

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Maria De Fatima Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-295-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 56 - Direito Administrativo e Gestão Pública II, durante o XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Curitiba - PR, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central – Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática foi pensada para se refletir sobre o desenvolvimento gerador de desigualdades sociais e regionais de toda ordem.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliações por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e áreas afins. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Administrativo e Gestão Pública II, tiveram como destaques as abordagens sobre a discricionariedade administrativa, princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, responsabilidade civil do Estado por sanções políticas tributárias, o município e o federalismo fiscal, licenciamento ambiental, comissões de licitação, Advocacia Geral da União, licitação sustentável, prorrogação de contratos públicos, dentre outros.

Os 19 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Tributário na medida em que abordam itens relacionados à administração pública, responsabilidade dos gestores e questões peculiares da gestão pública. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos

eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de ideias.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e, ao mesmo tempo, agradecemos aos autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima - FUMEC

**A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO ESTADO BRASILEIRO
FEDERAL PUBLIC ATTORNEY AND THE BRAZILIAN STATE**

Ricardo Luiz Sichel

Resumo

A advocacia pública assume um papel vital na defesa da legalidade dos atos proferidos pela Administração Pública. Exatamente por esse papel, ela não se confunde com a advocacia de governo, na medida em que constitui uma função permanente do Estado.

Palavras-chave: Advocacia de estado, Institucionalidade, Estado de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The public attorney has an important task in order to ensure the respect of the legal determination in administrative acts. In order to grant it, it is not a Government's lawyer, because its action is not limited to a Governmental term.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public attorney, Institutions, Democratic state

0 – INTRODUÇÃO

Inicialmente, para o entendimento do papel da Advocacia-Geral da União (AGU) na defesa do Estado Brasileiro, deve-se ter em mente os antecedentes históricos e, desta forma, traçar o cerne desta atuação.

A advocacia pública assume um papel vital na defesa da legalidade dos atos proferidos pela Administração Pública. Exatamente por esse papel, ela não se confunde com a advocacia de governo, na medida em que constitui uma função permanente do Estado.

Inicialmente, produz-se um levantamento dos antecedentes históricos da Advocacia Pública. Neste exame, se faz o levantamento histórico, com base na evolução histórica, remontando ao período colonial. Em um segundo momento, promove-se a coletânea da legislação pertinente, incluindo a do período do Império e posteriormente ao da República. Este exame tem sua conclusão, com as alterações ocorridas com o advento da Constituição da República de 1988.

Posteriormente, promove-se uma análise da Advocacia-Geral da União, como integrante da advocacia pública e o seu papel como órgão de Estado. Para tanto, efetua-se a distinção entre um ente de Governo e de Estado, em especial no que se refere ao controle da legalidade dos atos administrativos exarados.

Em seguida, é contextualizada a ação da Advocacia-Geral da União no Brasil. Neste tópico são abordadas questões relativas a sua competência, defesa do erário. Busca-se o exame destas atribuições como um dos elementos de defesa do Estado Democrático de Direito.

1. DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Em artigo veiculado através de publicação “Mudança Já”, no ano de 2004, tem-se a exata importância da Advocacia-Geral da União (2010):

A atuação da Advocacia Geral da União em ações judiciais, com vitórias em diversos Tribunais, resultou numa economia de aproximadamente R\$111 bilhões aos cofres públicos, em apenas três ações. Além disso, o valor das execuções judiciais movidas contra a União foi de cerca de R\$7,2 bilhões, dos quais a AGU impugnou cerca de R\$5,3 bilhões, que estão sendo submetidos à

apreciação judicial. Por outro lado, as ações em favor da União, resultaram no valor aproximado de R\$190 milhões, já tendo sido recolhidos aos cofres públicos cerca de R\$30 milhões.

Portanto, a ação da Advocacia-Geral da União, como instrumento do Estado, se faz cada vez mais marcante, ante aos inúmeros desafios e complexidades que envolvem as relações jurídicas nos tempos hodiernos e a necessidade de uma constante atualização, dos seus membros, de forma a atender as necessidades da Sociedade Brasileira.

Até o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, passava o Brasil pelo Regime Político estabelecido pelo Movimento Militar de 1964, tendo sido, para tanto, editada a Constituição de 1967, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69.

