

Ofício ANAFE - 035/2023

Brasília, 15 de junho de 2023.

A Sua Excelência o Senhor
JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS
Advogado-Geral da União

Assunto: Interpretação interna. Art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016

Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União,

A partir do advento da Lei 13.327/2016, tendo em vista a previsão contida em seu art. 38, § 1º, passou a vigor no ordenamento jurídico a prerrogativa conferida a todos os integrantes das carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União de, quando forem objeto de investigação policial em que haja indício da prática de infração penal, serem os fatos que estejam sob atuação persecutória penal do Estado noticiados ao Advogado-Geral da União.

A prerrogativa contida no citado preceito possui, ao que se nos parece, dupla importância institucional, pois ao tempo que noticia ao chefe máximo do órgão os atos imputados aos seus integrantes e que possam vir a ter repercussões funcionais (aspecto de controle interno), permite o acompanhamento de igual modo quanto à lisura dos atos persecutórios. Isso porque, quanto a esse segundo aspecto, garante a possibilidade de controle sobre práticas que, eventualmente desbordantes daquelas normativamente conferidas aos órgãos de persecução penal, se imiscuam indevidamente sobre atribuições constitucionalmente outorgadas aos membros da AGU para criminalizá-las ou atribuir-lhes infundada ou indevida suspeição (aspecto de controle externo). E, sob esse prisma, exerce uma função constitucionalmente relevante, pois permitirá a adoção, se e quando necessária, de ações tendentes à defesa dos membros do órgão para lhes garantir liberdade de atuação profissional, dentro dos contornos normativos do art. 131, *caput*, CF, quando tenham estado ou estiverem no desempenho escorreito das atividades de consultoria, assessoramento e representação dos Poderes constituídos e suas entidades.

Essa dupla configuração conteudística da ordem presente no art. 38 § 1º, Lei 13.327/2016, é integrada de uma garantia conferida aos membros da AGU e ao próprio órgão, em relação a este como decorrência de sua autonomia organizacional na estrutura constitucional do Estado Brasileiro enquanto função essencial à justiça (art. 131, CF). E por força dessa natureza garantidora determina sua necessária aplicação por seus destinatários, com a realização mandatória do procedimento prescrito, tendo em vista as repercussões materiais e processuais consequentes em razão da opção do constituinte na definição do direito fundamental previsto no art. 5º, LVI, CF.

Por veicular a previsão normativa uma garantia de natureza processual, pois fixadora de forma procedimental a ser necessariamente seguida pelo destinatário, a sua não observância projetará efeitos sobre a licitude da condução dos atos de persecução a partir de então, nulificando todos aqueles produzidos sem que se tenha oportunizado a ciência prévia e plena¹ (excetuados aqueles de natureza cautelar ainda não documentados²), do que estava sendo e fora produzido³. Essa contaminação eventualmente havida repercutirá na validade daquelas provas objeto da atuação persecutória penal, mas não apenas, pois, do mesmo modo, se estenderá para aquelas que eventualmente tenham servido de causa ou fundamento para a apuração de faltas funcionais quando derivadas de um mesmo contexto fatural e investigativo. Ou seja, o efeito de derivação alcança todo o conjunto de provas produzido, ainda que sua utilização se dê em searas diversas, pois o que importará será a aferição de sua fonte de irradiação: se essa fonte da qual derivam todos os elementos que serviram para as diversas apurações estiver contaminado, tudo que a partir dela houver sido produzido sofrerá os efeitos da invalidade, haja vista a desobediência à uma norma procedimental veiculadora de uma garantia.

Contudo, se em âmbito penal o controle da licitude das provas a partir da observância ou não da prerrogativa do art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016, é atribuído a órgãos e Poder distinto, em sede administrativa, os atos correccionais podem ser objeto de controle a partir da fixação de interpretação a ser seguida internamente. Ou seja, em âmbito administrativo parece mister a definição quanto à observância plena relativa à prerrogativa garantidora do direito a um processo lídimo.

E, na hipótese, tem-se um aspecto forte de deferência à vontade do legislador, pois a previsão do art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016, tem por objeto a proteção de um interesse

¹ LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 250-256.

² Cf. súmula vinculante 14; [HC 88.190](#), voto do rel. min. **Cezar Peluso**, 2ª T, j. 29-8-2006, *DJ* de 6-10-2006.

³ Como descrito no Parecer n. 00001/2017/DPCDI/PRF2/PGF/AGU (Cf. NUP 00776.000003/2017-29): “Frise-se, por derradeiro, que os Procuradores Federais são ocupantes de cargos que exercem uma função essencial à Justiça e que, por isso, no curso de investigação policial, quando houver indício da prática de infração penal, a autoridade policial, civil ou militar, comunicará imediatamente o fato ao Advogado-Geral da União, sob pena de nulidade, conforme prerrogativa insculpida no art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016.

institucional da AGU, a promover uma necessária observância interna quando da utilização de provas oriundas de investigações criminais. Assim, nas apurações administrativas cuja fonte sejam provas decorrentes de investigações criminais, o primeiro controlador referente à lisura destas será a própria AGU, por seu Advogado-Geral, que poderá aferir, para o que interesse à presente discussão, se aquela prerrogativa foi cumprida a contento e, do contrário, as consequências que advirão. Isso por consequência da estrutura lógica caracterizadora de um sistema normativo (que opera no binômio lícito-ilícito), pois, havendo a previsão de uma conduta a ser seguida, ao seu eventual descumprimento seguir-se-á uma necessária consequência jurídica.

E essa consequência, caso decorrente do descumprimento, estará voltada a aferição da validade dos atos investigativos a partir da não observância da citada garantia e das provas que poderão servir para fins de apuração de responsabilidades em âmbito administrativo.

Assim, de modo a dar aplicação plena a uma garantia possuidora de natureza institucional, pois dirigida também à proteção das funções exercidas pela Advocacia-Geral da União enquanto função essencial à justiça, solicita a Associação dos Advogados Públicos Federais sua análise e, em se considerando a hipótese, a emissão de ato normativo interno, de natureza prescritiva, respeitante às consequências em processos administrativos quando derivados de provas oriundas de investigação policial em que não fora dado cumprimento ao art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016.

Sérgio Augusto da Rosa Montardo
Presidente da ANAFE



Jone Maciel
Diretor de Prerrogativas da ANAFE