída à Advocacia-Geral da União - AGU, pela Lei Anticorrupção Brasileira, no combate a atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras. Demonstra-se que o combate à corrupção contra a Administração Pública é uma questão transnacional. Aborda-se a competência privativa da Advocacia-Geral da União na representação, judicial e extrajudicial, da Administração Pública Federal. Sustenta-se a importância da função exercida pela Advocacia-Geral da União na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que comete ato lesivo contra a Administração Pública Federal. Defende-se a relevância da independência funcional dos membros da Advocacia-Geral da União para que haja o combate à corrupção contra as entidades públicas federais.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Jurídica. Responsabilidade Civil e Administrativa. Advocacia-Geral da União. Independência Funcional. Combate à Corrupção.

ABSTRACT: This study deals with the function attributed to the Attorney General's Office, by the Brazilian Anticorruption Law, in combating acts of corruption committed by national and foreign legal persons. The combated against corruption inside of Public Administration is a transnational issue. This article discusses the private competence of the Attorney General's Office in the judicial and extrajudicial representation of the Federal Public Administration and maintains that the function exercised in the administrative and civil liability of the legal person that commits a lesive act property is important. Finally, it defends the functional independence of the members of the Attorney General's Office as a means for combating corruption against Public Administration.

KEYWORDS: Legal Person. Civil and Administrative Liability. Attorney General's Office. Functional Independence. Combating Corruption

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é dotado de microssistema normativo de tutela da ética nas relações político-administrativas, como se pode verificar, por exemplo, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei sobre improbidade Administrativa), da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, c/c o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Leis contra os crimes de responsabilidade), da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, c/c a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Leis sobre inelegibilidades), assim como de diversos tipos penais, cujo bem jurídico tutelado é a licitude das relações com a Administração Pública (FERRAZ, 2014).

É imperioso destacar, outrossim, que o Brasil firmou compromissos internacionais a respeito do combate à corrupção contra o poder público. Como se verifica dos seguintes normativos: i) Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997; ii) Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, que promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996; iii) Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia - Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003.

Diversas nações do mundo, inclusive aquelas que são consideradas mais desenvolvidas atualmente, enfrentaram, em algum momento de sua história, o círculo vicioso da corrupção. O problema da corrupção é tão antigo quanto a humanidade, porém a sua gravidade ganhou mais relevância nas últimas décadas do século passado (BARROSO, 2019).

Não obstante o arcabouço normativo existente, os incontáveis e dramáticos escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos e políticos no Brasil, inclusive a sofisticação das técnicas utilizadas para praticar ilegalidades, torna imprescindível que o sistema jurídico brasileiro avance no sentido de aprimorar a normatização do combate a atos ilegais contra entidades públicas.

Diante desse contexto, foi publicada a Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, que disciplina a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica pela prática de ato lesivo contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira - LAC, representa significativo avanço no combate à corrupção, estabelecendo, inclusive, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que cometer atos ilegais contra o Poder Público. Isto é, a imputação da responsabilidade, independe de dolo ou culpa, bastando, tão somente, a comprovação do ato lesivo e do nexo de causalidade.

A denominada Lei Anticorrupção Brasileira permite a responsabilização da pessoa jurídica tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial. Ademais, a aplicação de penalidade a pessoa jurídica não isenta a pessoa natural (autores, coautores e partícipes de ato ilícito, sejam ou não dirigentes ou administradores da pessoa jurídica) da responsabilidade individual na medida da sua culpabilidade (OLIVEIRA; NEVES, 2014).

Deste modo, tem-se que a Lei nº 12.846/2013 representa marco importante no cenário normativo brasileiro a respeito do combate à corrupção, razão pela qual a análise do referido instrumento normativo possui relevância prática no sentido de responsabilizar, com o devido rigor, todos aqueles que se beneficiam indevidamente de práticas lesivas contra o patrimônio público.

Assim, torna-se relevante que os assuntos relacionados à efetiva implementação da Lei nº 12.846/2013, sejam objeto de estudo, dentre elas, a função da Advocacia-Geral da União – AGU na adoção das medidas necessárias para apuração e imputação de responsabilidade administrativa e civil às pessoas jurídicas que praticaram atos contra a Administração Pública Federal.

Diante desse contexto, surge a indagação sobre a problemática a ser enfrentada no presente estudo no sentido de avaliar se o Poder Legislativo deve conferir as prerrogativas necessárias aos membros da AGU para que fosse viável realizar o devido combate à corrupção contra a Administração Pública.