Entretanto, a defesa do Estado ficava a cargo o Ministério Público da União, modelo este trazido do Direito Português, e nesta orientação mantido pelo Ordenamento Jurídico, até o advento da Constituição da República de 1988. Naquela época, não havia a estrutura atual, como se verifica do sítio do Ministério Público da União mas sim uma fusão de atribuições em um mesmo órgão (2010):

Não havia o Ministério Público como instituição. Mas as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 já faziam menção aos promotores de justiça, atribuindo a eles o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal. Existiam ainda o cargo de procurador dos feitos da Coroa (defensor da Coroa) e o de procurador da Fazenda (defensor do fisco).

A título ilustrativo, transcreve-se as regras pertinentes nas diversas Constituições Brasileiras e normas legais pertinentes, que expressamente trataram a matéria:

Constituição Federal de 1889

Art. 58

§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei

Este preceito constitucional veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que em seu artigo 22 dispunha:

Art. 22. Compete ao procurador geral da Republica:

- a) exercer a ação publica e promovê-la até final em todas as causas da competência do Supremo Tribunal;
- b) funcionar como representante da União, e em geral officiar e dizer de direito em todos os feitos submetidos á jurisdição do Supremo Tribunal;
- c) velar pela execução das leis, decretos e regulamentos, que devem ser applicados pelos juízes federais;
- d) defender a jurisdição do Supremo Tribunal e a dos mais juízes federais;
- e) fornecer instruções e conselhos aos procuradores seccionais e resolver consultas destes, sobre matéria concernente ao exercício da justiça federal.

Constituição Federal de 1934

Art 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

Constituição Federal de 1937

Art 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Constituição Federal de 1946

Art 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum* .

Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Observo, neste momento, que a Lei nº 1341, 30 de janeiro de 1951, estabeleceu o Ministério Público da União, sendo o mesmo integrante do Poder Executivo e composto pelo Ministério Público Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho. Com a Constituição de 1967, foi mantida a mesma essência, é de ler-se:

Art 137 - A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juizes e Tribunais Federais.

.....

§ 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Esta função permaneceu intocável, até o advento da Constituição vigente, sendo que ao Ministério Público, também, competia o controle da constitucionalidade das normas legais. Portanto, o mesmo Órgão que procedia ao controle da constitucionalidade das normas legais, agia em defesa do Poder Executivo, numa clara cumulação de competências, que fatalmente levaram a conflitos de competência.

Com a Constituição de 1988, esta questão foi reestruturada. Nos termos do artigo 127 da Lei Maior, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis. Esta mesma Carta Magna estabeleceu a criação de um ente especializado na defesa da União, através do preceito contido no artigo 131, é de ler-se:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Com esta separação de atribuições e competências, não se tem mais situação em que em uma demanda judicial, o representante de autor e réu fique a cargo da mesma Instituição, como anteriormente acontecia.

Com o advento da Advocacia-Geral da União, dotou-se o Estado Brasileiro de uma Instituição, calcada em preceito constitucional, que constitui um de seus múltiplos pilares, garantindo, desta forma, uma visão mais moderna e eficiente no trato da coisa pública, ao mesmo tempo em que se garante maior independência e fiscalização nas atividades exercidas pela Administração Pública, ao se estatuir pela autonomia e independência funcional do Ministério Público.

2- DO PAPEL DA AGU NA DEFESA DO ESTADO

2.1 DA CONCEITUAÇÃO DE ESTADO

Ponto inicial e primordial se refere à delimitação do conceito de Estado, para a compreensão do papel institucional da Advocacia-Geral da União. O entendimento desse conceito, seus limites é vital, na medida em que se estará desta forma enquadrando o papel de um Ente criado pela Constituição Federal de 1988, dentro da filosofia e das mudanças propostas pela Assembléia Nacional Constituinte, e não em visão clássica, de caráter fazendário, onde a sociedade era vista em contraponto ao Estado, onde este se servia do cidadão e não ao contrário.

O acréscimo de atividades do Estado, no dizer de Celso Ribeiro Bastos (1998), acaba por colocar em risco a liberdade do indivíduo. Para tanto, mister é definir o conceito e o papel do Estado e dentro desta visão as definições de Governo e Administração Pública.

