



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FRANCISCO AMARAL DE SOUZA JÚNIOR

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA FACE  
À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

SOUSA - PB  
2007

FRANCISCO AMARAL DE SOUZA JÚNIOR

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA FACE  
À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

SOUSA - PB  
2007

FRANCISCO AMARAL DE SOUZA JÚNIOR

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA FACE À LEI DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de conclusão apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: 21 de junho de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Thiago Marques Vieira  
Orientador

---

Examinador(a)

---

Examinador(a)

Sousa-PB  
Junho-2007

Dedico esta junção de idéias a minha mãe, que me ensinou a nunca dizer nunca para os obstáculos encontrados no decorrer da vida. A ela devo tudo que tenho, que sou e que haverei de ser, pessoa que sempre me incentivou a crescer na vida mostrando que o estudo é o maior tesouro que um homem pode possuir. As minhas tias Socorro e Fátima, que amaram-me e criaram-me como filho, e em especial, ao meu afilhado Kelsinho.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por todo o amor que dá sentido a cada ação minha e por me feito entender que estudar é um meio concreto de edificar uma sociedade mais justa e fraterna. Sou muito grato também por ter posto em minha vida pessoas incríveis, que esta página não conseguiria conter, mas que tentarei, ainda assim, mencionar.

A minha afável mãe Miquilina, pela formação do meu caráter e pelo amor grandioso que tanto me proporciona. Sou consciente de que abdicou de seus sonhos para que o meu possa estar sendo realizado. Obrigado por sempre me incentivar a tentar, sabendo que se nada desse certo, a senhora ainda estaria lá.

Ao meu bondoso pai Francisco (*in memoriam*) que apesar do pouco tempo que teve ao meu lado, me demonstrou que a vitória só vem através do esforço.

As minhas tias Socorro, Fátima e Mundira, fontes de grande sabedoria.

Ao meu tio Raimundo, distante, mas nunca ausente, pessoa na qual me espelhei muito por possuir um caráter e uma humildade jamais vista em outra pessoa que conheci.

Ao meu tio Antônio (*in memoriam*) e Airton, por momentos prazerosos e risinhos da minha infância.

Aos meus primos e primas, que exalo um carinho imenso.

Ao meu lindo e amado afilhado Kelson Ryan, que me trouxe alegria e a certeza de um dia adquirir a paternidade.

Aos meus amigos e companheiros de curso e vida, Diego, Sidão, Eduardo "CJ", Guto Belo (*in memoriam*), Ronaldo "Rio Tinto", Eloy, Robenaldo, Zetônio, Vitinho e outros, hoje levos como irmãos de sangue.

Aos meus eternos amigos, Larnecs, Viviane, Cleidon, Heryck, Samanta, Liliane, Hercúles, Carlos Henrique, Vanessinha, Lamartine por todas as horas de carinho, dificuldade, lamentações e principalmente por terem sempre apoiado e acreditado no meu potencial.

Aos amigos da Justiça Federal, pela compreensão, confiança, incentivo, aprendizado e oportunidade, que me proporcionaram ao longo de quase três anos de estágio.

Agradeço de modo especial ao meu estimado orientador e amigo Thiago, pela paciência e orientação de fato, assim como pela confiança e inspiração a não parar na busca de um saber mais profundo e cada vez mais próximo da realidade. Aproveito para agradecer a todos os mestres que auxiliaram na minha formação, não só como estudante, mas como cidadão.

*“Dentro de nós está o poder do consentimento para a vitória e o fracasso; a saúde e a doença; a liberdade e a escravidão; somos nós que controlamos isso e não os outros”*

Richard Bach

## RESUMO

O alcance do fim público é consectário lógico da atividade administrativa. Na busca desse mister, relevante papel possui o advogado público que com sua atuação validará, na ótica legal, muitos dos atos praticados pelos demais agentes administrativos. Nesse ínterim a presente pesquisa possui como foco central a análise da responsabilidade do advogado público no caso de emissão de parecer jurídico, se há a possibilidade frente ao ordenamento jurídico brasileiro de tal profissional enquadrar-se nos pressupostos para incidência do crime de improbidade administrativa juntamente com o agente administrativo responsável pelo ato decisório. Numa incursão ampla na seara do direito administrativo pretende-se demonstrar se o advogado quando age com culpa ou dolo, responde solidariamente com o agente administrativo pelos danos causados ao Erário. Através do método exegético-jurídico, com a utilização de códigos, doutrinas e artigos concernentes à matéria, buscou-se fundamentar e enfatizar a necessidade de regulamentação sobre o tema, visto que a atual legislação é omissa, o que acaba ocasionando divergência de julgados, abrindo espaço para casuísmos. Evidenciada essa divergência de opiniões é que para a realização do trabalho, também se utilizou do método comparativo por ter se confrontado, ao longo da pesquisa, com correntes dissonantes acerca do tema. Delimitada a pretensão, elaborou-se estudo preliminar de embasamento doutrinário, abordando desde a estrutura dos agentes públicos, inserindo a figura do advogado público nesse cenário, como também detalhando as facetas da advocacia pública. Procurando fundamentar a discussão da temática averiguou-se a natureza do ato administrativo emitido pelo advogado público, qual seja o parecer jurídico especializado, o enquadrando na doutrina geral do ato administrativo. Analisaram-se também os aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa, demonstrando de maneira clara de que forma a atividade administrativa desvirtua-se do conceito de moralidade. Por fim, embasado na fundamentação antecedente contrapôs-se as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais que se debruçam sobre a possibilidade de responsabilidade do advogado parecerista por ato de improbidade administrativa juntamente com o agente detentor do poder decisório. Concluiu-se em um primeiro momento a inexistência de regulamentação específica sobre o tema, mas também demonstrando que, usando-se da Lei de Improbidade Administrativa, é perfeitamente possível afirmar que a legislação brasileira alberga a responsabilidade do advogado público quando atua de forma desleal (má-fé) ao emitir parecer jurídico, devendo o juiz aplicar a sanção cabível quando reconhecida à culpa gravíssima ou dolo. Nos demais casos, deve preponderar a independência funcional do advogado, que revestido de inviolabilidades próprias, não pode ser censurado na execução normal de seu mister, principalmente pelo fato de que sendo o ato por ele praticado meramente opinativo, não existe vinculação objetiva com a atividade administrativa de gestão da coisa pública.

**Palavras-chave:** advogado parecerista – responsabilidade – improbidade administrativa

## ABSTRAT

The reach of the public end is logical consequence of the administrative activity. In the search of this necessity, excellent paper has the public lawyer who with its performance will validate, in the legal optics, many of the acts practiced for the most public agents. In this interim the present research has as central focus the analysis of the public lawyer's responsibility in the case of juridical opinion emission, if it has the possibility front of the Brazilian legal system of such professional to frame himself in the presuppositions for administrative improbity crime incidence with the responsible public agent for the ruling act. In an ample incursion in the scope of the administrative law it intends to demonstrate if when the lawyer acts with guilt or fraud, he answers solidarily with the public agent for the damages to the State treasury. Through the interpretative-legal method, with the use of codes, doctrines and articles referring to the substance, it searched to base and to emphasize the regulation necessity on the subject, since the current legislation is omissive, what it finishes causing judgeships divergence, opening space for casuistry. Evidenced this opinions divergence it was for the accomplishment of the work, also used the comparative method because it confront, throughout the research, to divergent chains concerning the subject. Delimited the pretension, preliminary study of doctrinal basement was elaborated, approaching since the public agents structure, inserting the public lawyer figure in this scene, as well as detailing the work of the public law. Looking for to base the thematic discussion it was inquired the administrative act nature emitted by the public lawyer, whatever is the specialized juridical opinion, fitting in the general doctrine of the administrative act. It was also analyzed the general aspects of the Improbity Administrative Law, demonstrating clearly the way which the administrative activity is depreciated of the morality concept. Finally, based on the antecedent recital one opposed the doctrinaire and jurisprudence opinions that if together lean over on the possibility of the lawyer responsibility who gives an opinion for act of administrative improbity with the agent who has power to decide. The inexistence of specific regulation was concluded at a first moment on the subject, but also demonstrating that, using the Improbity Administrative Law, it is perfectly possible to affirm that the Brazilian legislation lodges the public lawyer responsibility when acts of disloyal form (bad-faith) when emitting juridical opinion, having the judge to apply when recognized the referring sanction to the gross fault or deceit. In the remaining cases, it must preponderate the lawyer's functional independence, who covered by proper inviolabilities, cannot be censured in the normal execution of its necessity, mainly for the fact of being the act practiced merely opinionative, there is no objective vinculation with the administrative activity of management of the public.

**Keywords: lawyer one who gives an opinion - responsibility - administrative improbity**

## SUMÁRIO

RESUMO.....	07
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 NATUREZA DO SERVIDOR PÚBLICO E A ADVOCACIA PÚBLICA....	14
1.1 Natureza do Servidor Público.....	14
1.1.1 Agentes Políticos.....	15
1.1.2 Agentes Particulares em colaboração como Poder Público.....	17
1.1.3 Servidores Públicos.....	18
1.2 Advocacia Pública.....	20
1.2.1 Dever essencial de auxílio à justiça.....	23
1.2.2 Interesse Público.....	23
1.2.3 Atribuição do Advogado Público.....	25
1.2.4 Atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.....	25
1.2.5 Assessoramento e políticas públicas de Governo.....	26
1.2.6 Representação judicial e extrajudicial do Ente Público.....	27
1.2.7 Advogado de Estado ou de Governo.....	27
1.2.8 Regime funcional dos Advogados de Estado: puramente Hierárquico ou de Independência Funcional.....	29
1.2.9 Constituição de 1988 e omissão funcional.....	30
1.2.10 Interpretação histórica na busca do Regime Funcional dos Advogados Públicos.....	31
1.2.11 Regime de Independência Funcional Mitigada.....	32
CAPITULO 2 NATUREZA DO PARECER JURÍDICO.....	35
2.1 Atos Administrativos.....	35
2.1.1 Conceito de ato administrativo.....	37
2.1.2 Requisitos de validade ou elementos.....	38
2.1.3 Características.....	40
2.1.4 Espécies.....	41
2.1.4.1 Atos Normativos.....	41

	10
2.1.4.2 Atos Ordinatórios.....	42
2.1.4.3 Atos Negociais.....	42
2.1.4.4 Atos Punitivos.....	43
2.1.4.5 Atos Enunciativos.....	44
CAPÍTULO 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	49
3.1 Conceito.....	49
3.2 Princípios Constitucionais reguladores da Administração Pública.....	50
3.3 Exame da Lei Infraconstitucional n.º 8.429/92.....	55
3.3.1 Sujeitos da improbidade administrativa.....	56
3.3.1.1 Sujeito passivo.....	56
3.3.1.2 Sujeito ativo.....	58
3.3.2 Classificação dos atos de improbidade administrativa.....	59
CAPÍTULO 4 A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA FACE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	63
4.1 Responsabilidade ou não do parecer emitido.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS.....	76

## INTRODUÇÃO

Nesse ambiente de realização da comunidade política, a tripartição coordenada dos poderes transforma-se em peça fundamental. A articulação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário faz-se na forma de complementares opostos, especialmente os dois primeiros. Eis que o Judiciário resguarda-se numa neutralidade política hipotética, de modo que cooperação e controle sejam reciprocamente necessários.

A Administração Pública, que necessariamente será democrática, por ser parte constituinte do Estado Democrático de Direito, e como expressão do Poder Executivo, submete-se ao controle externo do Poder Judiciário, que se manifesta por meio de provocação, assim como do Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. Internamente, a Administração se vale de vários sistemas de controle para garantia da submissão à lei. Com efeito, esses mecanismos internos para proteção dos administrados vêm se incrementando, revestindo-se de várias formas, como a participação do cidadão, a motivação e o direito à informação. Ainda, manifesta-se também a tendência de se passar do exame da legalidade externa do ato da Administração para o exame de uma legalidade interna. Isto porque, sob influência do positivismo jurídico, época em que não havia preocupação quanto ao conteúdo material da lei, obedecia-se à lei porque ela continha uma ordem. O Judiciário limitava-se a examinar se o ato da Administração era legal sob os aspectos da competência, forma e objeto.

Com a passagem do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito, passou a haver a preocupação com a lei em sentido material, com o seu conteúdo de justiça. Daí o controle sobre a Administração Pública passa a abranger aspectos como o desvio de poder, a moralidade, a economicidade, a legitimidade, a proporcionalidade de meios a fins, a adequação dos fatos à norma, a qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração.

A supremacia do interesse público sobre os particulares, medida pelas prerrogativas do poder público, somente se aperfeiçoa e se justifica na medida em que esse interesse público converge, mediata ou imediatamente, para a garantia e o respeito aos direitos dos cidadãos, eis que devem estes permanecer resguardados de ilegalidades e arbitrariedades.

Nesse sentido, toda ação administrativa se constitui num poder-dever, numa função submetida ao rigoroso controle da lei. Assim, também internamente o binômio cooperação e controle surge como necessidade para o exato desempenho da Administração. Toma

expressão, aqui, a atividade do advogado público, cujo *status* constitucional, como função essencial à justiça, se equipara aos três poderes que tradicionalmente organizam o Estado.

A advocacia Pública, enquanto função essencial à justiça, tem o poder-dever de promover a justiça na sua acepção axiológica. Atentando-se a esta perspectiva é de ser constatar que sua atuação no Estado Democrático de Direito vai além do simples patrocínio das causas da Administração.

A mesma, que pode ser categorizada em: advocacia do Estado, subdividida em advocacia postulatória e advocacia consultiva; advocacia dos necessitados, a Defensoria Pública ou, no caso do Estado de São Paulo, a Procuradoria de Assistência Judiciária; e advocacia da sociedade, o Ministério Público. Deve em cada uma dessas vertentes mas especialmente na atividade consultiva, guardar as condições necessárias para exercer o controle da legalidade, provocadamente ou de ofício.