Defende-se o posicionamento de que deve haver a consolidação institucional da AGU, aliada à concessão da independência funcional aos seus membros, para que seja possível o efetivo combate à corrupção e o controle de legalidade dos atos administrativos.

A metodologia utilizada neste estudo é baseada na análise do conjunto normativo vigente, assim como na doutrina e jurisprudência pátria, que estabelece significativa competência de atuação da AGU, inclusive no controle de legalidade dos atos administrativos, e da relevância

da independência funcional para o desempenho das atividades. Além disso, aborda-se à atuação em casos concretos, notadamente na celebração de acordos de leniência e no trabalho proativo realizado para que ocorra o ressarcimento ao erário do prejuízo causado à Administração Pública.

Para uma devida compreensão do assunto, será apresentada definição de um marco teórico que possibilite a demonstração da relevância da advocacia pública, máxime como função essencial à justiça e da necessidade de independência funcional para que a atuação dos membros da AGU ocorra sem ingerência indevida.

O primeiro tópico deste estudo aborda a competência privativa conferida à AGU para realizar o assessoramento jurídico e representação judicial da Administração Pública Federal, sendo conferida relevante competência no controle da legalidade dos atos administrativos e, também, na prevenção e resolução extrajudicial de conflitos, dentre outras atribuições.

Já o segundo tópico avalia a função exercida pela AGU na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que tenha praticado ato lesivo contra a Administração Pública Federal, havendo referência aos dispositivos existentes nas normas que tratam da ação civil pública e da improbidade administrativa, assim como na análise de dispositivos existentes na LAC.

Por sua vez, o último tópico versa sobre a relevância de conferir independência funcional aos membros da AGU para que haja o necessário combate à corrupção, assim como a devida defesa da legalidade e da moralidade, ampliando sobremaneira a efetividade da LAC.

O enfoque da pesquisa realizada é fundado na atuação da AGU, que realiza o assessoramento jurídico e representação judicial das entidades integrantes da Administração Pública Federal. Porém, as conclusões e reflexões sobre o assunto podem ser aplicadas a advocacia pública, na esfera estadual e municipal.

1. A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

O art. 131 da Constituição da República estabelece que a AGU tem como função a representação judicial e extrajudicial da União, sendo uma instituição que exerce função essencial à justiça.

O Supremo Tribunal Federal – STF já se pronunciou de forma peremptória sobre a competência privativa dos membros da advocacia pública para realizar o assessoramento jurídico e a representação judicial das entidades públicas.

A decisão proferida pelo STF, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5215, afirma o caráter privativo das competências dos Procuradores do Estado junto às assessorias jurídicas da Administração Direta e procuradorias das autarquias e fundações estaduais para realizar a atividade de assessoramento jurídico e de representação judicial das entidades públicas estaduais, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, como se constata da leitura da ementa do referido julgado:

Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda à Constituição Estadual que cria o cargo de Procurador Autárquico, em estrutura paralela à Procuradoria do Estado. Inconstitucionalidade formal e material. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que viola a separação dos poderes emenda à Constituição Estadual que trate de regime jurídico de servidores públicos, em razão de se tratar de matéria reservada à lei ordinária e de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. 2. O exercício da atividade de representação judicial e de consultoria jurídica no âmbito dos Estados e do Distrito Federal é de competência exclusiva dos Procuradores do Estado (art. 132, CF/88), sendo vedada a criação de Procuradoria Autárquica para a consultoria e o assessoramento jurídico das autarquias e fundações estaduais. 3. O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta, com exceção dos seguintes casos: (i) procuradorias jurídicas nas Assembleias Legislativas e Tribunais de Contas para a defesa de sua autonomia e assessoramento jurídico de suas atividades internas (ADI 94, Rel. Min. Gilmar Mendes); (ii) contratação de advogados particulares em casos especiais (Pet 409-AgR, Rel. Min. Celso de Mello); e (iii) consultorias paralelas à advocacia estadual que já exerciam esse papel à época da promulgação da Constituição de 1988 (art. 69 do ADCT). 4. Na linha dos precedentes desta Corte, considero que as universidades estaduais também podem criar e organizar procuradorias jurídicas, em razão de sua autonomia didático-científica, administrativa, financeira e patrimonial (art. 207, caput, CF/88). Tais órgãos jurídicos exercem um papel fundamental na defesa dos interesses das universidades, inclusive em face dos próprios Estados-membros que as constituíram. Portanto, em razão da autonomia universitária e seguindo a lógica da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, a existência dessas procuradorias não viola o art. 132 da Constituição. 5. A transformação de cargos e a concessão de equiparação remuneratória entre cargos distintos constituem flagrantes violações à regra do concurso público (art. 37, II, c/c art. 132, CF/88), à vedação de equiparação ou vinculação remuneratória entre cargos públicos diversos (art. 37, XIII, CF/88) e aos critérios de fixação remuneratória dos servidores públicos (art. 39, §1º, CF/88). 6. Procedência do pedido, com a fixação da seguinte tese: “É inconstitucional a criação de Procuradorias Autárquicas no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, em razão da violação à unicidade orgânica da advocacia pública estadual”.