Nesse contexto, chama destaque os ensinamentos de Hans Kelsen (2007, p. 4) acerca da existência de uma Lei Fundamental e a sua colocação no ápice da pirâmide, de forma a garantir o seu cumprimento pelas normas legais inferiores, constituindo, portanto em elemento caracterizador do Estado de Direito. O Estado, entretanto, nem sempre está a serviço do interesse coletivo, passando, por vários momentos históricos, a servir a determinados grupos políticos e sociais, em detrimento de parcela de população, violando

seus direitos básicos. Assim não tendo a preocupação básica de prestar contas de seus atos; os gestores do Estado se serviam da máquina estatal para a satisfação de interesses particulares ou grupais, numa autêntica privatização do Estado, sem a existência de entidades controladoras, com real poder para o exercício de seu mister. O nível desta situação chegava a tal refinamento que a justificativa de ser desta forma de Estado repousava em um “ordenamento jurídico”, porém este dotado de pouca efetividade, constituído de normas não exequíveis e sujeito a ser alterado a qualquer momento, por força e vontade dos detentores do poder. Muito embora, no campo teórico, houvesse uma normativa legal, nesses casos é cedo entender pela inexistência de um Estado de Direito, na medida em que este conceito não pode ficar limitado, de forma estrita, a existência de um Ordenamento Jurídico, necessita, obviamente, para a sua existência da consolidação de um processo democrático, de forma a servir de garantia contra a ingerência excessiva do Estado, bem como evitar que espoliação de direitos de qualquer parcela da sociedade. O Estado tem como meta atender a sociedade, ele existe para benefício desta e não ao contrário.

Consoante essa sistemática constitui a Advocacia-Geral da União instrumento de defesa do Estado Brasileiro, pressupondo a sua limitação a padrões éticos e morais, ligados a justiça, a moralidade, a defesa dos direitos e liberdades do ser humano, bem como a busca incessante da justiça social, com o combate de qualquer mazela que contamine o ente estatal, nesse caso, ganhando especial destaque a corrupção.

Portanto, quando se estabelece a função institucional da Advocacia-Geral da União, esta tem por pressuposto, a moralidade que deve reger os atos da Administração do Estado Democrático de Direito. Merece, também destaque ensinamento de Canotilho, transcrito por Vinício C. Martinez (2010), em artigo publicado sob o título Estado de Direito:

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.

O mesmo autor cita ensinamentos do Miguel Reale *in* Martinez (2010), que bem colocam a temática, a luz da Assembléia Nacional Constituinte, eleita com o fim de elaborar a atual Carta Magna .

Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdade.

Desta forma, é possível afirmar que o Direito Administrativo encontra seu espaço somente em um Estado de Direito, ante a necessidade de limitar e regulamentar o Poder Estatal, de forma a que não fique, ilimitadamente, a sabor da discricionariedade do soberano. O Direito Administrativo está condicionado, para se tornar efetivo, a atos calcados em moralidade e impessoalidade, sob pena de se converter em sistema jurídico voltado a “legalizar” atos arbitrários.

A questão merece relevo uma vez que a AGU não se constitui em um simples órgão destinado a defender o Poder Executivo, mas sim um ente, criado pelo Poder Constituinte Originário, com este mister, servido de instrumento do Estado e não de um Governo. Para isso se faz relevante a distinção entre Governo e Administração Pública.

Enquanto o Governo é passível de alternância, tem metas de cunho político a ser atendidas, o conceito de Administração Pública se baseia no seu caráter permanente, no seu cunho profissional, voltado a atender aos fins do Estado, não as metas de um determinado Mandatário. Enquanto o Governo é formado por Agentes Políticos, com responsabilidade civil e penal equivalentes a de um servidor público, porém sem integrar o quadro permanente da Administração Pública, o servidor público, além de pertencer de forma definitiva a um quadro, não está submetido a responsabilização política para o exercício de sua atividade funcional. Para tanto, ensina, Hely Lopes Meirelles, (2008, p. 60):

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto

das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Por esta razão, a Advocacia-Geral da União, como instrumento do Estado Brasileiro, não está a serviço de um Governo, mas sim da Administração Pública Federal, não se vinculando aos fins específicos, de natureza política e transitória, mas sim na defesa intransigente dos princípios que regem, nos termos do artigo 37 da Constituição da República, os atos da Administração Pública, isto é: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência.