Em face da evolução do Direito Administrativo brasileiro e de sua responsabilidade o presente trabalho terá como finalidade fazer algumas incursões no âmbito da responsabilidade do advogado público, que abordará os seus principais aspectos e especialmente procurará demonstrar se o advogado quando age com culpa ou dolo, responde solidariamente em ação de improbidade administrativa juntamente com o agente administrativo pelos danos causados ao Estado.

Por se tratar de um tema polêmico, seus questionamentos motivam não só o acadêmico de Direito, mas qualquer estudioso da lei, a se aprofundar em argumentos que possam responder se é possível enquadrar o advogado público como responsável solidário em ação de improbidade administrativa, visto que há confronto nas leis, doutrinas e jurisprudências que tratam desse assunto, sendo de grande valor adentrar a fundo nesse tema como recurso empregado para alcançar o objetivo que é a aplicação justa da lei.

Para a produção e elaboração da pesquisa científica que se iniciará fez-se necessário empregar como metodologia, o método exegético-jurídico, pelo qual, busca-se interpretar o sentido da lei pertinente à matéria, sendo utilizados doutrinas, códigos, decisões reiteradas dos Tribunais e artigos. Através do estudo teórico da doutrina pertinente buscar-se-á desenvolver uma análise criteriosa da responsabilidade do advogado público se este agir com má-fé dentro do parecer jurídico, esclarecendo a posição do legislador pátrio e a apresentação da jurisprudência moderna, em torno da problemática.

O método comparativo estará presente, uma vez que se confrontarão correntes doutrinárias diametralmente opostas acerca da natureza do parecer jurídico e da responsabilização do advogado público na concessão do parecer jurídico.

Visando uma melhor sistematização do estudo, dividir-se-á o trabalho monográfico em quatro capítulos, todos apresentando temas imprescindíveis a compreensão do assunto abordado.

Assim, o capítulo inicial discorrerá acerca da natureza do servidor público, fazendo um relato do que se constitui a figura do servidor público, bem como sua divisão categórica no Direito Administrativo. Neste momento, será condicionado a um estudo mais minucioso a figura do advogado público que se encontra elencado dentro da categoria dos servidores públicos, tratando-se assim, do seu papel na sociedade, as suas atribuições, o exercício da atividade de consultoria e assessoramento e o regime funcional em que atua. Os referidos temas são de suma importância para o entendimento da organização da Advocacia Pública e, conseqüentemente, o exercício de sua função na sociedade.

No segundo capítulo será esboçado a natureza do parecer jurídico. Porém, o parecer é uma espécie de ato administrativo e para entendê-lo é necessário a dissertação do que seja ato administrativo, mostrando seu conceito, requisitos, características, formação, efeitos e finalmente suas espécies. É nesse contexto que será buscado o estudo do parecer jurídico como ato administrativo enunciativo.

O terceiro capítulo apresentará um panorâmico da Improbidade Administrativa, a sua evolução histórica, sua utilização para controle dos atos ilegais contra a Administração Pública. Tratando assim, do seu conceito e os princípios que regem sua existência. No mesmo momento, dar-se-á o exame da Lei nº 8.429/92, onde será exposta os sujeitos da improbidade administrativa (ativo e passivo) e sua classificação, da qual todos conhecem ou já ouviram falar, os quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao Erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

No quarto capítulo, que tratará do cerne da investigação proposta neste trabalho, serão expostas as correntes doutrinárias que estudam a responsabilidade do advogado público na emissão de parecer jurídico de determinada requisição por agente responsável. Apresentando assim em mesma ocasião entendimentos jurisprudenciais a respeito da suposta responsabilização.

## CAPÍTULO 1 NATUREZA DO SERVIDOR PÚBLICO E A ADVOCACIA PÚBLICA

Não pode o interprete lançar mão de conclusões sem a devida explanação das argumentações básicas ventiladas para a consecução da pesquisa, deve antes para a compreensão do tema abordado, demonstrar as teses que substanciaram o trabalho. E a isso se propõe o presente capítulo.

Assim, será feito um estudo da natureza do servidor público, abordando seu conceito e classificação. Em seguida, tratar-se-á da advocacia pública, buscando uma análise do que seja e como funciona, finalizando com a exposição de tão importante função na estrutura dos quadros da Administração.

### 1.1 Natureza do Servidor Público

A expressão “Servidores Públicos” é empregada na Constituição de 1988, na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas.

Di Pietro em seu livro “Direito Administrativo” explica de forma clara e fundamentada como os doutrinadores brasileiros passaram a abordar no lugar de Servidores Públicos a expressão Agentes Públicos. Pois tal dizer se mostra de forma mais ampla do que o anterior.

Daí a necessidade de adoção de outro vocábulo, de sentido ainda mais amplo do que servidor público.

Assim, esclarecer-se-á o que significa Agentes Públicos.

Para Di Pietro (2005, p.443) “Agente Público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta”.

Já para Meirelles (2003, p. 73) “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Outro magistério é o de Diogénes Gasparini (2004, p. 133) dizendo que: “todas as pessoas físicas ou jurídicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade”.

Tendo em vista toda essa enorme explanação por parte de tão grandes professores. Resta dizer que a expressão agentes públicos significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. Certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. Como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos.

Pode se ver o tamanho da abrangência do sentido “Agente Público”, na Lei n.º 8.429/92, quando dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito na Administração Pública, conceitua seu artigo 2º:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Como o artigo anterior faz referência a todos os agentes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a qualquer dos Poderes dessas pessoas federativas, não é difícil constatar a amplitude da noção de agentes públicos.

Sendo quantitativa e qualitativamente abrangente a categoria dos agentes públicos e para melhor estudo, fez-se uma classificação, agrupando-os em categorias distintas, apresentadas a seguir:

### 1.1.1 Agentes Políticos

São aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 229) entende que:

Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal (Presidente, Governador e Prefeito), os Ministros e Secretários Estaduais e Municipais, e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Caracterizam-se todos por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções. Porém, possui esta regra uma exceção, que se direciona aos Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e, providos em cargos públicos, mediante nomeação.

É interessante ressaltar uma discussão doutrinária que existe a respeito da integração ao quadro de agentes políticos, os membros da Magistratura e do Ministério Público.

Para se entender melhor essa problemática observe-se a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 445):

É necessário reconhecer, contudo, que atualmente há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. Com relação aos primeiros, é válido esse entendimento desde que se tenha presente o sentido em que sua função é considerada política; não significa que participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, e sim que correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância. Quanto aos membros do Ministério Público, a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas a partir da Constituição de 1988 (art. 129), especialmente a de 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia' (inciso II). No entanto, quanto à forma de investidura e aos vínculos com Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio.

Já outros doutrinadores mostram-se com idéia contrária a está exposta, como o mestre em Direito José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.476) que diz:

[...] ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público.

Portanto, analisando de forma sutil estas diferentes opiniões, vê-se que se torna incerto elencar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos, pois não basta o exercício de atribuições constitucionais para que determinado agente se retrate como político. É preciso que suas funções se caracterizem transitória e política, de modo que para ingressarem nelas seja por eleição ou nomeação. Entretanto, elas têm na Magistratura e no Ministério Público vinculação ao Estado de caráter profissional e permanência, e seus cargos não resultam de processo eletivo, mas sim, de aprovação em concurso público.

### 1.1.2 Agentes Particulares em colaboração com o Poder Público

Como informa o próprio nome, tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas. Alguns deles exercem verdadeiro *munus* público, ou seja, sujeitam-se a certos encargos em favor da coletividade a que pertencem, caracterizando-se, nesse caso, como transitórias as suas funções. Vários desses agentes, inclusive, não percebem remuneração, mas, em compensação, recebem benefícios colaterais, como o apostilamento da situação nos prontuários funcionais ou a concessão de um período de descanso remunerado após o cumprimento da tarefa.

Tais agentes podem atuar sob títulos diversos, compreendendo: a delegação do poder público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos. Eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço. Também podem atuar mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes. É o que se dá com os jurados, os convocados para prestação do serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho etc. Também não tem vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração. E por último, como gestores de negócio que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente etc.

### 1.1.3 Servidores Públicos

Servidores públicos são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica.

Para efeito da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das funções públicas federais, o conceito de servidor público se encontra disciplinado no art. 2º, *verbis*: “Para os efeitos desta lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”.

Procurando sistematizar os grupos que compõe a categoria dos servidores públicos, parece razoável e didático efetuar uma classificação com o fim de agrupá-los em segmentos bem definidos.

É possível promover a classificação dos servidores públicos segundo inúmeros critérios, os quais refletem regimes jurídicos distintos. Portanto, as classificações têm relevância não apenas didática, mas jurídica. Cada categoria de servidores está submetida a regime jurídico diverso.

A classificação pode se dar tomando em vista a natureza das atividades que compõem a competência, podem ser diferenciados os servidores em militares e civis. É a Constituição Federal que separa os dois agrupamentos, traçando normas específicas para cada um deles. As regras aplicáveis aos servidores públicos civis se encontram entre os arts. 39 a 41 da CF. De acordo com o novo sistema introduzido pela EC nº 18/98, há grupo dos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos, CF), e o dos militares das Forças Armadas, integrantes da União Federal (art. 142, § 3º, CF).

O assunto se limitará aos servidores públicos civis, mas nunca é demais lembrar que, havendo dois grupos de servidores com normas constitucionais específicas, deverá haver, como há, estatutos infraconstitucionais também apropriados para cada um deles.

Outra classificação se dá pela vinculação dos servidores públicos às diversas órbitas federativas, ou seja, servidores públicos federais, estaduais, distritais e municipais, o que significa a ausência de uniformidade de direitos e deveres. Também há a classificação quanto ao poder estatal a que se vinculam, ou seja, servidores públicos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Por último, tem-se a classificação quanto à natureza do vínculo jurídico que podem ser diferenciados em: servidores investidos de cargo público (estatutários); servidores sujeitos ao regime trabalhista (celetistas); e pessoal contratado para

atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (temporários). Esta última é a que será analisada em seguida.

Os servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos. Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão porque nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.

Apontando outra definição o professor Marçal Justen Filho (2005, p. 578) aduz que:

Os servidores públicos estatutários ou com cargo público são aqueles cuja relação jurídica com o Estado é subordinada a regime jurídico de direito público, caracterizado pela ausência de consensualidade para sua instauração tal como para a determinação de direitos e deveres.

Ou seja, as normas próprias da legislação civil, comercial e trabalhista não incidem sobre o vínculo entre o servidor estatutário e o Estado. O regime jurídico aplicável se caracteriza pelas características funcionais inerentes ao direito público. As competências próprias de direito público são instrumentos de satisfação das necessidades coletivas. No caso do servidor estatutário, são afastadas as características e inúmeras garantias próprias do direito privado, na medida em que sejam incompatíveis com as atividades necessárias à realização dos fins estatais. Em contrapartida, o servidor público é investido de garantias de outra natureza, que não existem no âmbito do direito privado.

O vínculo jurídico do estatutário não tem natureza contratual, ou seja, inexistente contrato entre o Poder público e o servidor. Tratando-se de relação própria de direito público, não pode ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado. Nesse tipo de relação jurídica não-contratual, a conjugação de vontades que conduz à execução da função pública leva em conta outros fatores tipicamente de direito público, como o provimento do cargo, a nomeação, a posse e outros do gênero.

O surgimento do vínculo estatutário é produzido por um ato unilateral do Estado. Porém a unilateralidade do vínculo estatutário não significa ausência de relevância da vontade do particular. A vontade e concordância do particular são condições ou pressupostos para a instauração do vínculo. Mas esses pressupostos não são suficientes para gerar o vínculo, nem se traduzem no seu conteúdo.

A segunda categoria é a dos servidores públicos trabalhistas ou celetistas, assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis de Trabalho. Seu regime básico, portanto, é o mesmo que se aplica à

relação de emprego no campo privado, com as exceções, é lógico, pertinentes à posição especial de uma das partes, o Poder Público.

Porém antes de adentrar na última categoria, servidores públicos temporários, quanto ao vínculo jurídico, é importante diferenciar o regime estatutário do trabalhista.

Uma diferença fundamental entre eles reside na relevância da vontade não apenas para o surgimento como para a disciplina dos direitos e deveres entre as partes.

O vínculo trabalhista somente se instaura mediante um contrato de trabalho, enquanto o vínculo estatutário é iniciado por meio de um ato administrativo unilateral do Estado.

Como decorrência, o conteúdo dos direitos e deveres reflete a vontade consensual entre as partes. A alteração desses direitos e deveres pressupõe como regra, que haja consenso entre Estado e empregado público. Isso não equivale a afirmar que o vínculo de emprego público, por apresentar natureza trabalhista, seja informado exatamente pelos mesmos princípios que regem a relação entre particulares, em cujo âmbito a autonomia de vontade é muito mais ampla.

Já o vínculo estatutário comporta a definição unilateral por parte do Estado quanto a direitos e a deveres, o que propicia sua alteração ao longo do tempo, sem a necessidade de concordância do particular.

Voltando ao assunto, tem-se por servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral de servidores públicos.

## 1.2 Advocacia Pública

Exposta de forma simples como se enquadram os servidores na estrutura administrativa, far-se-á agora um estudo da importante função desempenhada pelo advogado público.

Interessante, antes de qualquer análise, notar que o advogado público pode figurar como servidor público ocupante de cargo, seja ele de provimento efetivo ou em comissão (o que nesse caso não seria tão adequado frente à importância de sua função como se verá adiante), como também aparecer na qualidade de empregado público, ou, o que desvirtua a natureza da função, como servidor público temporário. Eis porque adequada e necessária a análise pretérita feita pela pesquisa, para demonstrar de maneira inteligível como o Estado desenvolve suas funções por meio de seus agentes, passando agora a análise da função do advogado público.