Não obstante o julgado fazer referência à Procuradoria do Estado, tem-se que a exegese da decisão exarada pelo Pretório Excelso é no sentido de abarcar a atribuição privativa da advocacia pública, na esfera federal, estadual e municipal, para representar judicialmente e assessorar extrajudicialmente os agentes e entes públicos.

Após a abordagem no plano constitucional sobre a função da advocacia pública, insta destacar que a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, disciplina a sua atribuição para representar a União no âmbito da esfera judicial, assim como extrajudicialmente, inclusive mediante atividade de consultoria e assessoramento jurídico.

Diante da atribuição constitucional e legal de representar a União judicialmente e realizar o assessoramento extrajudicial, a legislação brasileira vem atribuindo expressamente competências à AGU, notadamente no que se refere ao combate de ilicitudes cometidas contra a Administração Pública Federal.

A Constituição Federal, no art. 103, § 3º, prevê relevante função à AGU, por meio do Advogado-Geral, relacionada à defesa da lei ou ato normativo, que é objeto de controle de constitucionalidade no âmbito do STF, atuando, deste modo, como curador (defensor legis) das normas legais e infralegais, inclusive de origem estadual. A referida defesa torna-se dispensável quando o próprio STF já fixou entendimento pela inconstitucionalidade da norma.

A redação do art. 38, Parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, confere a competência da advocacia pública para examinar e aprovar

as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes.

O art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, estabelece a obrigatoriedade da apresentação de manifestação jurídica pela advocacia pública federal, antes da emissão da decisão pelo agente público competente, nos processos administrativos disciplinares, que versem sobre a aplicação de penalidades relativas à demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade de servidor público ou mesmo reintegração de servidor público em cumprimento de decisão judicial.

Destaque-se, também, a atribuição expressa conferida à AGU para representar a União e as entidades da Administração Pública Federal perante o juízo arbitral, referentes aos litígios no âmbito do setor portuário, de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, sendo certo que a arbitragem, como método alternativo de resolução de conflitos, avança significativamente, máxime no campo da Administração Pública empresarial (ARAGÃO, 2017).

Vale acrescentar que a AGU possui competência legal relevante, no que concerne à utilização da consensualidade para dirimir conflitos na Administração Pública Federal mediante a prevenção e a resolução extrajudicial de conflitos, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF, existente na AGU, desempenha importante função de solucionar, mediante conciliação, as controvérsias entre a União e os demais entes federais ou entre esses e as Administrações Públicas estaduais e municipais.

A atuação da CCAF pode ocorrer tanto em conflitos que já estão judicializados, quanto em controvérsias existentes na seara administrativa, constituindo, portanto, alternativa extrajudicial de resolução de conflito.

Especificamente sobre a competência legal atribuída à AGU relacionada à prática de ilicitudes cometidas contra a Administração Pública, cumpre lembrar a Lei nº 8.429/1992, que também disciplina o cometimento de improbidade administrativa, estabelece a atribuição de a advocacia pública requerer ao juízo estatal a decretação do sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado prejuízo ao patrimônio público, assim como a incumbência para o ajuizamento da ação de ressarcimento ao patrimônio público.

Nessa mesma linha argumentativa, é imperioso asseverar que a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, estabelece atribuições relevantes à advocacia pública, como será abordado nos próximos tópicos.

A respeito da relevância da função exercida pela advocacia pública, é imprescindível transcrever os seguintes argumentos doutrinários de José Afonso da Silva, apresentados no texto intitulado de *A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito*, em que é abordada, com muita propriedade, a imprescindibilidade da advocacia pública no adequado funcionamento da Administração Pública (SILVA, 2002):

(...) a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo “quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado”. Pois, o “arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valorização de interesse público”. Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares.