Dentro dessa visão, a ação da Advocacia-Geral da União transcende a de um simples Departamento Jurídico, voltado para encontrar soluções e tentar viabilizar as pretensões do Gestor. Em primeiro lugar, esta diferenciação decorre do fato de que o Gestor não vem a ser o “dono” do Ente Administrativo, nem tampouco o preposto deste, haja vista não poder se falar em proprietário da Administração Pública, mas tão somente de que esta deve atender aos anseios da Sociedade. Por outro lado, ao identificar as atribuições da Advocacia Pública resta claro que esta tem o dever de zelar pela proteção do patrimônio público, não de um Governo específico, uma vez que se trata da defesa do interesse coletivo e dos fins da Administração Pública. A Advocacia-Geral da União tem, portanto seu compromisso para com o Estado Brasileiro e não com o Gestor momentâneo deste.

Feitas estas considerações, torna-se óbvia que a atuação da Advocacia-Geral da União tem por escopo a Administração Pública Federal, sendo que os membros do Governo desta se beneficiam se houver uma identificação de seus atos, com os princípios daquela. A Advocacia-Geral da União não se presta a defesa do Gestor público que, dolosa ou culposamente, comete atos ilícitos, uma vez que não tem a função de ser ente responsável pela advocacia de quem pratica atos ilícitos, mas sim atuar em defesa da legalidade. Este preceito cristalizou-se através da Emenda Constitucional nº 19, que substituiu a titulação do Capítulo pertinente à Advocacia-Geral da União, de forma a nominá-la como “Advocacia Pública”.

2.2 – DA AGU COMO INSTRUMENTO DE ESTADO

Para dar uma melhor visão da abrangência desse tema, vale transcrever pronunciamento do Ministro José Antônio Dias Toffoli, durante o X Congresso Brasiliense de Direito Constitucional (2007):

O verdadeiro interesse público é aquele que atende ao bem comum da sociedade, seja direta ou indiretamente.

O mesmo tema foi abordado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, durante o Seminário Brasileiro sobre Advocacia Pública Federal (2007):

À Advocacia Pública cabe, portanto, intensificar redes de interação com sua clientela, tanto para manejar com maior familiaridade a informação adquirida, como para resolver dúvidas e propor soluções para uma atuação mais racional da União.

Diferentemente da advocacia privada, a Advocacia Pública possui uma especificidade própria, qual seja, a de contribuir, com o fim último de um ethos de defesa do interesse e do patrimônio públicos, para a construção de um paradigma de prestação jurisdicional uniforme e integral, buscando impedir a existência de um sem-número de feitos homogêneos, protelatórios ou sujeitos a fraudes.

Trazidas estes abalizados ensinamentos, cumpre, para um correto e adequado entendimento da questão, constatar que o exercício da atividade administrativa pelo Estado deve-se, nos termos do artigo 37 da Constituição vigente, se pautar por princípios, merecendo destaque os da legalidade, moralidade e eficiência.

No tocante ao princípio da legalidade, no ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 57):

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um

propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.

Entender o princípio da legalidade implica na compreensão do fundamento basilar do Estado de Direito. Não se pode imaginar a construção de uma Sociedade, que busque o desenvolvimento social e econômico, calcada nos princípios universais de liberdade e justiça, que não esteja ancorada e fundamentada na obediência irrestrita a Lei, desde que esta esteja adequada e inserta, por seu turno, no compromisso do Estado com a ordem democrática. A legalidade não é um fim em si próprio, nem pode ser entendida de forma estreita, na medida em que a sua ocorrência, de forma meramente aparente, obriga o Estado, através de seus entes competentes, a refutá-la, uma vez que esta não pode confrontar-se com os princípios básicos que norteiam o Estado de Direito e os princípios republicanos de justiça e igualdade.

Já com relação ao princípio da moralidade, entende José Eduardo Martins Cardozo (1999, p. 158)

Entende-se por princípio da moralidade, a nosso ver, aquele que determina que os atos da Administração Pública devam estar inteiramente conformados aos padrões éticos dominantes na sociedade para a gestão dos bens e interesses públicos, sob pena de invalidade jurídica.

Semelhante o entendimento de Marcello Caetano (1970, p. 684):

A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Com relação à moralidade, esta decorre da própria natureza da atividade estatal. Admitir-se que o Estado possa se socorrer de atos imorais seria contrariar a sua natureza, proceder à

violação do Estado de Direito, não perseguir as finalidades de justiça e bem estar social. A imoralidade na condução da coisa pública, isto é a improbidade do agente público no trato da coisa estatal, não pode ser aceita, devendo, para tanto ser combatida, sob pena de se assim não o fizer, estar condenando o Estado a contrariar sua própria razão de existir.