Em qualquer Estado que prime pelo respeito a suas instituições, é imanente o exercício da Advocacia Pública, como forma de defesa dos interesses estatais.

Na época imperial, a incumbência dessa atribuição era do Ministério Público, na pessoa do Procurador da Coroa. A Constituição imperial de 1824 limitou-se a atribuir aos membros do MP, através dos Procuradores da Coroa e Soberania Nacional, a promoção do processo criminal, não se pronunciado acerca da atribuição da defesa do Estado.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, reservou maior espaço ao Ministério Público, embora sua organização advenha de 1890, através do Decreto nº 848, que organizou a Justiça Federal, dispondo sobre sua estrutura e atribuições no âmbito federal, onde se destacam, dentre outras, a de “promover o bem dos direitos e interesses da União”.

Foi a Carta de 1934 que deu ares institucionais à Advocacia Pública da União, embora com a roupagem de Ministério Público, como um órgão de cooperação das atividades governamentais, juntamente com o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos.

A competência penal e os interesses privados indisponíveis passaram ao Ministério Público dos Estados, de tal sorte que o Ministério Público Federal tornou-se o órgão da defesa dos interesses da União em juízo, não sendo por outro motivo que seus membros passaram a se chamar Procuradores da República.

O tratamento destacado ao *parquet* na Constituição de 1934 foi suprimido na Constituição do Estado Novo (1937), impondo a ditadura de Vargas um ferrenho retrocesso à instituição ao retratá-la apenas em dois artigos.

A Carta de 1946 voltou a dar relevo ao Ministério Público como instituição constitucional, colocando-o em posição destacada ao inserir suas atribuições em um título próprio, e prevendo algumas garantias aos seus membros.

Foi além ao estabelecer que “a União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.”

Por sua vez, a Constituição de 1967 colocou o Ministério Público na parte referente ao Poder Judiciário, não obstante tenha concedido a este órgão em sua esfera federal o poder de representar a União em juízo.

A Constituição de 1988 destacou à Advocacia de Estado, juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública um capítulo à parte em sua estrutura, órgãos essenciais à justiça, separando-os de qualquer outro “poder”, como forma de preservar a independência de suas atuações.

O Ministério Público passou a não mais exercer a defesa dos interesses do Estado, que em muitas vezes eram conflitantes com os direitos da sociedade, gerando uma contradição em si mesmo no que tange à colisão destes direitos.

A Defensoria Pública, por sua vez, passou a atuar na defesa dos necessitados, através da prestação de assistência jurídica gratuita.

Esses três órgãos, que exercem tarefas essenciais ao funcionamento da justiça, compõem a chamada Advocacia Pública em sentido lato.

A Constituição de 1988 representou expressivo avanço para a Advocacia em geral e para a Advocacia Pública em particular.

Através de seu art. 133, o legislador constituinte reconheceu a Advocacia como “indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tal dispositivo é aplicável aos Advogados Públicos, já que estes, a par de serem agentes públicos, não deixam de ser advogados. Nesse sentido aliás, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no parágrafo 1º, do artigo 3º, determina que:

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinam, os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e consultorias jurídicas dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Deste modo, ficam muito bem explanadas pelo Estatuto da OAB as pessoas que integram o quadro da advocacia pública.

### 1.2.1 Dever essencial de auxílio à justiça

A Carta atual, não obstante tenha imposto funções distintas aos órgãos da Advocacia pública em sentido lato, os organizou em capítulo próprio.

Nesse sentido, a busca da função específica de sua atuação deve estar atrelada à posição em que ocupa no cenário da constitucional.

Se inserida em capítulo do Poder Executivo, a atividade de advogado estatal se limitaria simplesmente à consultoria e representação do ente vinculado, com todos os atributos que são inerentes ao referido poder, como por exemplo, a hierarquia.

Contudo, a Magna Carta lhe reservou uma missão especial, inconfundível com qualquer outra função cometida aos órgãos dos tradicionais Poderes do Estado, na qual jamais fora aventada em Constituições passadas. Instituição essencial ao funcionamento da justiça. Mas no que consistiria essa finalidade específica?

Inicialmente, esse sentido de justiça é amplo, não se referindo apenas à função típica exercida pelo Poder Judiciário, mas também a justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade.

Assim, entende-se que a referida função consistiria num dever de sustentação e aperfeiçoamento da ordem jurídica, que se aplicando à advocacia de Estado consistiria na atividade de orientação, fiscalização, promoção e representação judicial.

Isso significa que, ainda que o administrador, seja ele de qualquer instância hierárquica, se afaste da consecução dos ditames da ordem jurídica, deverá o advogado público, no exercício de seu mister, restaurar o ato.

### 1.2.2 Interesse Público

A existência do Estado só se justifica ante a necessidade de promover a convivência humana. Os modelos de Estado variam de acordo com a parcela de poder que se encontra na mão do governante, podendo ser quase que total tal qual no Estado absolutista, bem como pelo grau de atuação para consecução de um fim, podendo o Estado abster-se de algumas atividades, ou, ao revés, atuar positivamente na busca de um fim.

Analisando a Magna Carta, percebe-se que se esta diante de um Estado Social de Direito, ou seja, há por parte estatal respeito às regras criadas e também uma atuação positiva na consecução do fim almejado pela mesma.

Qualquer que seja a forma de Estado, em tese, haverá sempre a busca do interesse público. E o que seria o interesse público? Lucia Valle Figueiredo (2004, p. 35) responde com maestria que é “aquele que a Constituição e a lei deram tratamento especial”.

E o verdadeiro interesse público é aquele que atende ao bem comum da sociedade, quer seja diretamente, ou indiretamente, com o reforço do aparato estatal para que este realize o bem comum.

Daí a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, sendo este último ligado ao Estado como pessoa jurídica sujeita de direitos próprios.

Celso Antônio (2005, p. 57-58) traz à baila a distinção feita pela doutrina italiana entre as duas acepções de interesse público, *in verbis*:

Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa.

Ora, veja-se que, às vezes, o aparelhamento estatal é importante para a consecução do interesse público. Todavia, se isso for ocorrer por meios inidôneos, verdadeiramente não se estará protegendo o interesse público.

Observe-se o exemplo mencionado pelo já citado eminente professor Celso Antônio.

Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infligidas estará revelando-se obsequioso ao interesse público, pois é isto o que determina o art. 37 § 6º da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido danos), estará contrariando o interesse público, no afã de buscar o interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal.

Ou seja, interesse em subtrair-se a despesas, conquanto devidas, para permanecer mais “rico”, menos onerado patrimonialmente, lançando, destarte sobre ombros alheios os ônus que o Direito pretende que sejam suportados por todos.

### 1.2.3 Atribuição do Advogado Público

Conforme mandamento constitucional cabe, especificadamente, ao advogado de Estado a consultoria e a representação judicial do ente ao qual esteja vinculado.

A primeira atividade tem um caráter eminentemente preventivo, no sentido de orientar a atuação da Administração Pública, evitando, assim, o cometimento de injuridicidades. A segunda cumpre demandar junto ao Poder Judiciário, a defesa dos interesses postos à cura do Estado.

No exercício dessas atribuições, deve estar buscando uma atuação pautada no interesse público primário ou até o secundário, desde que este não colida com aquele.

Não obstante a sua atuação deva estar voltada para a consecução do interesse público, mormente o de viés primário, a natureza de vinculação constitucional com os demais poderes, principalmente a estreita ligação com o Poder Executivo poderá desvirtuar essa missão.

Movido à pressão de certos setores, sem poder fazer uso de prerrogativas inerentes a magnitude de sua função, inevitável seria o comprometimento com o seu mister constitucional de defesa do interesse público.

Por fim, todo órgão com *status* constitucional deve atuar na busca do interesse público. Mas esse conceito, demasiadamente aberto, pode suscitar dúvidas quanto à finalidade do órgão.

### 1.2.4 Atividade de consultoria e assessoramento do Poder Executivo

Em um regime de Estado Democrático e Presidencialista, a figura do chefe do executivo é a maior expressão da vontade popular. Logo, as diretrizes e determinações do mesmo devem ter tratamento relevante.

Cumprе salientar que, quanto a essas funções, a Magna Carta as restringiu ao Poder Executivo.

Todavia, em tese, o chefe do executivo não possui conhecimentos jurídicos. E para satisfazer sua vontade, é necessário um estudo do órgão técnico, no caso a Advocacia de Estado, para que analise se os atos estão em consonância com a ordem jurídica vigente.

Na verdade, os advogados de Estado são os maiores parceiros do governo, procurando dar soluções criativas, dentro da legalidade, para a implementação das diretrizes políticas.

Trata-se, aqui, de verdadeira função de controlador interno da legalidade administrativa, aferindo-se a compatibilidade da atividade estatal com a ordem jurídica.

Em consequência desta atuação, há uma diminuição do inconformismo na atuação estatal o que reduz o número de contenciosos judiciais entre administrados e o ente, que em última instância causaria prejuízo a ambas as partes.

Ressalta-se que nessa função não há regime de hierarquia, uma vez que o advogado de Estado analisará tão-somente a legalidade dos atos, de acordo com a Constituição, as leis e principalmente com sua consciência, prestando consigo, ou seja, com a sua convicção jurídica que melhor dará embasamento à questão suscitada.

### 1.2.5 Assessoramento e Políticas Públicas de Governo

Conforme já enfocado, o mundo moderno e globalizado trouxe mudanças na concepção dos deveres estatais. Passou o Estado de mero guardião das liberdades públicas a gestor de políticas sociais para a consecução do bem comum do povo.

Nessa esteira, as relações entre Estado e Sociedade se tornam mais complexas, precisando aquele se adaptar as novas exigências para o cumprimento de seus deveres, uma vez que sua atuação se torna mais positiva, pró-ativa.

Daí, a importância dos advogados públicos, que, nas atividades de assessoramento e consultoria, devem efetuar a compatibilidade da política social ou econômica a ser implementada pelo Poder Executivo, com ditames das normas e princípios constitucionais.

Vê-se que a referida atribuição é de suma importância, pois visa dar juridicidade à política a ser implementada, sem a qual se quedaria ao insucesso. Nessa esteira, um plano político pode ser perfeito no que tange aos aspectos sociais, embora possa ser “um fracasso na prática, se não houver um lastro jurídico que lhe dê base e sustentação para prosperar” (Kirsch, César do Vale, 2003).

Daí, impossível a dissociação de Direito e Política, senão veja nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 108), *in verbis*:

Na verdade, é impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto que a permanência de meios orientados para certos fins depende da inserção em normas jurídicas.

A função do procurador é a de aconselhamento jurídico junto ao Executivo, Poder responsável por “gerir o aparato estatal e de propor e de executar diretrizes e políticas a serem desempenhadas pelo Estado, para que se possa tornar concreta a consecução do bem comum” (Op. Cit. Kirsch, César do Vale).

Para uma melhor compreensão das atividades dos procuradores, pode-se exemplificar algumas medidas que são objetos de aconselhamentos: a procuradoria de Estado pode elaborar minuta de projeto de lei, que o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional; demonstrar as razões de veto de projeto de lei, como também analisar a juridicidade de um plano econômico ou social a ser implementado pelo Poder Executivo.

#### 1.2.6 Representação Judicial e Extrajudicial do Ente Público

Caso a via administrativa não seja suficiente para dirimir o conflito, caberá ao procurador de Estado, na representação judicial da pessoa jurídica (seja no pólo ativo ou no passivo), atuar pautado na lealdade processual, não usando de artifício protelatório, tampouco da litigância de má-fé, como forma a preservar a ordem jurídica.

Isso, claro, se as pressões externas e internas não desvirtuassem sua atuação em juízo. Daí, a necessidade de garantias institucionais.

#### 1.2.7 Advogado de Estado ou de Governo

Com freqüência, a sociedade confunde o órgão de defesa do Estado com o governo, que é transitório e que traça diretrizes políticas que nem sempre se coadunam com o interesse do Estado.

O advogado de Estado, não obstante o exercício de tarefas específicas deve buscar o resguardo do interesse público, tendo a sensibilidade de não se envolver na defesa dos

interesses do governo, principalmente quando estes não estiverem em consonância com o interesse da sociedade.

Pode-se fazer um paralelo, não como forma definitiva (pois pode o governante pretender alcançar o interesse público primário, porém abusar dos meios necessários à consecução deste fim), mas sim em termos de melhor ilustração, entre o interesse do Estado (de natureza eminentemente instrumental) com o interesse público primário e, também, entre o interesse do Governo (interesse do governante pelo aparelhamento estatal) com o interesse público secundário.

O interesse secundário da administração é ligado a situações em que se prima pela defesa do Estado em seu aspecto interno, como sujeito de direitos.

E como o Estado não se estrutura para satisfazer a si próprio, essa postura deve ser voltada para seus fins.

Senão veja, pense em um caso em que um governante queira implementar vários projetos em seu mandato, tentando ditar uma postura estatal arrecadatória, através de aumentos de tributos e, por outro lado, aos direitos assegurados judicialmente pelos governados, imponha aos advogados de Estado uma linha de conduta protelatória, através de recursos desnecessários e atraso no pagamento de precatório.

Nesse caso, aparentemente legal o aumento de tributos, embora possa não parecer legítimo, estaria inserido no uso do exercício de discricionariedade do governante. Todavia, o mesmo não ocorre com a segunda situação. A sociedade não espera de um advogado de Estado que o mesmo use artificios protelatórios na busca da defesa do ente político em juízo. Ademais, um órgão com *status* constitucional deve agir no ideal de uma justiça eficiente.

