



Daniel Menezes: AGU bota ovo de serpente

Na última quinta-feira (24/9), a AGU, pelo procurador-geral federal, botou o ovo de serpente, que se chocado, isto é, acolhido pela opinião pública em seu afã de eleger o serviço público como bode expiatório, embora capaz de destruir o Estado de Direito.



Recapitulando. Em 18 de setembro, o procurador-geral

federal havia publicado a Portaria PGF nº 510, promovendo 606 membros da Advocacia-Geral da União para categorias superiores da carreira. O ato seguia as determinações jurídicas vigentes [\[1\]](#), que no caso concreto determinavam o oferecimento daquele quantitativo de vagas para promoção da primeira categoria para a categoria especial, respectivamente penúltimo e último níveis da carreira de procurador federal, a serem preenchidas por meio de concurso a ser julgado pelos critérios de antiguidade e merecimento, conforme a tradição administrativista do Brasil. O certame se referia às vagas abertas no segundo semestre de 2019, e por isso passíveis de preenchimento a partir de 1º de janeiro de 2020. Estava atrasado, portanto.

Uma semana depois da publicação, o ato teve grande repercussão na imprensa, que, talvez por desconhecimento das regras vigentes ou pela peculiar quantidade de vagas, o noticiou, de modo crítico, como oportunista, corporativista ou clientelista, correlacionando-o ao curso dos debates sobre a reforma administrativa, cujos termos apresentados pelo governo em nada afetariam o panorama legislativo em questão. Em razão da repercussão, o procurador-geral anunciou decisão de suspender, cautelarmente, os efeitos da Portaria PGF nº 510/2020, por razões de conveniência e oportunidade, fazendo-o por meio da Portaria PGF nº 514, de 24 de setembro. A medida representa um golpe direto em um dos pilares da teoria do Direito Administrativo e, por conseguinte, um enorme risco para a segurança jurídica e o Estado democrático de Direito.

Inicialmente, é preciso ter em mente a distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários, já que os problemas que serão apontados adiante têm nela sua pedra de toque.

Odete Medauar ensina que a sujeição da administração à lei confere o traço distintivo do Estado de Direito frente ao Estado absoluto, no sentido de que *"do caos indisciplinado das diversas operações materiais até então praticadas, muitas vezes por vontade temperamental do governante, uma nova noção aparece, a de ato administrativo, uma espécie de ato jurídico"* (2006, p. 134). Em seguida a professora da USP esclarece a distinção entre os denominados atos vinculados, porque praticados sem



margem de escolha, uma vez que a legislação já determina seu teor, e os discricionários resultantes da escolha da autoridade entre editá-los ou não, em que momento e com qual conteúdo, o que se convencionou chamar de juízo de conveniência e oportunidade.

Com base nesta distinção, a doutrina estruturou, também, a teoria sobre o desfazimento dos atos administrativos, distinguindo as figuras da anulação em razão de ilegalidade e da revogação por inconveniência ou inoportunidade. O tema é objeto da súmula do Supremo Tribunal Federal (enunciado 473) para o qual:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

De acordo com a administrativista já citada (2006, p. 160):

"O poder de revogar encontra limite no tocante aos atos vinculados, editados na conformidade de requisitos e condições prefixadas na norma, e atendidos pelo interessado. Em tais atos, como se viu, inexiste margem de escolha com base em conveniência e oportunidade (mérito) que possa levar ao desfazimento".

Além disso, é igualmente consensual que a anulação opera *ex tunc*, isto é, desfaz os efeitos do ato desde seu nascimento, ao passo que a revogação opera apenas para o futuro.

Com base nessas lições elementares de Direito Administrativo, já é possível perceber o desacerto da decisão do procurador-geral federal que suspendeu o ato de promoção. O ato suspenso é claramente do tipo vinculado, isto é, praticado sem margem de escolha pelo administrador. A lei determina que seja praticado, periodicamente, e nos termos do regulamento previamente publicado. Assim, não compete ao procurador-geral decidir entre promover ou não, quantos promover ou quando fazê-lo, porque a lei o determina. Tampouco lhe cabe reavaliar tais escolhas, porque inexistentes, a fim de revogá-lo.

Ademais, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 134),

"a suspensão do ato implica a paralisação de seus efeitos. Trata-se de hipótese que espelha a exceção ao princípio da eficácia continuados atos administrativos".

Ocorre, contudo, que a lei também afirma a vigência imediata do ato de promoção, com efeitos retroativos ao final do período de avaliação. Isso quer dizer que em 24 de setembro, quando "suspenso", o ato já havia se exaurido seus efeitos, não havendo o que suspender, conforme a *ratio* do enunciado 473 do STF.

Em síntese, o ato suspensivo do PGF padece de três vícios.

Primeiro, não havia o que suspender, já que os efeitos da promoção estavam exauridos e o direito dos procuradores já havia sido adquirido (artigo 5º, XXXVI, da CRFB/88 e Enunciado STF nº 473). Cometeu, portanto, excesso de poder, exercendo o que não tinha.