Pode-se afirmar que a advocacia pública representa um valoroso órgão de assessoramento jurídico, caracterizando-se como função essencial à justiça e com atuação imprescindível na proteção do patrimônio público e na defesa dos princípios que devem reger a atuação dos entes públicos (COUTINHO, 2015).

Deste modo, é factível sustentar que a AGU possui função essencial e indispensável na representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal, exercendo suas atribuições no sentido de preservar e garantir a legalidade (juridicidade).

Vale lembrar que constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição Federal. Portanto, o agir administrativo pode encontrar

fundamento e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador (BINENBOJM, 2008).

2. A FUNÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A partir da leitura da Lei nº 12.846/2013, verifica-se que o legislador ordinário atribuiu significativa competência à advocacia pública nos procedimentos necessários para responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que cometeu irregularidade contra a Administração Pública.

No âmbito da responsabilização administrativa, compete à advocacia pública avaliar a sanção proposta pela comissão responsável pelo processo de apuração de responsabilidade. Após a elaboração da manifestação jurídica, que analisou a sanção proposta no aspecto jurídico-formal, o agente público competente proferirá a respectiva decisão administrativa.

Por outros dizeres, a autoridade responsável designará comissão composta por dois servidores estáveis que analisará, por meio de processo administrativo de apuração, o cometimento de atos lesivos contra a Administração Pública. O relatório da comissão que recomendar a aplicação de sanção, que pode ser multa pecuniária e publicação extraordinária de decisão, deverá ser submetido à apreciação da advocacia pública, para, posteriormente, ser encaminhado à autoridade competente para o respectivo julgamento administrativo.

A referida manifestação jurídica da advocacia pública possui caráter vinculante, motivo pelo qual o agente público responsável pelo julgamento do processo de apuração de responsabilidade deve seguir a orientação jurídica ali apresentada, quer seja para aplicar a sanção, quer seja para isentar de responsabilidade a pessoa jurídica.

Apesar de não haver norma legal que estabeleça expressamente uma classificação das manifestações jurídicas elaboradas pela advocacia pública, existe decisão do STF, no Mandado de Segurança nº 24.631, que estabelece as seguintes categorias de pareceres jurídicos: i) parecer jurídico meramente opinativo, sem caráter vinculante, quando a consulta realizada pelo agente público é facultativa; ii) parecer jurídico vinculante, quando a consulta é obrigatória, o ato deve ser praticado à luz da orientação apresentada. Caso

não haja concordância com a orientação jurídica, deve submeter o caso concreto a uma nova manifestação jurídica; iii) parecer vinculante, quando a lei determina que o agente público deve obrigatoriamente decidir nos termos da manifestação jurídica, ou, então, não decidir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. (...)

Deste modo, a autoridade competente para a imposição de sanção administrativa deve observar os termos do parecer jurídico, que tem caráter vinculante, sendo possível requerer reapreciação da matéria pelo órgão responsável pelo assessoramento jurídico, quando não houver concordância com os termos do primeiro parecer jurídico, uma vez que o art. 6º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, estabelece que a imposição de penalidade deve ser precedida de manifestação jurídica elaborada pela advocacia pública.

Além da atuação na seara da responsabilização administrativa da pessoa jurídica, a advocacia pública possui a atribuição de propor demanda judicial com o escopo de responsabilizar civilmente a pessoa jurídica que tenha cometido ato lesivo contra a Administração Pública.

A referida competência de ajuizar ação judicial, conferida à advocacia pública, é concorrente, porquanto o legislador ordinário conferiu também

ao Ministério Público a possibilidade de requerer, na esfera judicial, a aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras.

Neste ponto, verifica-se a existência de similitude entre a Lei nº 12.846/2013 e a Lei nº 8.429/1992, uma vez que o legislador ordinário optou pela competência concorrente entre o Ministério Público e a advocacia pública (como representante judicial da pessoa jurídica de direito público).

Cite-se, ainda, a existência de competência concorrente entre a advocacia pública (desempenhando a função de representante judicial dos entes públicos) e o Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, consoante dispõe o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (MAGALHÃES, 2013).

Diante do exposto, afigura-se que a AGU, no exercício de suas funções de assessoramento técnico-jurídico ou de representação judicial, possui papel relevante na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que tenha praticado ato lesivo contra a Administração Pública Federal.