Percebe-se que o advogado de Estado, embora por imposição hierárquica, atue de forma que atente à justiça está resguardando apenas um interesse público secundário, que no caso presente colide com o interesse público primário, razão da qual não pode prosperar.

No caso em tela, o interesse que se buscava proteger não era do Estado, muito menos do Governo, mas sim o interesse escuso do governante.

Entende-se que o advogado de Estado, como agente público que exerce atividade exclusiva de Estado deve buscar o interesse do ente, que, por ser mero instrumento de consecução de um fim, o interesse público no caso, deve ser almejado de forma imensurável.

O interesse pessoal do governante, que não é de natureza pública, mas sim privada, deve ser buscado de maneira reflexa, ou seja, agindo na busca do interesse público, louvará os frutos de tal atitude através do exercício da democracia.

Da mesma forma, o aparelhamento estatal só faz sentido se o meio empregado for idôneo, que não afronte os interesses protegidos pelas leis.

Por fim, vale a pena frisar que a garantia da consecução do interesse público vai depender do tipo de regime funcional atribuído aos advogados de Estado.

#### 1.2.8 Regime Funcional dos Advogados de Estado: puramente Hierárquico ou de Independência Funcional

Regime puramente hierárquico é aquele em que o agente obedece a determinações de órgão ou agente superior, não podendo manifestar-se contrariamente ao que estabelecido por seus superiores. Em havendo confronto, prevalece esta.

Neste tipo de regime, caso o governante trace diretrizes que atentem contra o interesse público primário, embora aparentemente legais, não terá o advogado de Estado, na representação do ente, meios suficientes para não cumprir a determinação superior.

A par de ser matéria que os tribunais superiores já tenham pacificado o entendimento, possa ser que haja ordem do governo para que os advogados estatais levem estas questões às citadas cortes somente para fins protelatórios. O advogado, não obstante poder avocar a garantia constitucional da liberdade de consciência, que atenua a relação de hierarquia, tenderá a seguir as diretrizes impostas, até mesmo frente a possibilidade de ser submetido a um processo disciplinar por descumprir ordem superior.

Parte da doutrina entende que o regime funcional do advogado de Estado varia de acordo com suas funções. Sendo de assessoramento, há plena liberdade funcional. Todavia, na função de representação judicial, tendo em vista o princípio da legalidade estrita e da indisponibilidade do interesse público, o regime aplicado seria o da hierarquia.

Nessa linha, entende-se que na defesa judicial do ente público não é dado ao advogado dispor do interesse público, daí a proibição em desistir, transigir ou deixar de recorrer.

Noutra vertente, conforme já analisado, o interesse público possui duas vertentes. E o interesse público indisponível é o primário. O secundário poderá ser disposto se estiver em confronto com aquele. Logo, não há porque engessar a atuação do Advogado de Estado, podendo sim ter liberdade de agir.

Prosseguindo, outros autores se atêm em negar com mais veemência a ausência do regime hierárquico no que tange a função de assessoramento.

Especificando o regime consultivo, Di Pietro (2005, p. 93) aduz que nele não cabe o regime hierárquico:

É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico.

Já o regime de independência funcional afirma que não há interferência dentro da instituição no trabalho de seus membros, podendo estes agir com “absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da instituição” (Mazzilli, Hugo Nigro, 2005, p. 72).

### 1.2.9 Constituição de 1988 e Omissão Funcional

Hoje, diante da Constituição de 1988, percebe-se uma grande evolução institucional da Advocacia Pública ao ser elencada em capítulo não pertencente aos poderes tradicionais.

Isso vai de encontro ao regime hierárquico tão em voga nas Constituições anteriores.

Como já visto, o Estado não é um fim em si mesmo, mas instrumento para consecução de um fim, no caso, o interesse público.

Logo, a atuação dos membros da Advocacia de Estado será exercida na busca desse interesse e para isso se faz necessário o uso de certas prerrogativas, tais como a independência e a autonomia funcional, sem as quais o exercício desta nobre função ficará a mercê das boas intenções dos governantes, que muitas vezes impõe determinados comandos às suas procuradorias, exigindo o seu cumprimento em nome da hierarquia funcional.

Sobre a independência funcional dos procuradores de Estado, correta é a lição de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria (2002) aduzindo que:

É imperioso, ainda, que o Estado seja defendido em Juízo por profissionais de reconhecida capacidade técnica e que possam ser responsabilizados funcionalmente por ações ilegais, abusivas ou imorais e, em contrapartida, sejam dotados de

independência funcional necessária para afastar influências indevidas de governantes e autoridade afins, que comprometeriam a prevalência do interesse público.

Ocorre que o constituinte originário não referendou, como fez com o Ministério Público, a garantia de autonomia e independência funcional.

Será que essa omissão pode ser entendida como a não extensão dessas garantias ao membro da advocacia de Estado? Ou, por outro lado, a Lei silenciou-se por considerar a explicitação de tais prerrogativas a Advocacia de Estado desnecessária, pois, assim como o Ministério Público, o procurador de Estado, juntamente com o Defensor Público exerce funções essenciais ao funcionamento da justiça?

Desse vazio institucional, surgiram alguns posicionamentos quanto ao regime a ser aplicado aos advogados de Estado.

Uma parte da doutrina entende que respeitável seria a interpretação de que onde há a mesma razão se aplica o mesmo direito. Logo, se ao *parquet*, por exercer atribuição típica de Estado, além de função essencial à justiça, é aplicado certas prerrogativas, com a mesma razão haveria de se estender tais garantias aos membros da Advocacia Pública.

Na verdade, não se trataria propriamente de uma interpretação extensiva, mas sim de um uma garantia implícita na Constituição, que, por não prevista expressamente, não a inferioriza hierarquicamente perante as demais garantias explicitadas.

Embora louvável esse entendimento, entende-se que ao advogado de Estado se aplica um regime diferenciado ao do *parquet*, até porque se na Constituição não há expressões inúteis, muito menos haveria de ter omissões nesse sentido.

Veja que dessa omissão, só pode restar o lamento por parte da doutrina, e a busca de garantias por parte dos membros da instituição.

#### 1.2.10 Interpretação Histórica na busca do Regime Funcional dos Advogados Públicos

A eficácia da missão constitucional dos procuradores estatais, como atividade exclusiva tipicamente de Estado, dependerá em muito das prerrogativas a eles atreladas.

A Carta Magna não declarou de forma expressa, como fez para o Ministério Público, as prerrogativas dos Advogados de Estado, não podendo, a nosso ver, ser extensiva essa garantia aos membros da Advocacia de Estado.

Todavia, isso não significa que os advogados de Estado se submeterão a um regime puramente hierárquico.

Não, da mesma forma que entende que a garantia da independência funcional não pode ser estendida ao advogado de Estado, seremos coerente também, em afirmar que a referida função não está atrelada ao regime puramente hierárquico, principalmente quando enfocado os elementos interpretativos, máxime o histórico.

Os elementos históricos são de grande valia na busca da verdadeira intenção da Lei maior. Isso é feito através da interpretação histórica, que seria aquela em que se busca fatores ao longo do tempo, para verificarmos qual é verdadeira intenção da legislação atual.

No caso da Advocacia de Estado, não há empecilho algum à referida interpretação o fato de, em Constituições anteriores à atual, a defesa do Estado ter sido exercida pelo Ministério Público. Isso porque se busca a interpretação baseada na função exercida e não no órgão que a exerceu.

#### 1.2.11 Regime de Independência Funcional Mitigada

Em um regime democrático e presidencialista, a figura do chefe do Executivo configura a maior expressão da vontade popular. Por esta razão, a suas diretrizes e determinações deve ser conferido tratamento relevante.

Por outro lado, não necessariamente o chefe do Executivo possui conhecimentos jurídicos, de modo que, para a concretização de seu plano político, mostra-se necessário um estudo do órgão técnico, no caso a advocacia de Estado, com vistas à análise da consonância de seus atos com a ordem jurídica vigente.

No plano de assessoramento, o advogado de Estado atua na orientação técnica, tendo preservada sua vontade ainda que o chefe do Executivo haja fundamentadamente de maneira diversa, assumindo os riscos de seu posicionamento.

Já no plano da representação judicial do ente, não há que se falar em independência funcional plena, diante da ausência de comando normativo, tanto na esfera da Lei Maior como na infraconstitucional.

Contudo, conforme já aduzido, tampouco há de se falar em hierarquia, diante de sua não inserção em capítulo dos poderes tradicionais.

Logo, ao advogado de Estado se aplica o regime da independência funcional mitigada, que seria uma mescla do regime hierárquico com o da independência funcional.

Dessa forma, a hierarquia seria temperada pela liberdade de consciência do advogado, justamente pela sua não vinculação direta ao Poder Executivo.

Para melhor compreensão deste regime, pode-se exemplificar a independência funcional mitigada do advogado de Estado.

Caso um advogado de Estado entenda que não deva recorrer ou mesmo deflagrar uma ação em uma situação em que haja diverso entendimento superior, normatizado ou não, deve o mesmo fundamentadamente expressar suas razões de descontentamento através de um parecer.

Insistindo o órgão superior no prosseguimento do ato, no caso interposição do recurso ou deflagração da ação, o advogado que teve seu parecer rejeitado deverá praticar o ato almejado por delegação, ou seja, como *longa manus* do órgão superior.

Assim agindo não terá sua liberdade de consciência atingida de direito, embora possa a ter de fato.

A importância prática desse regime de independência funcional reside na esfera da responsabilidade civil.

Caso aquele ato praticado gere uma responsabilização por lide temerária ou ato atentatório à celeridade da justiça, o advogado de Estado estará imune a qualquer punição, tendo em vista que agiu por delegação.

O Ente representado será o único responsável, podendo regressivamente buscar ressarcimento junto ao agente superior.

Por outro lado, caso houvesse a garantia aos membros da advocacia de Estado da independência funcional, no exemplo acima, o advogado no qual teve seu parecer rejeitado, não poderia ser submetido, nem por delegação, à prática do ato.

Ademais, nem o órgão superior poderia praticá-lo, salvo se houvesse expressa autorização do chefe do executivo.

Se o fato já estivesse normatizado e chancelado pelo chefe do Executivo, desnecessária sua ulterior aprovação, devendo o órgão superior que discordou das razões do advogado praticar o ato.

Todavia, se a questão ainda não estivesse normatizada, deveria o órgão superior submeter a tarefa ao chefe do Executivo, para que o mesmo apreciasse, podendo determinar a feitura do ato ou seguir o parecer do advogado que rejeitou inicialmente a prática do mesmo.

Discordando das razões por este aduzidas, deveria nomear outro advogado para prática do ato, agindo este por delegação.

Nesse caso, preservada estar-se-ia a garantia da independência funcional do advogado, juntamente com a soberania popular, que elegeu diretamente o chefe do executivo.

Não há confronto algum entre a garantia da independência funcional e o ato do chefe do Executivo. Se aquele representa o Estado em juízo, este foi escolhido diretamente pelos cidadãos, devendo suas decisões prevalecer, sem, contudo atingir a liberdade de consciência dos advogados de Estado.

Em síntese: ao advogado de Estado se aplica o regime da independência funcional mitigada, que traduz uma mescla do regime hierárquico com o da independência funcional, de tal sorte que a hierarquia seria temperada pela liberdade de consciência do advogado, justificada pela sua não vinculação direta ao Poder Executivo.

## CAPÍTULO 2 NATUREZA DO PARECER JURÍDICO

Uma vez evidenciada a posição e importância do advogado na estrutura administrativa cumpre expor os atos praticados administrativamente por ele no exercício de cargo, emprego ou função pública em consultoria jurídica federal, estadual ou municipal, no auxílio dos agentes políticos, que não possuem na maioria entendimento pleno das Leis. Ato esse, chamado de Parecer jurídico especializado.

Para a grande maioria da doutrina o parecer é uma espécie de ato administrativo e para entendê-lo necessária se faz a dissertação do que seja ato administrativo, mostrando seu conceito, requisitos, características, formação e, finalmente suas espécies. Não tem a pesquisa a pretensão de detalhar ou exaurir a temática, mas apenas de fornecer elementos basilares para uma melhor compreensão do principal ato praticado pelo advogado público.

### 2.1 Atos administrativos

A teoria do ato administrativo compõe, sem qualquer dúvida, o ponto central do estudo do Direito Administrativo. Diz Marcelo Caetano (apud. José dos Santos Carvalho Filho, 2005) que a “expressão ato administrativo passou a ser utilizada com frequência a partir do início do presente século, talvez enganchada à idéia de ato jurídico, constituída por civilistas alemães e italianos no curso do século anterior”. Antes, porém, de chegar ao ato administrativo como manifestação da vontade administrativa, é necessário distinguir os conceitos de certas figuras com as quais aquele provoca alguma confusão.

O Direito Civil faz distinção entre ato e fato. O primeiro é imputável ao homem, já o segundo decorre dos acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

Toda doutrina faz questão de apresentar a diferença entre fato jurídico e fato administrativo. Nas palavras de Cretella Júnior (2004, p. 134) “a noção de fato administrativo não guarda relação com a de fato jurídico, encontradiça no direito privado, estás são as palavras.” Fato jurídico significa o fato capaz de produzir efeitos na ordem jurídica, de modo que dele se originem e se extingam direitos.

A idéia de fato administrativo não tem correlação com tal conceito, pois não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração.

Convém trazer à colação ou magistério do abalizado Meirelles (2003, p. 146) sobre o assunto em pauta: “O Fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc”.

A partir desse raciocínio diferenciar-se-á agora o fato administrativo do ato administrativo. Este é a manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando produzir algum efeito jurídico, o que o distingue do fato administrativo, como dito anteriormente, é atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito.

O fato administrativo, como materialização da vontade administrativa, é dos domínios da técnica e só reflexamente interessa ao Direito, em razão das conseqüências jurídicas que dele possam advir para a Administração e para os administrados.