Por outro lado, no tocante a eficiência administrativa, sobreleva enfatizar o que preleciona o renomado Hely Lopes Meirelles (2008, p. 90):

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Igual destaque verifica-se nos ensinamentos de José Eduardo Martins Cardozo (1999, p. 166):

Desse modo, pode-se definir esse princípio como sendo aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta que, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.

Não se admite, atualmente que a administração da coisa pública se faça de forma amadorística, sem o devido planejamento, sem o exame criterioso das opções para a solução de um determinado problema, não mais se tolerando o empirismo, uma vez que a falta de profissionalismo implica no mau uso de recursos. Estes recursos devem ser entendidos como pertencentes e submetidos a controle da sociedade, cabendo, portanto, no âmbito do Poder Executivo, à Advocacia-Geral da União o acompanhamento e o controle deste correto uso para, em conjunto com os demais Órgãos de Controle (Controladoria-Geral da União)

providenciar o ressarcimento dos danos sofridos e a correção de rumos da atividade administrativa.

A complexidade das atividades administrativas do Estado, o avanço e a sofisticação de práticas delituosas, tendo a Administração Pública como ente lesado, seja através do não recolhimento de tributos, da sonegação e da lavagem de dinheiro, ou através do uso de dinheiro público de forma indevida, decorrente da celebração de contratos ilegais, oriundos de procedimentos viciados, numa tentativa de “privatização” da coisa pública, evidenciam a necessidade de dotar a Advocacia Pública do instrumental necessário para o cumprimento de suas metas e objetivos, que em suma se identificam com a defesa do Estado Democrático de Direito.

Sobreleva destarte enfatizar que, na qualidade de instrumento do Estado a Advocacia-Geral da União, não deve sustentar o posicionamento de determinado mandatário estatal, nem tampouco de uma pessoa determinada, haja vista que esta tem por escopo a proteção dos interesses da Administração Pública, entendendo esta como atividade permanente, não temporalmente limitada, em face dos preceitos e finalidades estabelecidos pela Constituição Federal.

A defesa do Estado, tendo a AGU como instrumento, constitui, portanto, tema de instigante complexidade, na medida em que não se limita a ações perante outros Poderes e com jurisdição no Brasil, mas também na defesa dos interesses e pretensões do Estado Brasileiro, junto a Organismos Internacionais, onde merece destaque a Organização Mundial do Comércio, organismo criado pela Rodada do Uruguai do GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio, que tem sob sua competência a regulamentação de todo o comércio internacional. Igualmente, encontra-se no orbe internacional de atuação da Advocacia-Geral da União, o repatriamento de valores indevidamente transferidos ao exterior, em detrimento do Erário e geralmente fruto de atividade penalmente tipificada.

3. DA AÇÃO DA AGU NO BRASIL

A defesa do Estado Brasileiro se opera em duas frentes de igual importância e que não podem ser vistas de forma estanque e compartimentada. A primeira destas se concentra no interior da Administração Pública, com vistas a garantir um controle de legalidade da gestão,

bem como corrigir, através dos mecanismos legais existentes, irregularidades cometidas, envidando, se for o caso, na reparação do dano causado.

Já a segunda frente se situa no ambiente externo ao da Administração Pública, na representação desta e na perseguição do objetivo de resguardar e defender o Erário e assim a poupança da Sociedade Brasileira, em litígios perante os mais diversos foros. Nesse diapasão, sobreleva enfatizar que a falta de êxito da Advocacia-Geral da União, em alguma questão pontual, perante o Poder Judiciário, não pode ser interpretada como um dano causado ao Estado Brasileiro, na medida em que em uma Democracia, a expressão e a consecução de Justiça se dá através dos Tribunais e estes, em última palavra, deliberam em nome do Estado, na medida em constituem um de seus Poderes, com a função precípua de garantir o correto e adequado funcionamento das Instituições Democráticas.

Por outro lado, o sistema federativo do Estado Brasileiro enseja com que a Advocacia-Geral da União mantenha estreita relação e cooperação com as diversas Procuradorias dos Estados e dos Municípios, não sendo absurdo se falar numa comunhão de interesses existente em uma grande Advocacia Pública, que açambarque todos os Entes da Federação, pois não raras vezes a lesão sofrida por um Estado ou um Município, repercute, igualmente, negativamente na União, como verificado em uma série de ocorrências policiais, nos últimos anos.