3. A NECESSIDADE DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Após a abordagem das atribuições conferidas à advocacia pública e, conseqüentemente, à AGU, na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que perpetrar ato ilegal contra a Administração Pública, é imperioso avaliar a necessidade da independência funcional dos seus membros para que as referidas funções sejam exercidas de forma plena.

Como é consabido, a AGU está inserida na organização hierárquica da Administração Pública Federal, não possuindo autonomia administrativa. Ademais, a AGU não é uma instituição independente, apesar de ser enquadrada como uma função essencial à justiça, nos termos da Constituição Federal, exercendo, ainda, função típica de Estado.

Nos termos do ordenamento jurídico vigentes, os membros da AGU não possuem a independência funcional como foi atribuída aos integrantes do Ministério Público, sendo certo que a existência de subordinação pode obstar o efetivo desempenho das atribuições legais conferidas, notadamente

no que se refere ao combate à corrupção na própria Administração Pública Federal.

Não obstante a inexistência de independência funcional, a advocacia pública, no desempenho da função de assessoramento jurídico, exerce a função de controle interno da Administração Pública, na medida em que verifica a conformidade dos atos administrativos com o sistema jurídico, razão pela qual é possível a existência de situações em que a atuação do advogado público, como curador da legalidade, pode ser mitigada em virtude da ausência da independência funcional.

A respeito da situação acima apresentada sobre o desvirtuamento do assessoramento jurídico realizado pela advocacia pública, convém citar a abordagem realizada por Maria Sylvia Zannella Di Pietro, em artigo publicado sobre a advocacia pública como função essencial à justiça (PIETRO, 2016):

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito — que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos — consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressalvar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.

Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o

órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias estaduais e municipais — já que integram o Poder Executivo —, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir.

Conforme se depreende da avaliação apresentada pela Di Pietro, que já exerceu o cargo de Procuradora do Estado de São Paulo, é imprescindível que os membros da advocacia pública possuam independência funcional com o objetivo de que não sejam submetidos às vontades políticas que estejam em dissonância com o ordenamento jurídico.

Os agentes públicos, qualificados como advogados públicos, devem observar, no desempenho de suas atribuições, o princípio da juridicidade e do interesse público, não sendo admitido pautar suas atividades no interesse privado ou egoístico de agentes políticos. O interesse público deve ser compreendido como o interesse comum da coletividade, sendo esse o interesse primário, que não se confunde, por sua vez, com o interesse público secundário, que representa o interesse do aparelhamento administrativo, assim como não se mistura com o interesse pessoal do agente público (FERRAZ; DALLARI, 2007)

Qualquer interesse qualificado como decisão de agente político, que exteriorize violação da ordem jurídica, contrarie o interesse público ou transgrida princípios jurídicos, não merecerá guarida para ser chancelada ou defendida por advogados públicos (CABRAL, 2018).

A necessidade de independência funcional dos membros da AGU, permite a atuação profissional baseada na imparcialidade, havendo submissão ao império da Constituição Federal e da legislação produzida pelo Congresso Nacional, preservando-se, dessa forma, o controle de atos administrativos ao disposto no princípio constitucional da legalidade e da moralidade.

Como sustenta José Afonso da Silva, no Estado Democrático de Direito, a advocacia pública está investida do papel de defesa da moralidade pública e, também, da legalidade, não exercendo, tão somente, a função

meramente jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública (SILVA, 2002).

O citado doutrinador destaca a amplitude e importância da tarefa da advocacia pública no Estado Democrático de Direito na medida em que o assessoramento jurídico realizado constitui filtro contra a prática de atos por agentes públicos que contrariem o sistema jurídico brasileiro (SILVA, 2002).

Logo, a AGU, quer seja na representação judicial ou extrajudicial, tem função de relevo na adoção das medidas necessárias para conferir efetividade à Lei nº 12.846/2013, que representa instrumento de destaque no combate à corrupção.

Na referida Lei existe a previsão de haver a celebração do acordo de leniência, tendo em vista o objetivo de garantir a efetividade da colaboração realizada pela pessoa jurídica que praticou atos lesivos à Administração Pública, por meio da identificação de outros elementos envolvidos na infração e da obtenção célere de informações e/ou documentos comprobatórios do ilícito apurado (CAMPOS, 2015).