O que convém fixar é que o ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem que estejam intimamente relacionados, por ser este conseqüência daquele. Para Meirelles (2003, p. 146) “o fato administrativo resulta sempre do ato administrativo”. Porém já alguns autores discordam dessa afirmação, como José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.83) que diz:

O fato administrativo não se consuma sempre em virtude de algum ato administrativo. Às vezes, decorre de uma conduta administrativa, ou seja, de uma ação da Administração, não formalizada em ato administrativo. A só alteração de local determinado departamento administrativo não se perfaz, necessariamente, pela prática de ato administrativo; como a mudança de lugar, porém, representou atividade administrativa material, poderá afirma-se que constituiu um fato administrativo.

Por fim, tratar-se-á das noções de ato jurídico e de ato administrativo que possuem vários pontos em comuns.

Os elementos estruturais do ato jurídico (o sujeito, o objeto, a forma e a própria vontade) garantem sua presença também no ato administrativo. Ocorre que nestê o sujeito e o objeto tem qualificações especiais: o sujeito é sempre um agente investido de prerrogativas públicas, e o objeto há de estar preordenado a determinado fim de interesse público. Mas no

fundo será ele um instrumento da vontade para a produção dos mesmos efeitos do ato jurídico.

Nesse sentido ensina Meirelles (2003, p. 145) que:

O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Partindo dessa definição, tem-se, assim, uma relação de gênero e espécie. Os atos jurídicos são o gênero do qual os atos administrativos são a espécie, o que denota que em ambos são idênticos os elementos estruturais, apenas, acrescentando-se a finalidade pública nos ato administrativos.

Porém, o novo Código Civil, instituído pela Lei 10.406/02, introduziu algumas alterações na disciplina relativa aos atos jurídicos. Não convém a título desse trabalho mostrar as inovações, portando, ficar para outra oportunidade a sua abordagem.

### 2.1.1 Conceito de ato administrativo

No direito brasileiro, alguns autores definem o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico, como foi dito anteriormente.

Adentrando no assunto, é fundamental elencar o conceito de ato administrativo nas palavras do mestre Diogenes Gasparini (2004, p. 59) para quem:

Ato administrativo é toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

Considerar-se-á, todavia, que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Firmadas tais premissas, pode-se, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

### 2.1.2 Requisitos de validade ou elementos

A vontade manifestada para declarar um direito ou formar um vínculo jurídico, necessita, segundo as regras do Direito Civil da capacidade legal, isto é, de um agente capaz para realizar o ato jurídico, de objeto lícito e da observância da forma prescrita ou não defesa em lei.

Porém o ato administrativo é um ato jurídico especial, típico do direito administrativo, motivo pelo qual seus elementos formativos não se restringem aos elementos clássicos exigidos na esfera privada, reclamando, ainda, a coexistência de outros elementos componentes.

Não há também unanimidade entre os estudiosos quanto aos elementos do ato administrativo, identificados que são por diversos critérios. Visto que são várias as divisões argüidas pelos doutrinadores dos elementos do ato administrativo, toma-se por base este trabalho as divisões colocadas por José dos Santos e Meirelles, que são competência, objeto, forma, motivo e finalidade do ato administrativo.

Competência é a área delimitada por lei dentro do qual os agentes administrativos podem exercer legitimamente sua atividade. O instituto da competência funda-se na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa, jurisdicional) entre os vários agentes do Estado, e é por esse motivo que o instituto é estudado dentro dos três Poderes de Estado, incumbidos, como se sabe, do exercício daquelas funções.

A competência tem como fonte a lei e por ela é delimitada. O ato praticado por agente incompetente é inválido.

A mesma, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada e avocada, desde que o permitam as normas reguladoras da Administração.

O segundo requisito é o objeto, que também é denominada por alguns autores como conteúdo, é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. Significa a exteriorização do poder e da vontade da Administração através do ato que se identifica com o conteúdo.

Pode o objeto do ato administrativo consistir na aquisição, no resguardo, na transferência, na modificação, na extinção ou na declaração de direitos, conforme o fim a que a vontade se preordenar. Por exemplo: uma licença para construção tem por objeto permitir que o interessado possa edificar de forma legítima.

Para que o ato administrativo seja válido, seu objeto deve ser lícito e possível, ou seja, suscetível de ser realizado.

Já o terceiro requisito é a forma, que é o meio pelo qual se exterioriza a vontade.

Para a forma do ato ser considerada válida é necessário que ela compatibilize com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta a exteriorização da vontade pelo agente administrativo, urge que o faça nos termos em que a lei a estabeleceu, sob pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação.

O quarto elemento é o motivo, que traduz a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo.

O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, tanto pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

Por último elemento, tem-se a finalidade, pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função.

E o desrespeito ao interesse público constitui abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade. Não se pode esquecer também que conduta desse tipo ofende os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, porque, no primeiro caso, que tratamento diferenciado a administrados na mesma situação jurídica, e, no segundo, porque relega os preceitos éticos que devem nortear a Administração.

### 2.1.3 Características

Os atos administrativos têm características próprias, já que são atos emanados por agentes dotados de parcela do Poder Público. Essas especificações tornam distintos dos atos privados em geral. Há uma grande divergência por parte da doutrina quanto a tais características, mas será estudado aqueles que traduzem a singularidade do ato administrativo, na opinião da maior parte dos autores. São elas: a imperatividade, a presunção de legitimidade e a auto-executoriedade.

A imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência, ainda que o objeto a ser por ele alcançado contrarie interesses privados, na verdade, o único alvo da Administração Pública é o interesse público.

Alguns atos dispensam esse atributo de imperatividade, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização, são eles, os atos enunciativos e os negociais.

A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade.

Outra característica do ato é a presunção de legitimidade, ou seja, todo ato administrativo nasce com presunção de ser verdadeiro e conforme as normas. Como diz o mestre em direito administrativo, Diogenes Gasparini (2004, p. 72): “Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade”.

Porém muito desses atos são ilegais, conforme a prática tem demonstrado. Essa circunstância, no entanto, não invalida o princípio. A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas.

A terceira e última característica é a auto-executoriedade, que significa que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado.

A auto-executoriedade não é atributo de todo e qualquer ato administrativo. É encontrada nos atos que recebem da lei essa distinção, ou seja, ela existe nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público.

## 2.1.4 Espécies

Feita a apreciação geral dos atos administrativo, sob vários aspectos com que se apresentam, serão expostas neste tópico as espécies, da qual enquadram os atos pelos caracteres comuns que os assemelham e pelos traços individuais que os distinguem. Porém, o principal tema de estudo das espécies é o parecer, por este motivo, traçar-se-á um breve comentário das outras. Com intuito de não ficar o trabalho extensivo e cansativo, abordando assuntos não importantes para o trabalho em elaboração, mas com certeza primordiais para o entendimento dos atos administrativos.

Num critério comum para o enquadramento científico ou, pelo menos, didático de tais atos, permiti-se agrupá-los em cinco espécies, quais sejam os atos administrativos normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos e punitivos.

Deixar-se-á para tratar os atos administrativos enunciativos por último, pois são neles que se encontra abordado o principal tema a ser estudado nesse tópico.

### 2.1.4.1 Atos Normativos

Pode-se dizer que atos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando a correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias do conteúdo geral.

Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados

direta e imediatamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo.

#### 2.1.4.2 Atos Ordinatórios

São os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições.

Tais atos emanam do poder hierárquico, razão pela qual podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados, desde que o faça nos limites de sua competência.

Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam os particulares, nem os funcionários subordinados a outras chefias. São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem.

Além da função ordinatória precípua, esses atos se prestam também à investidura de servidores subalternos em suas funções e à transmissão de determinações superiores gerais ou especiais, concernentes ao serviço e a seus executores.

Dentre os atos administrativos ordinatórios de maior freqüência e utilização na prática são as instruções, as circulares, os avisos, as portarias, as ordens de serviço, os ofícios e os despachos.

#### 2.1.4.3 Atos Negociais

Além dos atos administrativos normativos e ordinatórios, isto é, daqueles que encerram um mandamento geral ou um provimento especial da Administração, outros são praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a

pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou, à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado.

Na abalizada opinião de Diez (apud. Meirelles 2003, p. 182) os chamados “atos administrativos, negócios jurídicos” são declarações de vontade da autoridade administrativa destinada a produzir efeitos específicos e individuais para o particular interessado.

Portanto, atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa finalidade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público.

Estes atos, embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual (vontade bilateral). São e continuam sendo atos administrativos e não contratos administrativos, mas de uma categoria diferenciada dos demais, porque geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente.

Neste conceito enquadram-se, dentre outros, os atos administrativos de licença, autorização, permissão, admissão, visto, aprovação, homologação, dispensa, renúncia e até mesmo o protocolo administrativo.

#### 2.1.4.4 Atos Punitivos

São os que contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos. Visam a punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos servidores ou dos particulares perante a Administração.

Os atos administrativos punitivos, como facilmente se percebe, podem ser de atuação interna e externa. Internamente, cabe à Administração punir disciplinarmente seus servidores e corrigir os serviços defeituosos através de sanções estatutárias. Externamente, incumbe-lhe velar pela correta observância das normas administrativas. Em ambos os casos as infrações ensejam punição, após a apuração da falta em processo administrativo regular ou pelos meios sumários facultados ao Poder Público.

Ressalte-se, porém, que, salvo as sanções previstas em contrato, não cabe ato punitivo sem lei que preveja a sanção.

Diferençam-se, todavia, essas duas modalidades de punição administrativa porque a externa é dirigida aos administrados e, por isso mesmo, é vinculada em todos os seus termos à forma legal que a estabelecer, ao passo que a sanção interna, sendo de caráter eminentemente disciplinar e endereçada aos servidores públicos, é discricionária quanto à oportunidade, conveniência e valoração dos motivos que a ensejam.

Portanto, tem a Administração mais liberdade para apenar seus agentes do que para punir os particulares estranhos ao ordenamento hierárquico do Executivo, porque quanto os servidores públicos atuam no amplo do poder discricionário, e quanto aos particulares encontram limites intransponíveis nos direitos e garantias individuais do cidadão.

Dentre os atos administrativos punitivos estão a multa, a interdição de atividades e a destruição de coisas.

#### 2.1.4.5 Atos Enunciativos

Após este breve relato das outras espécies de ato administrativo, iniciar-se agora, como dito anteriormente no começo do tópico abordado, a discursão do principal tema à que este capítulo faz jus, qual seja os atos enunciativos, especialmente o parecer jurídico.

O parecer pertence aos atos administrativos enunciativos juntamente com as certidões e os atestados.

Para Meirelles (2003, p. 188) tais atos: “são aqueles em que a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado”.

Isto é, embora não contenham uma norma de atuação, nem ordenem a atividade administrativa interna, nem estabeleçam uma relação negocial entre o Poder Público e o particular, enuncia uma situação existente, sem qualquer manifestação de vontade da Administração. Só são atos administrativos no sentido formal, visto que materialmente não contêm manifestação de vontade da Administração.

Porém, alguns doutrinadores não entendem que os atos enunciativos fazem parte dos atos administrativos, e sim dos atos da administração.

Esse conceito vem justamente da falta da manifestação de vontade da Administração, que é um dos critérios necessários para alguns doutrinadores na definição de ato administrativos.

Di Pietro é uma das doutrinadoras que excluem os atos enunciativos do rol de atos administrativos. É interessante ressaltar os critérios que ela cita para conceituar os atos administrativos, sendo eles o subjetivo e o objetivo, o primeiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida.

Pelo critério subjetivo ou formal, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos, ficando excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles. Porém ficam incluídos todos os atos da administração, pelo só fato de serem emanados de órgão administrativos, como os atos enunciativos, os normativos do Executivo, os materiais e os contratos.

Já o critério objetivo ou material diz que ato administrativo é somente praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

Esse último, é justamente o adotado por Di Pietro (2005, p. 186) que diz:

Esse critério parte da divisão de funções do Estado: a legislativa, a judicial e a administrativa. Embora haja três Poderes, a distribuição das funções entre eles não é rígida; cada qual exerce predominantemente uma função que lhe é própria, mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros Poderes. Assim, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, mas os outros Poderes, além de disporem de órgãos administrativos (integrando o conceito de Administração Pública), ainda exercem, eles próprios, função tipicamente administrativa. Juízes e parlamentares desempenham algumas atribuições tipicamente administrativas, que dizem respeito ao funcionamento interno de seus órgãos e servidores. No desempenho dessa funções, praticam atos administrativos.

Considerando, pois, as três funções do Estado, sabe-se que a função administrativa caracteriza-se por prover de maneira imediata e concreta às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei. Costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é parcial, concreta e subordinada. É parcial no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é subordinada, porque está sujeita ao controle jurisdicional.

Partindo dessa idéia de função administrativa para definir o ato administrativo, já se pode concluir que só integram essa categoria os atos que produzem efeitos concretos, o que

exclui os atos normativos do Poder Executivo, em especial os regulamentos, pois estes, da mesma forma que a lei, produzem efeitos gerais e abstratos.

No entanto, não basta dizer que ato administrativo é o praticado no exercício da função administrativa, porque isto incluiria determinados atos da Administração sujeitos a regime jurídico diferente, tal como ocorre com os atos de direito privado.

Pode-se dizer que o critério objetivo é o que preferem os doutrinadores na atualidade, mas como ele é insuficiente, procuram acrescentar novos elementos ao conceito para permitir identificar, dentre os atos praticados no exercício da função administrativa, aqueles que podem ser considerados atos administrativos propriamente ditos, surgindo uma série de concepções mistas, que combinam diferentes critérios.