A nível interno, o cumprimento ao preceito do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8666 de 21 de junho de 1993, tem apreciável destaque. Determina referido preceito legal:

Art. 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.

A aprovação desses instrumentos não pode ser entendida, nos tempos atuais, como um exame de caráter jurídico-formal, sem a abordagem de questões outras, cuja importância transcende ao jurídico. Obviamente, não se pode esperar do Advogado Público conhecimento em todas as áreas técnicas, nem tampouco a auditagem completa de todo e qualquer procedimento

administrativo, mas não pode prescindir a Advocacia Pública, quando da apreciação de uma questão, que lhe venha a ser submetida, do cotejamento dos fatos, de uma verificação da correta execução dos pactos firmados e da formulação de questionamentos, com a conseqüente elaboração de pareceres, aglutinando toda a sorte de informações obtidas, no intuito de preservar a legalidade, moralidade e eficiência na condução da coisa pública.

Por estes motivos, a defesa do Estado Brasileiro pela Advocacia-Geral da União não pode ter um viés corporativo, uma vez que o interesse do Estado pode se dissociar daquele sufragado pelo particular. O que importa nesses casos é a isenção de apuração dos fatos, de forma a verificar os elementos constantes no procedimento administrativo, a existência de indícios acerca da omissão de detalhes importantes e o conteúdo jurídico do parecer, uma vez que a sua adequada fundamentação, isenta o subscritor de responsabilização. Ademais, não há que se esperar da manifestação jurídica uma análise de natureza técnica (não jurídica), a não ser que, da leitura do processo e independentemente do conhecimento específico, possa-se tirar indícios suficientes de irregularidades. Portanto, importante é, a ação da AGU nesses casos como instrumento garantidor da lisura no âmbito do Estado.

Merece, outrossim, destaque o conceito de Estado dentro, obviamente, de uma visão republicana e democrática. Esta visão tem como origem a sua contraposição à monarquia absolutista, tendo em si, nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 154), a possibilidade de alternância do poder, derogando privilégios, na medida em que estes não têm espaço nesta forma de Estado e submetendo todo aquele que gere a coisa pública ao controle público, da sociedade e dos órgãos que têm esta incumbência constitucional. Nesta ótica, ensina Degenhart (2000, p. 4) o constitucionalismo alemão moderno encara o poder estatal como dependente da legitimação popular e esta há de ser contínua. Complementando esta visão, Adams (2010), entende que tem-se a noção de que a república é o governo das leis e não dos homens.

Neste contexto, tem-se que a ação dos servidores públicos atingiu um novo patamar de responsabilidades. A evolução das estruturas estatais e de suas instituições acabam por conferir um controle mais eficiente da Administração Pública, extinguindo com privilégios e vantagens, incompatíveis com a Ordem Democrática.

Portanto, como instrumento de efetivação dos fins do Estado deve a Advocacia-Geral da União ser desprovida de privilégios e submetido ao controle por quem de direito. Observa-se, por oportuno que a evolução das carreiras jurídicas, com a criação da Procuradoria-Geral Federal, possibilitou o surgimento de instrumentos que garantem a prerrogativa funcional dos membros da Advocacia Pública; não se trata de um privilégio, mas um meio de coibir o abuso de direito e garantir a independência do advogado/procurador na elaboração de pareceres, não estando este subordinado a pessoas detentoras de cargos e funções de confiança.

Por esses motivos, vital a participação da Advocacia-Geral da União no comando do exame dos atos administrativos, tanto no que se refere ao exame de minutas e editais, como também *a posteriori* na apuração e condenação daqueles que eventualmente tenham lesado o Estado.

Porém, não é no campo interno que se limita as ações da Advocacia-Geral da União. Esta se constitui no “maior escritório de advocacia do Brasil”, conforme entrevista concedida pelo Ministro José Antonio Dias Toffoli, publicada na primeira edição da Revista JuriCidades, lançada pela Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades. Exatamente em função desta magnitude, assume a Advocacia Pública papel relevante na defesa do Estado e, por conseguinte, da Sociedade Brasileira, em lides perante o Poder Judiciário.