Contudo, verifica-se que o legislador ordinário excluiu a participação obrigatória da AGU na celebração do acordo de leniência, pelo que inexistente o necessário controle de legalidade dos atos praticados pelos agentes públicos para realizar o mencionado acordo.

Não subsiste dúvida de que é possível a participação da advocacia pública, na hipótese de consulta realizada pelo agente público competente para celebração do acordo de leniência, porém não existe imposição legal para que os membros da AGU participem da elaboração dos termos do citado acordo de forma cogente.

A Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que alterava a Lei nº 12.846/2013, estabelecia competência expressa à advocacia pública na celebração de acordo de leniência. Contudo, houve a perda da vigência dos artigos da Medida Provisória anteriormente citada, sem que houvesse a sua conversão em lei.

Em virtude do objetivo do acordo de leniência, que é potencializar a capacidade investigativa do Estado, por meio da apresentação de meios probantes válidos fornecidos pelos colaboradores, os quais seriam de difícil obtenção pelos métodos tradicionais, é factível sustentar que a ausência de intervenção da advocacia pública pode comprometer a obtenção válida das

provas imprescindíveis para demonstração das ilicitudes perpetradas contra a Administração Pública e a sua posterior utilização para responsabilização administrativa e civil (ZIMMER, 2019).

A averiguação de meios probatórios fornecidos por colaboradores que cometeram ilicitudes e que almejam celebrar acordo de leniência para obter os benefícios legais deve ser realizada com a devida cautela e em estrita observância do sistema jurídico para que haja a devida punição aos acusados de atos de corrupção, sendo certo que os membros da advocacia pública, como operadores do direito, são habilitados para verificar a conformidade da prova apresentada pelo colaborador, bem como avaliar a configuração da responsabilidade administrativa por ato cometido por pessoa jurídica.

Por óbvio, a não participação obrigatória dos membros da advocacia pública na celebração do acordo de leniência, assim como a mitigação da independência funcional podem significar prejuízo no controle de legalidade realizado no assessoramento jurídico, facilitando a prática de corrupção no âmbito da Administração Pública.

Apesar da inexistência de dispositivo legal na Lei nº 12.846/2013, que fixe a competência da advocacia pública, na celebração do acordo de leniência, convém citar que, no ano de 2018, a AGU e a Controladoria Geral da União – CGU firmaram acordo com a empresa Odebrecht, investigada pela conhecida operação Lava-Jato, sendo estabelecido o ressarcimento aos cofres públicos do valor de 2,7 bilhões de reais, referente ao pagamento de dano, multa e enriquecimento ilícito (CGU, 2018).

Merece destaque, também, que a atuação em conjunto da CGU e da AGU permitiu a celebração de mais de 10 acordos de leniência, resultando no pagamento aos cofres públicos do valor de R\$ 13,67 bilhões reais. E, ainda, estão em tratativas mais de 20 acordos (CGU, 2020).

Depreende-se, portanto, que os membros da AGU vêm atuando diretamente em acordos de leniência, firmados no âmbito da União, que envolvem bilhões de reais, apesar de não existir a obrigatoriedade legal na sua participação, e, outrossim, não existir a prerrogativa da independência funcional, que preserva a imparcialidade do advogado público e permite que o desempenho das atividades de representação extrajudicial seja fundado na salvaguarda da legalidade e da moralidade.

A respeito da relevância da participação da advocacia pública nas tratativas e na própria celebração do acordo de leniência para

que seja possível a prestação do devido assessoramento jurídico à autoridade competente para firmar acordo de leniência, vale citar o seguinte argumento doutrinário que ressalta a função dos membros da advocacia pública na defesa da supremacia do interesse público (COUTINHO, 2015):

Nesse aspecto, cite-se, exemplificativamente, a possibilidade de participação da advocacia pública nos acordos de leniência a serem celebrados com a Administração Pública, a qual (muito embora não esteja prevista na Lei 12.846/2013) constitui-se como medida salutar para a defesa do interesse público, permitindo-se que as pessoas jurídicas responsáveis por atos lesivos façam um acordo de colaboração com a Administração Pública para investigações relacionadas ao tema em análise, possibilitando, inclusive, a redução da multa aplicável, caso preenchidos os requisitos legais.

Assim, parece-nos fundamental que seja possibilitada à advocacia pública a oportunidade de manifestar-se nos acordos de leniência a serem eventualmente firmados pelos entes estatais, de modo a auxiliá-los no processo de tomada de decisão.