Nesse sentido expõe Di Pietro (2005, p. 188), ser necessário para definição de ato administrativo, considerar os seguintes requisitos:

1. constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em declaração do que em manifestação, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
2. sujeita-se a regime jurídico administrativo, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
3. produz efeitos jurídicos imediatos; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. é sempre passível de controle judicial.

Com esses elementos, Di Pietro (2005, p. 189) define o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Observando esses requisitos e o conceito exposto pode-se dizer que a autora exclui os atos enunciativos por não produzirem efeitos jurídicos imediatos. Ela chama os atos onde há declaração (parecer), conhecimento (certidão) ou desejo (voto num órgão colegiado) de “mero ato administrativo”, sendo assim, estes estão fora da definição de ato administrativo, denominando-os de atos da Administração.

No entanto, discordar-se-á desse conceito, pois o parecer, embora seja um ato enunciativo opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, por

exemplo, nos casos em a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração, a exemplo do art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, que exige o prévio exame e aprovação pela assessoria jurídica da administração das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. Embora, nessa hipótese, a presença do parecer é necessária, seu conteúdo não é vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.

Assim, os pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matérias submetidas à sua apreciação. Em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato, diz-se, então, que o parecer é facultativo. E como dito no parágrafo antecedente, por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio, dir-se-á obrigatório. Nesta hipótese, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, inquinando-o, assim, de vício de legalidade.

Neste sentido, é lição segura do Professor e Procurador de Justiça, Dr. José dos Santos (2005, p. 132) que:

Sendo juízo de valor do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem poder decisório, que pode ou não adotar a mesma opinião. Sublinhe-se, por oportuno, que o agente a quem incumbe opinar não tem poder decisório sobre a matéria que lhe é submetida, visto que coisas diversas são opinar e decidir.

Quando o ato decisório se limita a aprovar o parecer, fica este integrado naquele como a razão de decidir, ou seja, corresponde ao motivo do ato. Se, ao revés, o ato decisório define a questão de modo contrário ao parecer, deverá a autoridade expressar formalmente as razões que a levaram a decidir de modo contrário ao opinamento do parecer, sob pena de ser considerado abuso de poder o ato que praticar, justamente por não render ensejo à verificação de sua legalidade. Pode-se ter como exemplo os pareceres técnicos, que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.

Por fim, convém dar uma palavra sobre os denominados pareceres normativos, não muito raros na Administração. A terminologia levaria a um paradoxo, pois que um juízo de valor não pode revestir-se do cunho de normatividade. Ocorre que, às vezes, o parecer esgota,

de forma profunda e estudada, o tratamento a ser dispensado a determinada questão. Concordando com esse tratamento, determinada autoridade decisória resolve, então, estendê-lo a todas as demais hipóteses idênticas que vierem a ocorrer, passando, assim, a representar uma orientação geral para os órgãos administrativos.

Note-se, todavia, que sem a aprovação formal da autoridade decisória e sem sua indicação de que o tratamento deve ser estendido aos demais órgãos, o parecer não poderia ter tais efeitos. O que se observa é que a normatividade não é propriamente do parecer, mas da solução que deu a determinada questão, devidamente aprovada pela autoridade competente.

## CAPÍTULO 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cumpra neste ponto do trabalho explicitar uma das máculas que pode viciar o ato administrativo, e, portanto, aplicada, por consequência, a análise do ato enunciativo do advogado público. Entre tantas outras formas de responsabilidade, filtrou-se a presente pesquisa na ótica da improbidade administrativa, em vista da sua sempre atual discussão. A abordagem aqui evidenciada será de caráter geral, informando os conceitos básicos acerca da improbidade.

Analisar-se-á, de maneira sucinta, a improbidade administrativa, observando-a, como na visão de Kyoshi Harada (2000) na forma de “um cancro que corrói a administração pública”. Abordar-se-á desde as noções básicas conceituais, passando pelos princípios constitucionais que regulam a atividade administrativa, até um rápido enfoque à sua norma disciplinadora, a Lei Complementar n.º 8.479/92.

Não pretende a presente seção esgotar a discussão, ou até mesmo, elaborar minucioso estudo sobre a prática ímproba do advogado público, mas como já dito, oferecer informações preliminares suficientes sobre o instituto ora tratado (improbidade administrativa), com o fim de fundamentar a análise cerne da pesquisa que será analisada logo em seguida.

### 3.1 Conceito

A expressão probidade é originária do latim *probitas*, do radical *probus* cujo significado ‘crescer retilíneo’, era aplicada às plantas. Usada depois, em sentido moral, dá origem a *probo*, *reprobo*, *aprovo* e outros cognatos. Significa a atitude de respeito total aos bens e direitos alheios, e constitui ponto essencial para a integridade do caráter. O homem *probo* define Fernando Bastos de Ávila (1972), na sua Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo (Apud. DAHER, Marlusse Pestana. 2002), “é firme nas promessas que faz, é sincero com os outros, incapaz de se aproveitar da ignorância ou fraqueza alheia”. No campo administrativo ou em sentido profissional, traduz a idéia de honestidade e competência no exercício de uma função social”.

Logo, improbidade é o mesmo que desonestidade, mau caráter, falta de pundonor, ato contrário à moral. Sendo esta conduta praticada por pessoa ligada à administração pública, tem-se a improbidade administrativa cujo sujeito ativo será, portanto, aquele que estiver investido de função pública, seja qual for a forma que a ele tiver sido atribuída tal função.

Segundo Pazzaglini Filho (2000, p. 39):

A improbidade administrativa é designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da Ordem jurídica (Estado de Direito, República e Democrático), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Vê-se, assim, que probidade significa moral, honrado de caráter íntegro, e assim deve ser a conduta do administrador público ao cuidar da coisa pública, pois este não cuida de bens próprios, mas pertencentes a toda sociedade.

Daí a edição da lei de improbidade administrativa, que tipifica e pune formas de condutas que violem o dever de probidade, vale dizer, dever de ser íntegro, correto, honrado no trato da coisa pública.

### 3.2 Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública

Estudar os princípios jurídicos é de salutar importância, não só para o presente trabalho, mas para todo aquele que pretenda uma visão orgânica do arcabouço legislativo de um dado país.

Uma das espécies de atos de improbidade administrativa é a observância dos princípios da Administração Pública. E quanto a esta, estabelece a lei os atos de inobservância dos referidos princípios.

Ademais, o estudo se faz mister justamente pelo fato de que probidade significa, em última análise, moralidade, sendo também esta um princípio da Administração Pública, de observância compulsória.

Desse modo analisar-se-á os princípios expressos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, que são regentes da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e, mais recentemente com o advento da Emenda constitucional n.º 19/98, o princípio da eficiência.

Tais princípios são de basilar importância na atuação administrativa, pois segundo o mestre Celso Antônio (apud FILHO, Marino Pazzaglini, 2000, p. 17):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

Porém, não há só violação dos princípios constitucionais expressos. Os chamados princípios implícitos da Administração Pública, ou seja, princípios não expressos na lei, mas que se encontram subentendidos no comportamento do agente público, também o são, pois eles também possuem carga atributiva, axiológica e vinculativa. Convém trazer à colação magistério do abalizado Roque Antônio Carraza (Apud FILHO, Marino Pazzaglini, 2000, Op. Cit.) sobre o assunto em pauta:

Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental jurídico teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Santo Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro e, não, do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as normas jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, identifica-as e hierarquiza-as.

Ademais, e segundo Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazio Júnior (2000, p. 60):

no exame dos atos de improbidade administrativa, é crucial que se levem em conta não apenas os princípios informativos explícitos, mas também os implícitos, para que se caracterize a efetiva deformação funcional e reste à calva o intuito final do agente público ímprobo.

No tocante ao princípio da legalidade, este vem expresso no art. 5º, II, da Carta Magna, aduzindo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Entrementes, para a Administração pública, a legalidade passa a ter feições

peculiares, pois, sua atuação resta condicionada ao que a lei determina, sendo permitido ao administrador público realizar somente aquelas condutas legalmente previstas.

Vale observar que, nesse sentido, a aceção lei não é restrita, limitando-se a esta ou aquela norma. Seu significado é muito mais abrangente, pois revela não só a lei em si, mas todo arcabouço legal e constitucional em que está inserida.

Nesse sentido ensina Pazzaglini Filho (2000, p. 25-26) que:

O princípio da legalidade, pois, envolve a sujeição do agente público não só à lei aplicável ao caso concreto, senão também ao regramento jurídico e aos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa. [...] A legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.

Deve também o administrador público ser impessoal. Essa impessoalidade deve verificar-se em dois planos, em primeira e terceira pessoa.

Significa dizer que o administrador, ao cuidar da coisa pública não deve atender aos seus interesses (impessoalidade em primeira pessoa). Também não deve fazer os negócios da máquina administrativa em favor de determinadas pessoas (impessoalidade em terceira pessoa).

O princípio da impessoalidade revela-se na finalidade da atuação administrativa, não podendo esta agir em benefício de interesses particulares. A conduta do administrador público deve-se pautar sempre na objetividade e parcialidade, tendo como único propósito a supremacia do interesse público.

Desta forma, agride o princípio da impessoalidade tanto a promoção pessoal do administrador quanto a promoção do interesse secundário do organismo estatal a que pertence o agente público, quando destoante do interesse público primário, que é o alcance do interesse social.

No que respeita à improbidade administrativa o princípio da moralidade da Administração Pública tem salutar importância, vez que, como já mencionado, proibida, em última análise significa moralidade.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética da Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, só era previsto infração de improbidade administrativa para o agente político. Já os demais, punia-se tão somente o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com o advento do princípio da moralidade, estendeu-se para

toda Administração Pública a idéia de atividade moral, ganhando assim a improbidade uma abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos, e como se verá sujeitando também o advogado público.

A moralidade dentro da Administração pública complementa a legalidade. Ela permite a distinção entre o que é honesto e o que é desonesto. Todos os atos do bom administrador visam ao interesse público; logo, o comportamento impessoal não atende aos interesses pessoais ou de terceiros.

Faz-se com que as medidas causísticas sejam evitadas, já que ao serem atendidos os interesses da coletividade, todos serão beneficiados eqüitativamente, cumprindo os velhos preceitos de Ulpiano: "*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*" (viver honestamente, não prejudicar ninguém, dar a cada um o seu) – que carregam, em si, conteúdo moral e jurídico.

Sendo assim, o princípio da moralidade norteia a conduta do administrador no sentido de que, embora se pautem na legalidade, terá que ser obrigatoriamente uma conduta de acordo com os ditames éticos e morais presentes atualmente na sociedade.

Necessário trazer à colação os ensinamentos de Pazzaglini Filho (2000, p. 46) a respeito do assunto em tela:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considerar eticamente adequado, moralmente aceito.

Outro princípio em enfoque é o da publicidade. Mais que um princípio da Administração Pública, a publicidade é um dever que se impõe a todos aqueles que atuam no Poder Público, na medida em que se faz mister o conhecimento dos atos administrativos por parte dos administrados, estes, em última análise, proprietários do patrimônio administrado.

Seria uma utopia, mas a publicidade nem deveria ser um dever imposto aos administradores, vez que, aquele que administra com presteza se orgulha do bom trabalho que faz, de maneira que se sentiria honrado em que todos soubessem do bom trabalho que desempenha.

Mais infelizmente assim não o é. Ao contrário, a publicidade no direito administrativo se apresenta como mais uma das medidas com as quais se busca uma aferição da atuação do administrador para que não pratique atos atentatórios contra o interesse público.

É um princípio instrumentalizador do controle externo e interno da gestão administrativa. Ademais, a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos. Com efeito, a publicidade não se confunde com propaganda ou promoção pessoal dos agentes públicos, como explana o professor Meirelles (2003, p. 92) “[...] sob pena de lesar os princípios da finalidade e da moralidade, a publicidade não poderá caracterizar a promoção do agente público (CF, art. 37, § 1º)”, porquanto diz respeito às ações da Administração Pública e não de seus servidores.

Por fim, o princípio da eficiência, que foi elevado a princípio constitucional pela já referida Emenda Constitucional n.º 19 de 04 de abril de 1998. Cumpre ressaltar que, malgrado a eficiência ter sido elevada a princípio somente com o advento da supracitada emenda, não se vê atividade administrativa sem o dever de eficiência.

Uma das mais importantes conseqüências da inclusão desse princípio foi a possibilidade de dispensa do servidor que negar-lhe observância, na medida em que anteriormente à sua existência, uma vez estável, não poderia ser dispensado a não ser que violasse um dever funcional.

Com a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional duas conseqüências operaram de imediato na Administração Pública.

Primeiro a possibilidade de o servidor estável ser dispensado quando não observar o dever de eficiência, ainda que não incorra em falta cominável com tal sanção consoante os ditames do estatuto que reja sua função.

Ademais, criou-se mais um requisito para a aquisição da estabilidade, qual seja, o dever de eficiência durante o estágio probatório, aferível através de um parecer de comissão própria para tal finalidade. Essa comissão analisará o tempo de serviço do funcionário, que poderá não adquirir a estabilidade em caso de parecer negativo podendo então ser dispensado.

Tal princípio é inerente à atividade administrativa, pautando-se pela lei, com vistas ao alcance do fim público (interesse social) e de acordo com os padrões éticos e morais presentes na sociedade, mas também, com o máximo de eficiência, sob pena do ato administrativo não importar nenhum benefício para a sociedade.

Brilhante, a respeito do tema, é o magistério de Alexandre de Moraes (2003, p. 317) que:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos,

de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

Existem, entretanto, outros princípios informadores de uma escorreita atividade administrativa, como dito anteriormente, os princípios implícitos, quais sejam, o princípio da finalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Tais princípios têm sua importante função na Administração Pública, pois todos tratam de como o administrador público deve se comportar perante a máquina administrativa para que atinja o fim determinado em lei, o interesse social, a motivação com base no bem estar social, as decisões segundo os critérios da razão e que sejam proporcionais ao fato ensejador da mesma. Porém não se abordará neste trabalho, tais princípios de maneira mais específica, em vez que, dar-se prioridade aos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Entretanto, somente com a observância de todos os princípios, é que a Administração Pública estará alcançando os fins objetivados pela *Lex fundamentalis*, conseguindo assim, pautar-se pelos ditames de um Estado Constitucional Democrático de Direito.