4- CONCLUSÃO

Neste ponto, visível é o quadro das alterações legais que marcaram a defesa do Estado Brasileiro, sendo que a mais importante adveio com a Constituição de 1988. Nesta Carta Constitucional se separaram as atividades essenciais à justiça. Em primeiro, tem-se o Ministério Público, voltado para o controle da legalidade e representação da sociedade, em face de desvios cometidos por Agentes Públicos, onde o Estado acaba sendo uma das partes prejudicadas. Igualmente, como instrumento de Estado, foi constituída a Advocacia-Geral da União, que tem por meta a defesa deste. Impossível, desta forma a atuação da AGU em detrimento dos princípios constitucionais que permeiam a atividade administrativa, haja vista não se tratar de “serviço de advocacia” do gestor de Governo, mas sim representante e garantidor interno da legalidade dos atos praticados pelo Estado Brasileiro e na defesa destes, perante foro internacional e nacional.

Nesse ponto, observo que a Advocacia-Geral da União não está enquadrada no âmbito do Poder Executivo, mas sim em Capítulo Constitucional aparte (IV), intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”, onde em sua Seção I constam as atribuições do Ministério Público e na Seção II as pertinentes à Advocacia Pública. Verifica-se que o legislador pretendeu dar a esta Advocacia um grau de destaque como instrumento do Estado, no que se refere a defesa do interesse público, na órbita do Estado Brasileiro.

Portanto, em face dos normativos constitucionais, algumas alterações, no campo legislativo se fazem necessárias, para tornar efetiva a ação da AGU como instrumento de defesa do Estado Brasileiro. Em primeiro lugar, a edição de nova Lei Complementar, que estructure esta Advocacia, dotando a mesma de autonomia administrativa e financeira, além de garantir a seus integrantes a necessária independência funcional, no exercício de suas atribuições públicas. Como ressaltado pelo Texto Constitucional, deve a Advocacia-Geral da União ser encarada como Órgão Essencial à Administração da Justiça, não estando subordinado ao Poder Executivo e, destarte, em uma fase interna da Administração Pública, promover o controle da legalidade dos atos exarados.

Esta nova legislação deve garantir a isenção na escolha do Advogado-Geral da União, a existência de certa estabilidade no exercício de suas atividades e permitir que esta Advocacia-Geral possa atuar com isenção no exame dos atos que lhe são submetidos, bem como participar da defesa dos interesses do Estado, perante Tribunais brasileiros, como também, Organismos Internacionais e Governos estrangeiros.

REFERÊNCIAS

Bibliográfica

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1. ed. brasileira, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1970

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)**. IN MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999

DEGENHART, Christoph. **Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht**. 16 ed., Heidelberg: Müller, 2000

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

Legislativa

Constituição Federal de 1988

Constituição Federal de 1967, com Emenda Constitucional nº 01/69

Constituição Federal de 1967

Constituição Federal de 1946

Constituição Federal de 1937

Constituição Federal de 1934

Constituição Federal de 1889

Constituição Federal de 1824

Lei nº 8666, de 21 de junho de 1983

Lei nº 1341, 30 de janeiro de 1951

Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890

Internet

http://www.planalto.gov.br/publi_04/conteudo.pdf, acesso em 15/06/2016

<http://www.generalbundesanwalt.de/de/organisation.php>, acesso em 15/06/2016

http://dn.sapo.pt/2004/12/23/sociedade/supremo_tribunal_limita_acciao_minist.html)

<http://www.oag.state.tx.us/agency/agency.shtml>, acesso em 13/03/2016

www.mpu.gov.br, acesso em 08/04/2016

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7786>, acesso em 03/08/2016

<http://www.direito2.com.br/agu/2007/nov/9/toffoli-apresenta-papel-da-agu-na-defesa-do-estado>, acesso em 03/08/2016

<http://www.conjur.com.br/static/text/58680,1>, acesso em 03/08/2016

<http://www.ecoviagem.com.br/fique-por-dentro/noticias/ambiente/impugnado-o-registro-da-marca-cupuacu-pela-empresa-asahi-foods-4004.asp>, acesso em 03/08/2016

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9862>);, acesso em 31/07/2016

http://www.planalto.gov.br/publi_04/conteudo.pdf, acesso em 03/08/2016

<http://en.wikipedia.org/wiki/Republicanism>, acesso em 03/08/2016

www.stf.gov.br, acesso em 03/08/2016

www.stj.gov.br, acesso em 03/08/2016

www.trf2.gov.br, acesso em 03/08/2016