Segundo que a promoção é ato vinculado, imune ao juízo de conveniência e oportunidade que é próprio da revogação dos atos discricionários. Assim, se o ato em questão não poderia ser desfeito por



conveniência, tampouco poderia ser suspenso, salvo se pairasse sobre ele dúvida quanto à sua legalidade, o que não houve. Ao contrário, a Nota CGPES/PGF/AGU nº 00373/2020, que subsidiou a decisão do procurador-geral federal [\[2\]](#), registra:

"Ressaltamos que todos os atos praticados neste procedimento revestiram-se de legalidade, praticados nos estritos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993, da Lei nº 10.480, de 2002 e da Portaria AGU nº 460, de 14 de dezembro de 2014".

Tem-se, aqui, violação ao princípio constitucional da legalidade, insculpido no artigo 37 da Lei Maior.

Terceiro que lendo a íntegra da Nota CGPES/PGF/AGU nº 00373/2020, bem como da Portaria PGF 514/2020, verifica-se que não há fundamentação adequada, em confronto com o que determina a Lei 9.784/99:

"Artigo 50 — Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)VIII. importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato".

A portaria não contém qualquer motivação, o que já é um vício em si, e o único motivo invocado pela Nota nº 373/2020 foi:

"Tendo presente os questionamentos suscitados com a publicação do referido ato, e com fulcro no poder geral de cautela da administração, é recomendável que os efeitos da referida Portaria PGF nº 510, de 18 de setembro de 2020, sejam imediatamente suspensos".

Não é possível que se considere suficiente e congruente para a suspensão de ato vinculado a simples menção a questionamentos suscitados, sem sequer apontar, onde o foram, por quem e com que argumentos. Se se pretendia aplicar o poder geral de cautela para suspender ato vinculado, seria necessário, no mínimo, mencionar dúvida fundada a respeito da legalidade do ato questionado, bem como os riscos pela não adoção da medida. Uma vez que a própria nota rechaça a existência de dúvida na administração quanto à legalidade do ato, o motivo invocado reputa-se incongruente.

À parte o desacerto do procurador-geral com a boa técnica do Direito Administrativo, o que mais preocupa em seu ato é o precedente que cria. Ao submeter os efeitos de ato vinculado a um juízo de conveniência e oportunidade, a autoridade em questão atentou contra o Estado de Direito, porquanto sinalizou que o estrito cumprimento da lei, que é a tônica da atividade vinculada, está sujeito à avaliação daqueles requisitos. Dito de outro modo, mas sintético, o PGF estatuiu que cumprir ou não a lei é questão de conveniência. Pior! Concretizou no cenário jurídico brasileiro a ideia de que a conveniência orçamentária — e é disso que se trata, do impacto financeiro do ato —, ou ainda a conveniência dos próceres do mercado, influenciadores da execução orçamentária, possa determinar o descumprimento da lei.

Trata-se de precedente gravíssimo, afinal, um regime em que o cumprimento da lei é opção do



governante, muito se assemelha ao que, conhecido como Estado absoluto, dispensa-o de tal sujeição.

O mais grave é que mesmo setores isentos de tendência absolutistas demonstraram sua concordância com o ato, sem atentar para os riscos que inaugurava. É provável que isso se deva ao fato de que os destinatários da promoção pertencem aos extratos superiores da pirâmide salarial do serviço público, alvos evidentes e preferenciais do descontentamento da sociedade com a desigualdade que macula a sociedade brasileira. Vale lembrar, porém, que seu destaque no cenário da desigualdade, e com isso a canalização do descontentamento da sociedade, é mais proporcional à exposição que têm seus vencimentos do que à sua posição relativa no abismo social. Quer-se com isso dizer que, por mais que se elevem sobre a média salarial do país, os membros da Advocacia da União ainda estão muito abaixo dos grandes privilegiados da renda nacional, uma vez que a curva da desigualdade no Brasil é exponencial. O topo da renda nacional é composto especuladores financeiros, detentores de meios de comunicação, grandes empresários e latifundiários, contra os quais os membros da AGU litigam em defesa do interesse público, em causas que envolvem sonegação de impostos, desapropriações, desmatamentos, improbidade administrativa entre outras, nas quais as defesas são patrocinadas por advogados sensivelmente melhor remunerados.

Assim, essa parcela da sociedade que adere ao ato afrontoso aos direitos dos advogados públicos, acreditando que contribui para a redução da desigualdade, não apenas favorece aqueles que se encontram no polo oposto das ações judiciais em face do interesse público como legítima que no futuro próximo os direitos da população menos favorecida, destinatária das políticas públicas que os membros da AGU defendem, sejam simplesmente descurados pelo governo em razão da conveniência orçamentária ditada, no mais das vezes, pelo ocupantes do topo da renda nacional.

Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 10^a ed. rev. atual. e ampl. — São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006.

[1] Artigo 26 da LC 73/1993; artigo 11, §2º, V, da Lei 10.480/2002; artigo 1º da Portaria AGU 460/2014 e artigo 1º da Portaria PGF 173/2016.

[2] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/suspensao-promocao-1.pdf>.

Date Created

30/09/2020