### 3.3 Exame da Lei Infraconstitucional n.º 8.429/92

Abordar-se-á, enfim, a Lei de Improbidade Administrativa, revelando seus sujeitos ativo e passivo, bem como a classificação dos atos de improbidade. Discorrer-se-á, outrossim, acerca das suas sanções, como também seu procedimento administrativo e judicial. Por fim, alguns comentários sobre os instrumentos de combate ao flagelo da improbidade administrativa. Tal prognóstico avulta de importância como estudo complementar e elucidativo a respeito da responsabilidade que se estudará no capítulo seguinte.

Com efeito, o objetivo maior da Lei de Improbidade Administrativa é proteger o administrado, e não apenas a administração pública, aqui considerada em relação ao seu patrimônio moral e material.

A utilização desse instrumento jurídico deve ser manuseada em função das causas que explicam a presença da corrupção nas sociedades democráticas. De acordo com Luís Vacas (Apud GARCÍA-ALOS, 2000):

Causas estas que, podem ser de caráter geral – a citada crise de valores que se repercute necessariamente sobre a integração social que mantém as sociedades vivas –, causas políticas – perda da fé no Estado e no poder político e falta de confiança nos valores legais e sociais que os legitimam – e, por fim, causas econômicas – o espírito da concorrência desenfreada e do enriquecimento sem limites.

Observa-se, doravante, os elementos integrantes da Lei 8.429/92.

### 3.3.1 Sujeitos da improbidade administrativa

Como toda conduta ilícita, a improbidade administrativa gera efeitos para dois pólos, quais sejam os pólos ativo e passivo da conduta.

Trata-se do estudo da sujeição do ato ilícito, que no caso em tela se faz estritamente necessário, pois, como se verá, várias peculiaridades gravitam em torno desse cerne.

Uma exegese equivocada desses dispositivos poderia levar a um fim que não aquele buscado pela *mens legis*.

Em primeiro momento demonstra-se fácil a aferição dos sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa, como se poderia depreender da simples leitura dos arts. 1º a 3º da Lei, todavia tal interpretação gramatical levaria a conclusões que certamente não atingiriam os fins colimados pelo legislador.

No caso em tela, mister se faz uma interpretação sistêmica do conteúdo normativo, só assim se atingindo o objetivo buscado, como se verá.

#### 3.3.1.1 Sujeito Passivo

Estudar a sujeição passiva dos atos de improbidade administrativa importa saber quais os entes ou pessoas jurídicas, sejam de direito público ou privado, são passíveis de sofrerem tais atos.

A importância desse estudo se dá pelo fato de que somente se estará diante de um ato de improbidade administrativa quando o sujeito passivo se encontrar no rol previsto em lei, é dizer, “a identificação do sujeito passivo deve preceder à própria análise da condição do

agente, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei n.º 8.429/92” aqueles praticados contra as pessoas nela previstas.

Tal tarefa, por mais que possa parecer simples, não o é, porquanto a lei abre possibilidades que em uma primeira leitura podem passar despercebidas, de modo a estar sendo lesada a probidade administrativa sem que se tenha a cominação de sanções, ou ainda sem o efetivo processamento dos agentes.

O primeiro sujeito passivo que se pode observar não poderia deixar de ser a Administração Pública, direta ou indireta, como preceitua o art. 1º da Lei em comento.

Diz a lei em seu art. 1º que é agente passivo das condutas de improbidade administrativa “a administração direta, indireta ou fundacional”.

Porém, depois do advento da Emenda Constitucional n.º 19/98, que retirou do *caput* do art. 37 da CF/1988 a expressão “fundações”, a mesma firmou seu sentido na doutrina de serem mantidas pelo Poder Público como entidades da Administração Pública indireta, ao lado das autarquias e empresas estatais.

Os conceitos de administração direta e indireta são oferecidos pelo próprio ordenamento jurídico, que no art. 4º, do Decreto-Lei 200/67, define administração direta como aquela “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”.

Determina o dispositivo que administração indireta é aquela “que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedade de Economia Mista; d) Fundações Públicas”, sendo esta última categoria acrescentada pela Lei n.º 7.596/87.

De insuficiente abrangência seria a conceituação legal do que seja administração direta e indireta, não fosse o complemento trazido na Lei 8.429/92, que estende este conceito, para o fim de caracterização de sujeição passiva dos atos de improbidade administrativa, a qualquer dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal, Municípios e Territórios.

Caso fosse seguida a determinação do Decreto-Lei 200/67 teria que somente se enquadraria no conceito de sujeito passivo de ato de improbidade administrativa o Poder Executivo da União.

Portanto, serão atos de improbidade administrativa quaisquer condutas que se enquadrem nas previstas em lei, sejam essas condutas praticadas em detrimento do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário seja da União dos Estados ou dos Territórios (estes, caso venham a existir), ou dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal e dos Municípios (já que ambos não possuem Poder Judiciário).

Após a previsão com relação à Administração Pública em si, a lei 8.429/92 protege os recursos oriundos dos cofres públicos transferidos para entidades privadas, quando determina que se inclua na referida sujeição passiva “empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual”.

Outra disposição é aquela atinente ao parágrafo único do art. 1º, que enquadra como sujeito passivo as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.

### 3.3.1.2 Sujeito Ativo

Para efeitos da lei de improbidade administrativa poderão ser sujeitos ativos das condutas nela previstas, qualquer agente público e terceiros que induzam ou concorram aos atos de improbidade administrativa bem como dele se beneficiem. Tais disposições se encontram nos arts. 2º e 3º da Lei 8.429/92.

É o agente público, assim entendido (conceito dado pelo art. 2º da Lei 8.429/92) como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da lei em epígrafe. Mais uma vez saliente-se que aqui entraria a figura do advogado público, mas tal análise fica reservada para o momento oportuno da pesquisa.

Outrossim, é sujeito ativo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Vale salientar que a expressão ‘no que couber’ deixa claro que, ao terceiro, não se aplicará a sanção da perda de função pública, desde que não a tenha.

Nota-se, entretanto, que o leque de pessoas sujeitas à responsabilidade por atos de improbidade é muito grande, fazendo-se obrigatório o uso do bom senso e a análise do elemento subjetivo do agente na hora de imputação da conduta ilícita.

### 3.3.2 Classificação dos Atos de Improbidade Administrativa

A Lei 8.429/92 tem em seu corpo três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Seria conveniente trazer à baila os casos previstos expressamente na Lei de Improbidade Administrativa, enfatizando, contudo, que são casos *numerus apertus*, isto é, meramente exemplificativos. Essa interpretação decorre da expressão “notadamente” presente no caput dos artigos em questão. Essa é a opinião que encontra-se nas doutrinas: “não é rol taxativo ou exaustivo, o que fica claro pela utilização, no caput, do advérbio notadamente para enunciar a dúzia de incisos exemplificativos do enunciado”.

É sabido que o ordenamento jurídico não corrobora com nenhuma forma de enriquecimento ilícito.

No tocante à Administração Pública a reprovação é ainda maior, na medida em que não se fala em bens da pessoa, mas de coisas públicas.

O art. 9º da Lei cita os atos que importam enriquecimento ilícito, salientando-se, mais uma vez, a natureza exemplificativa desse rol.

Primeiramente porque o próprio caput do art. 9º traz a expressão “notadamente”, com a qual se infere ser possíveis outros casos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito além daqueles mencionados na lei. E mais, a própria dicção do artigo mencionado conduz a essa conclusão, pois menciona que se considera tal modalidade de improbidade administrativa toda conduta em que o agente público “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida”.

Assim, sempre que houver recebimento de vantagem indevida por parte de quem atue no Poder Público se estará diante de um ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito.

Importante salientar que quatro elementos são essenciais para a configuração dessa modalidade de improbidade administrativa, quais sejam o enriquecimento do agente; quer se trate de agente público nos termos do art. 1º da lei, ou terceiro que do ato se beneficie consoante arts. 3º e 6º; falta de causa que justifique recebimento da vantagem o indevida; e a relação de causalidade entre a vantagem recebida e o exercício da função.

Vê-se, portanto, que o núcleo das condutas tipificadoras do enriquecimento ilícito é a obtenção de vantagem econômica. Seus núcleos verbais resumem-se em receber, perceber,

aceitar, utilizar, usar, adquirir e incorporar. Atente-se para o fato de que todas essas modalidades só se caracterizam na forma dolosa.

Já os atos que importam em dano ao erário estão dispostos no art. 10, a exemplo de:

- I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;  
[...]
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;  
[...]

Os atos expostos nos incisos do art. 10 configuram, sem sombra de dúvidas, os mais patentes casos de improbidade administrativa, já que causam prejuízo diretamente aferível ao erário.

Neste ponto, é importante distinguir erário de patrimônio público. Erário diz respeito ao econômico-financeiro, ao tesouro, ao fisco, enquanto patrimônio público é noção de espectro muito mais abrangente, sintetizadora não apenas do econômico, mas também do estético, do histórico, do turístico e do artístico. Nesse sentido pode-se entender erário como qualquer patrimônio, pecuniário ou não, pertencente ao Estado, encontrando-se em poder deste ou de terceiro, ou ainda aqueles valores repassados a terceiros sob qualquer forma de subvenção ou apoio Estatal.

O caput do art. 10 também traz a expressão “notadamente”, no que se aplicam aqui as considerações feitas a respeito da natureza exemplificativa do rol do art. 9º.

Nesse sentido, toda vez que houver qualquer conduta de agente público causando lesão patrimonial ao Poder Público tipificar-se-á ato de improbidade administrativa.

Podem ocorrer casos em que não haja efetiva “perda” patrimonial, mas, como pondera Marcelo Figueiredo (2001), atos em que a conduta do agente “ocasiona ‘malbaratamento’ dos haveres públicos, fruto de gestão ruim, agindo culposamente”, situações em que haverá, lesão ao erário por conduta comissiva ou omissiva do agente, ainda que o nexos causal seja indireto.

E segue o autor afirmando que, “exatamente por isso, é necessária a análise global do fato, e sua adequada punição, tendo sempre em mente a ‘proporcionalidade’ das previsões e suas conseqüências”.

A doutrina também estabelece requisitos para a configuração dessa modalidade de ato de improbidade administrativa. Determina que há a necessidade de conduta ilegal do agente público; dano ao erário; conduta funcional dolosa ou culposa; e nexos causal entre o comportamento funcional e o dano patrimonial ao erário.

Merece atenção especial o fato de que responsabilidade do agente público fundada na culpa *stricto sensu* somente é prevista na modalidade dos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário. Entretanto, aos agentes políticos em geral, não se aplica a responsabilização civil lastreada nos padrões comuns da culpa, para a caracterização de infração culposa nas hipóteses presentes no art. 10 da Lei 8.429/92. A sua responsabilização somente poderá ser fundamentada na culpa grave.

Com relação aos membros da Magistratura e do Ministério Público, não se aplica a modalidade culposa, inclusive na modalidade de culpa grave, em decorrência de normas específicas que restringem sua responsabilização pessoal e civil somente na hipótese de dolo.

Também se consideram atos de improbidade administrativa aqueles que atentem contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da lei de improbidade administrativa *in verbis*:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Saliente-se que se trata de regra subsidiária àquelas preceituadas nos artigos anteriores, os quais tipificam os atos de improbidade administrativa, na medida em que todos os atos que importem em enriquecimento ilícito e causem dano ao erário em última análise são atos que contrariam os princípios da Administração Pública, todavia serão punidos nos termos dos arts. 9º e 10 da lei 8.429/92 dada sua especialidade.

Com isso, pode-se afirmar que se aplica o art. 11 da lei nas situações em que haja desrespeito a qualquer dos princípios da Administração Pública sem que ocorra dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

A doutrina é tranqüila em mencionar a exemplificatividade do rol determinado em lei. Primeiro pelo já estudado termo 'notadamente', que sugere incontestavelmente a exemplificatividade.

Como se não bastasse, a exegese dos incisos do art. 11 leva ao entendimento de que se trata de um resumo de todos os princípios informadores da Administração Pública.

Cabe aqui mencionar a questão da incidência do princípio da legalidade. Em que pese a prescrição do art. 11 da lei de improbidade administrativa, nem sempre, em caso de não observância da legalidade, será ensejador de improbidade administrativa, há a necessidade de que o agente público 'queira' descumprir a lei, em que pese a determinação do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC.

Nesse sentido, é de se entender que generalizar toda conduta ilegal como improbidade administrativa seria ampliar a hipótese prescrita na Carta Magna, o que é vedado pelas regras de interpretação constitucional.

Ímproba é a conduta que atenta contra a moralidade.

A própria Lei nº 8.429/92, não conceituou de modo preciso quais atos podem ser qualificados de ímprobos. O diploma somente institui três classes diferentes de improbidade administrativa, sem, contudo, defini-las. O art. 9º cuidou dos atos administrativos que importam enriquecimento ilícito; o art. 10, dos atos que causam prejuízos ao erário; e, por fim, o art. 11, dos atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Como, então, deve proceder o aplicador do direito para identificação do ato ímprobo? Nessa situação, deve-se não só verificar se o ato alcançou os resultados indicados na lei (art. 9º e 10 da lei nº 8.429/92), mas também se o agente deliberadamente pretendeu violar o direito e alcançar resultados proibidos (art. 37, § 4º, da CF; art. 11 da Lei 8.429/92).

