

Acção de improbidade pode ser condicionada a autorização de político?



Rodrigo Mudrovitsch
Advogado

Guilherme Pupe
Advogado

Informativo recente de jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal deu conta de julgamento, concluído em 17/9/2020, que teve como discussão central a (in)constitucionalidade do condicionamento legal de ajuizamento de ação de improbidade, quando manejada pela advocacia pública, à prévia autorização de Governador de Estado e de Procurador-Geral.

Mais especificamente, cuidou-se do Agravo Interno no ARE 1.165.456, relator o Ministro Marco Aurélio, por meio do qual o Estado de Sergipe buscou conferir trânsito a recurso extraordinário tirado de acórdão do Tribunal de Justiça que deixou de reconhecer autonomia funcional aos procuradores daquele Estado, motivo por que, no entender da Corte local, seria válida a exigência legal de autorização prévia.

No recurso extraordinário intentado, o Estado de Sergipe sustentou violação ao artigo 132 da Constituição Federal, a reza que *“Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”* Inadmitido, o apelo desafiaria agravo e, posteriormente, agravo interno, julgado na assentada a que se fez alusão.

Em seu voto, o Ministro relator, repisando decisão monocrática, desproveu o recurso, ao argumento de que a matéria se limitava à seara infraconstitucional estadual. Na sequência, abriu divergência o Ministro Alexandre de Moraes, ponderando, em controle incidental, que a referida restrição não encontraria abrigo na Constituição Federal, ofendendo exatamente o artigo 132, razão pela qual provia integralmente o apelo, no que seria acompanhado pelo Ministro Luiz Fux.

Após pedir vista dos autos, o Ministro Roberto Barroso retomou o julgamento com voto, acompanhado pela Ministra Rosa Weber, que consagraria a posição média do colegiado, provendo parcialmente o agravo interno em razão da inconstitucionalidade do dispositivo legal estadual, mas apenas para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para novo julgamento.



Sem adentrar os pormenores que separaram os votos pelo provimento parcial e pelo provimento total, o que importa é que estamos de acordo com a essência compartilhada por ambas as posições: cremos ser inconstitucional a submissão do ajuizamento de ação de improbidade por procurador de Estado a prévia autorização de Governador e/ou de Procurador-Geral.

Explicamo-nos: em linha com os fundamentos enunciados no recurso extraordinário referido, há distinção importante a separar interesse público primário e interesse público secundário. Dito de outra maneira, é sabido que o Estado — seja ele representado pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias ou quaisquer outras pessoas jurídicas de direito público interno — deve, sempre, prezar pelo resguardo do interesse público, afinal, *“o interesse do todo, do conjunto social, [que] nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”*.¹

Firmes naquela premissa, entendemos, apoiados na doutrina, que não se pode incidir *“no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano este que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo como quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno)”*.² A ser assim, ressoa evidente que o Estado, embora imbuído de proteger o interesse público, também possui interesses afetos ao próprio ente estatal como sujeito de direito e que jamais podem ser confundidos com o interesse do conjunto social.

É, então, exatamente dessa diferenciação que surgem os conceitos de interesse público primário e interesse público secundário, vislumbrados na doutrina italiana inicialmente por Renato Alessi³, mas também presentes no modelo brasileiro⁴ que enquadra como primário o interesse público em si, da coletividade, do todo, do conjunto social, e como secundário o interesse do Estado como sujeito de direito, do aparato estatal.

À luz dessa distinção, uma conclusão parece evidente: o Estado, como entidade destinada essencialmente à garantia do interesse público primário, não poderá se ocupar de tutelar o seu interesse particular em detrimento do interesse da sociedade; ou, se se preferir, ainda quando republicanos, interesses de governo não (necessariamente) se confundem com interesses de Estado. Indo adiante nessa direção, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ é enfático ao considerar que o Estado somente poderá tutelar o interesse público secundário quando estiver esse alinhado com o interesse público primário.

A justificativa para a afirmação é de fácil compreensão: o interesse público secundário tem caráter apenas instrumental em relação ao interesse público primário. E esse caráter instrumental tem origem, inclusive, na própria essência do contrato social que legitima a existência do Estado, cujos poderes e atuação devem ser limitados pela vontade geral.⁶

É dizer, por conseguinte, que o interesse particular do Estado somente tem relevância quando destinado à efetiva materialização do interesse social. Essa limitação é, em última análise, uma necessidade para que se garanta a liberdade do administrado e o princípio da legalidade, impedindo que o Estado, no afã de se manter, se preste a defender seus interesses próprios a qualquer custo. Aliás, e não sem motivo, foi exatamente esse o raciocínio em que se enredou julgado do Superior Tribunal de Justiça no recurso



especial repetitivo n. 976.836/RS⁷, nos qual se asseverou que:

(...) O Princípio da Legalidade, consubstancial ao Estado de Direito, exige que a atividade administrativa, notadamente no que concerne à imposição de obrigações e sanções em razão de eventual descumprimento, se dê ao abrigo da lei, consoante se colhe da abalizada doutrina: "(...) significa subordinação da Administração à lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia aos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Entre nós a previsão de sua positividade está incorporada de modo pleno, por força os arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV, da Constituição federal. É fácil perceber-se sua enorme relevância ante o tema das infrações e sanções administrativas, por estarem em causa situações em que se encontra desencadeada uma frontal contraposição entre Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo o seu poderio, como eventual vergastadora da conduta deste último. (...) in Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 25ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 837-838 (...)

Na esteira do acórdão transcrito, não há como negar que, se o Estado se vale dos poderes a ele conferidos para sobrepujar o interesse público primário em face do secundário, estará a incorrer, inclusive, em desvio de finalidade.

De mais a mais, a submissão da análise do interesse público primário, instrumentalizado pelo ofício desempenhado por servidores públicos integrantes de carreira permanente de Estado, ao alvedrio de agente político em mandato necessariamente transitório, ao fim e cabo, nem sequer se coaduna com a segurança jurídica, patrocinando o risco de situações em que dada ação não obtenha autorização de um agente, mas o logre em mandato seguinte — e vice-versa.

Sabido que a prática nos tem brindado com situações práticas em que, não raro, a advocacia de Estado se convola em advocacia de governo; essa é chaga, nada obstante, que merece ser combatida, e não venerada ou chancelada. A defesa do erário, pela qual devem se orientar todos os agentes públicos, representa, ao fim e ao cabo, conduta permanente e de natureza vinculada, a prescindir de juízos políticos de conveniência e/ou de oportunidade — até para que se franqueie a possibilidade de o Estado, quando o caso, acionar o próprio agente político acaso seja ele a incorrer em desvios. Por todas essas razões, temos para nós que a decisão em comento resgata a força normativa do artigo 132, restaurando o papel estatal da advocacia pública.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 137.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65.

³ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.



4 “Faz-se necessário, aqui, tecer breves comentários sobre a disposição doutrinária entre interesses públicos primários e secundários. Os primeiros são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo – dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção ao meio ambiente, etc; já os segundos dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades” MARTINS, André Chateaubriand. *Arbitragem e Administração Pública em CAHALI*, Francisco José et. Al. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129*. de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p 74.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 66.

6 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Edição eletrônica. Editora Ridendo Castigat Mores. p. 42/43.

7 REsp 976.836/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010

Date Created

09/10/2020