No âmbito da representação judicial, a significativa atuação contenciosa da AGU, no combate à corrupção, é perceptível diante do expressivo número de 1055 ações judiciais propostas, no primeiro semestre do ano de 2020, em face de acusados de corrupção e improbidade administrativa, sendo cobrado o pagamento de mais de R\$ 2,4 bilhões de reais de pessoas físicas e jurídicas que praticaram irregularidades contra a Administração Pública Federal (AGU, 2018).

A propositura de ações de improbidade administrativa ou de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e políticos, assim como de grandes grupos econômicos também requer a indispensável independência funcional dos membros da advocacia pública no sentido de que seja preservada sua atuação profissional em defesa do interesse público, sem ingerências indevidas.

Deste modo, afigura-se a relevância da independência funcional dos membros da AGU, com a finalidade de garantir a imparcialidade no desempenho de suas atividades, permitindo que a atuação, na representação judicial e extrajudicial, preserve o controle de legalidade no processo administrativo ou judicial de responsabilização de pessoa jurídica que praticou ato lesivo contra a Administração Pública Federal, como estabelecido na Lei nº 12.846/2013.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face aos fundamentos acima apresentados, afigura-se que a Lei nº 12.846/2013 representa importante instrumento legal de combate à corrupção contra a Administração Pública, na medida em que está em plena sintonia com o princípio constitucional da moralidade (art. 37, caput, da Constituição Federal) e com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, dentre eles, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, Convenção Interamericana contra a Corrupção - CICC, elaborada pela Organização dos Estados Americanos - OEA, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - CNUCC.

No âmbito federal, a Advocacia-Geral da União – AGU, no exercício da sua competência privativa de representação judicial e extrajudicial da União, possui função relevante na adequada implementação da Lei nº 12.846/2013, tendo em vista que a sua atuação está diretamente relacionada à observância da legislação aplicável para a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica que tenha praticado ato lesivo contra a Administração Pública Federal.

Nesse contexto e em razão da possibilidade de interferência indevida advindas de interesses escusos que contrariam o sistema jurídico, a independência funcional dos membros da advocacia pública constitui fator relevante para que a conhecida Lei Anticorrupção Brasileira seja efetivamente aplicada no sentido coibir a prática de atos de corrupção contra as entidades públicas.

Assim, o efetivo combate a corrupção, decorrente da aplicação da Lei nº 12.846/2013, como instrumento de responsabilização da pessoa jurídica que cometeu ato lesivo em face da Administração Pública Federal, perpassa o fortalecimento da AGU e a concessão da prerrogativa da independência funcional dos seus membros para que atuem, tão somente, sob o manto da probidade, eficiência, dentre outros valores tão relevantes existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. *Controladoria-Geral da União – CGU*, 2018. Disponível em: < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Controladoria-Geral da União – CGU*, 2020. Disponível em:<<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. >. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)*. ADI 5215/GO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda à Constituição Estadual. Criação de estrutura paralela para cargo de procurador autárquico. Inconstitucionalidade formal e material. Competência exclusiva dos procuradores do Estado. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e outros. Relator (a): Ministro Roberto Barroso, de 28 de março de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750294436>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)*. MS 24631/DF. Mandado de Segurança. Parecer técnico-jurídico. Caráter vinculante. Responsabilidade do parecerista. Impetrante: Sebastião Gilberto Mota Tavares. Impetrado: Tribunal de Contas da União, de 09 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1234-1313, dez. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/429>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2^a. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CABRAL, Flávio Garcia. A efetivação do princípio da boa administração pública pela atuação da Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v.10, n.3, p.85-99 jul./set. 2018.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013- Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 2, n. 1, p.160-185, 2015.

COUTINHO, Nilton C. A. *Probidade e ética na gestão pública: a Lei nº 12.846/2013 e a importância do advogado público no combate à corrupção*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 65-70, maio 2015.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013- Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 2, n. 1, p.160-185, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, v. 11, n. 2, Fortaleza, 2013, p. 26-48.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 9-21, jan./mar. 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *A Advocacia Pública como função essencial à Justiça*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justical>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 230: 281-289, Out./Dez. 2002.

ZIMMER, Aloísio. *Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. Irene Patrícia Nohara, Fabricio Motta, Marco Praxedes (coords.). Coleção Soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I – Administração Pública. São Paulo: Thomson Reuters - RT, 2019.