A Constituição Federal (bem como a legislação infraconstitucional) é clara ao exigir como elemento do tipo 'improbidade administrativa' a intenção de praticar uma ilegalidade. Elemento subjetivo é, portanto, requisito inafastável para tipificação da conduta punível.

Em outras palavras, a vontade específica de violar a lei é requisito fundamental da imposição das pesadas sanções previstas na lei ora comentada.

Outra característica dos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública é a desnecessidade de consequência material, vale dizer, dano ou enriquecimento ilícito. Dois são os argumentos nesse sentido.

O primeiro ponto é a já salientada subsidiariedade do dispositivo que em sendo interpretada a contrario sensu leva à conclusão de que somente se aplica quando não houver enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

Ademais, preceitua o art. 21, I que a aplicação das sanções "independe de dano", o que somente pode ser aplicado ao art. 11, vez que em havendo dano será punido na forma do art. 10.

## CAPÍTULO 4 A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PARECERISTA FACE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Observando o estudo migrado neste trabalho de conclusão de curso em capítulo anterior, a Lei nº 8.429/92 que regula os atos de improbidade administrativa contra agentes públicos possui um caráter aberto, deixando de definir o que venha a ser ato ímprobo, para apenas estabelecendo os seus tipos (art. 9º, 10 e 11).

Não resta dúvida que a interpretação de uma lei “tão aberta” como esta é preocupante, pois todos sabem que apesar de ter ocorrido uma rápida e radical metamorfose de alguns homens públicos, que sucumbidos pelas facilidades oferecidas pelos seus cargos ou suas funções resolveram desrespeitar o Erário, existem aqueles que honram suas atribuições através de atos honestos e destinados à construção do interesse público.

Esta modificação que alterou substancialmente o perfil dos valores e princípios de alguns agentes públicos, passando a serem corruptos e inescrupulosos, foi suficiente para a estipulação, pela Constituição Federal (art. 37, § 4º), da necessidade de uma lei capaz de inibir os atos administrativos ímprobos.

Sucedo que o legislador não foi feliz quando estabeleceu uma “lei aberta” e sem a definição do que venha a ser ato de improbidade administrativa. Esta inconcebível omissão legislativa é capaz de confundir ato ilegal, sem o elemento subjetivo do tipo, o dolo, com o ato construído pela má-fé, este sim composto pela devassidão.

É lamentável que uma lei tão importante para a sociedade brasileira não diga o que venha a ser ato ímprobo de agente público, assemelhando-se a norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto, e cujo aperfeiçoamento fica por conta de quem interpreta a lei de improbidade administrativa. A definição de improbidade administrativa não pode ser um “cheque em branco” ou um “recipiente vazio”, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica.

O Estado-segurança se preocupa com a estabilidade das relações jurídicas, estabelecendo o dever da lei identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa.

Estipular apenas os tipos de improbidade, sem definir o que a lei entende como ato ímprobo, gera uma interpretação dúbia, nem sempre fiel aos fatos que norteiam o caso posto ao debate jurídico.

É lamentável esta omissão legislativa, pois ela é capaz de estabelecer, em um primeiro momento, uma falsa imagem de um ato ilegal e desastrado praticado sem o dolo, que possa vir a ser enquadrado na Lei nº 8.429/92.

Os três tipos de improbidade já definidos em capítulo próprio nesta produção científica, sem a definição legal clara e precisa do que venha a ser ato ímprobo, geram muitas injustiças, como a possibilidade de manejo indevido da correspondente ação.

Um dos exemplos de ilegalidade no ajuizamento da ação de improbidade administrativa é quando ela é direcionada para o agente público responsável, por exemplo, na contratação de uma licitação, que, agindo este de má-fé, contrata tal empresa, porém dizendo ele que se baseou no parecer jurídico do advogado público, tendo este agido sem nenhum tipo de dolo, entretanto mesmo assim o Ministério Público ou Tribunal de Contas tem elevado esse cidadão no estrito cumprimento legal de seu ofício a uma responsabilidade juntamente com o agente que tem o poder decisório, ou seja, final.

Exatamente por presenciar tais injustiças, com o dilaceramento de pessoas honestas, indevidamente colocadas no banco dos réus, com seqüelas irreversíveis, é que se sentiu a necessidade de fazer um estudo sobre as razões jurídicas que impedem o manejo da ação de improbidade administrativa contra os advogados públicos em cumprimento legal de ordem superior para emitir parecer jurídico de determinado assunto.

O advogado público, quando chamado a dar uma consulta jurídica nos autos de um processo administrativo, opina. Esta emissão de opinião é, na lição clássica de Hely Lopes Meirelles (Op. Cit.), um ato enunciativo, que não cria direitos e obrigações como sói acontecer no caso de um ato administrativo. Logo, o agente público que terá que decidir o caso submetido à consulta do advogado é que emitirá o ato administrativo de cunho decisório.

Contudo, alguns doutrinadores já citados no capítulo segundo, não adotam o entendimento de que o ato de opinar emitido por advogado público através do parecer, seja um ato meramente enunciativo, que não vincula o mesmo a decisão transcrita por agente público responsável.

Porém, no mesmo capítulo tentou-se expor de maneira clara e concisa essas divergências ideológicas, já que estes pensamentos contrários ao de Hely Lopes e outros doutrinadores, serviram de fundamentação para o Ministério Público e o Tribunal de Contas ingressarem com ação de improbidade administrativa elevando o parecerista a réu juntamente com agente público promissor da lesividade ao interesse público. Entretanto observará que o entendimento de Hely é majoritário ao dos outros estudiosos.

Seguindo este raciocínio, não é difícil perceber que o advogado parecerista não praticará ato algum de improbidade administrativa, caso ofereça interpretação jurídica dissonante do Ministério Público ou do Tribunal de Contas quando da averiguação das contas daquele administrador ao qual restou vinculado seu parecer. A não ser, é claro, nos caso em que houver a existência do elemento subjetivo dolo. Isto é, para a configuração do ato de improbidade administrativa, previsto nos art. 9º, 10 e 11 da Lei Complementar nº 8.479/92, já abordados neste trabalho científico, necessita-se, obrigatoriamente, da ocorrência do “dolo”, não bastando, portanto, a culpa do agente.

Sendo tal posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário, como já fora exposto, sem a figura do dolo, portanto, é virtualmente impossível a caracterização de improbidade administrativa.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto, sobretudo, na jurisprudência é predominante o entendimento segundo o qual nas ações de improbidade administrativa deve ser demonstrado que o agente público ou os terceiros que concorram para a prática do ato, utilizaram-se de expediente que possa caracterizar má-fé, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao Erário, e, assim, portanto, poderá ser alegada a improbidade administrativa.

O elemento subjetivo dos tipos contidos nos arts 9º, 10 e 11, trata-se do “dolo” e apenas do dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se à custa do Erário, e, apenas assim, portanto, poderá ser alegada a improbidade administrativa.

Nesse exato diapasão, é o entendimento de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 210-211), veja:

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.

Nesse sentido, é a lição, também, de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 383), para quem:

A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados veniais, suscetíveis de correção administrativa.

O eminente constitucionalista José Afonso da Silva (2003, p. 388) ensina, de forma elucidativa, que “o ímprobo é o devasso da Administração Pública”.

E, ainda, no mesmo sentido, é o entendimento do Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1996, p. 112), ao professarem:

Deve ser enfatizado que as condutas enumeradas nos sete incisos do art. 11 não autorizam cogitar do elemento subjetivo que as motiva, sendo todas presumidamente dolosas. Aliás, pela redação dos tipos se evidencia que tais atitudes pressupõem a consciência da ilicitude e a vontade de realizar ato antijurídico.

A jurisprudência corrobora com o entendimento doutrinário. Veja o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça ao decidir que os atos de improbidade apenas caracterizar-se-ão se houver demonstração da má-fé do agente público ou de terceiro, como se verifica no seguinte julgado:

Administrativo. Improbidade Administrativa. Cessão de empresado de empresa estatal. Ônus para a empresa cedente. Possibilidade. Decreto nº 99.955/1990. Verbas indenizatórias. Mudança de domicílio. Percepção por servidor da União ou por nomeado para cargo em comissão ou função pública. Legalidade. Lesão ao Erário. Inexistência. Recurso provido.

I – A qualificação jurídica das condutas reputadas ímprobas, ou seja, a subsunção dos atos praticados à norma de regência, Lei nº 8.429/1992, constitui questão de direito, viabilizadora da análise de recurso especial. Inaplicabilidade da Súmula nº 07/STJ.

II – Lei nº 8.429/1992. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Arts. 15, V, e 37, § 4º, da CF. o ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/1992, não pode ser identificado tão-somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um *plus*, **traduzindo no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao Erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade, boa-fé.** (grifo nosso)(STJ, 2ª T., REsp 269683/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, J. 06.08.2002)

Com todo efeito, a lei não pretende punir o administrador que age com descuido, mas, sim, aquele que age com má-fé, com a intenção de ser desleal, desonesto, ignóbil.

A única lição que se pode retirar até aqui, portanto, é no sentido de que é absolutamente imperiosa a existência do “dolo” para a configuração de ato por improbidade administrativa, nos termos regidos pela Lei Federal nº 8.429/92.

#### 4.1 A Responsabilidade ou não do Parecer Emitido

Tomando-se por base no tópico atual, o assunto tratado anteriormente a respeito da presença do “dolo” como elemento subjetivo e obrigatório para a caracterização do crime de

improbidade administrativa, realizado pelo agente público ou terceiro, pergunta-se: o advogado ao emitir parecer jurídico, meramente opinativo, na legalidade da contratação de determinada licitação, requisitado por agente administrativo, esse com poder decisório sobre o ato, vindo futuramente essa contratação ser ilícita, pode ser responsabilizado conjuntamente com o gestor em crime de improbidade administrativa? Ou seja, superada a análise da necessidade da presença do dolo para a caracterização da improbidade, como restam as opiniões quando a figura central passa a ser o advogado parecerista?

À primeira vista, não pode o advogado público ao emitir opinião sobre tal licitação, tomando por base de apreciação os documentos apresentados pelo agente administrativo, estes aparentemente desvinculados de qualquer vicitude, ser responsabilizado conjuntamente. Se houver irregularidades na documentação apresentada esta deve ser atribuída ao seu emissor e não àquele que a tratou como verídica, por não possuir meios para investigar a má-fé do gestor, senão fazer análise objetiva dos atos a ele submetidos. É criterioso ver que o advogado público, na explicitação, agiu de forma inocente, ou seja, neste caso não é tratado o requisito principal para a caracterização do crime de improbidade administrativa, a má-fé.

Fazendo uma nítida distinção entre administrador público (que decide) e o parecerista (que opina, porém, não decide), são, como de hábito, valiosas as palavras do consagrado doutrinador, Mauro Gomes de Mattos (2005, p. 82), *verbis*:

**Não pode o parecerista ser alçado à condição de administrador público** quando emana um **pensamento jurídico razoável**, construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal.

**Transportar o parecerista à condição de administrador público** para fins de responsabilização, via **ação de improbidade**, por ele ter esposado posicionamento técnico embasado, é **pura violação ao art. 133 da CF**.

Não é qualquer ato que dá azo à responsabilidade de Consultor Jurídico (advogado), pois é preciso de erro grave, onde seja, caracterizada a falha grosseira, com culpa. **No caso da improbidade, somente a caracterização do dolo.** (grifo nosso)

Portanto, se em caso igual o parecerista agisse com eventual dolo em relação à contratação, não poderia se eximir da co-autoria em suposta ação de improbidade administrativa interposta contra o agente administrativo.

Porém, alguns autores jurídicos não tomam parte pela responsabilidade subjetiva do advogado ao enunciar parecer, ou seja, a doutrina minoritária exprime que o advogado público agindo ou não com dolo, vai ser responsabilizado por uma licitação errônea.

Nesse sentido, pode-se ver a fundamentação do voto emitido pelo Ministro Marcos Aurélio em Mandado de Segurança nº 24.584-1:

Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que praticam. Antecipadamente, não podem gozar da proteção mandamental da impetração, para eximirem-se dos riscos da investigação administrativa. Longe estão de deter, em generalização nefasta, em generalização a todos os títulos inaceitável, imperdoável, o direito líquido e certo de serem excluídos de processo que busca apurar, simplesmente apurar, simplesmente esclarecer a ocorrência, ou não, de desvio de conduta.

O Eminentíssimo Ministro Marcos Aurélio concluiu o exposto baseado na lição de Maçal Justen Filho (2002, p. 392) que em comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos informa que: “ao examinar e aprovar os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado”.

Sendo assim, o Ministro apresentou voto contrário no julgamento do mérito. Segundo ele, o artigo 38 da Lei de Licitações, a Lei 8.666/93, impõe responsabilidade solidária ao parecerista.

Entretanto, verifica-se nas sábias palavras do magistério de Antonio Roque Citadini (1997, p. 295) que:

O parecer sobre a licitação efetuado pela área jurídica da Administração não exime o administrador da responsabilidade por todos os atos da licitação. Assim, não haverá porque tentar socorrer-se de manifestação jurídica em licitação inoportuna, que eventualmente não tenha atingido boa performance econômica ou deixado de cumprir os objetivos que a Administração esperava.

Ou seja, a manifestação jurídica, quando obedeça a uma razoável coerência técnica ou doutrinária, ainda que seja no futuro contestada, não poderá ser censurada, tanto pelos controles internos da Administração, como pelo controle externo administrativo (via Tribunal de Contas) ou ainda, pelo controle judicial.

Nesse mesmo entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro (apud. CITADINI, Antonio Roque, 1997) que:

Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.

Retratando essa exclusão de responsabilidade, pode-se ser citada a jurisprudência:

*Recurso de habeas corpus*: dispensa de licitação. Paciente que, na qualidade de Procuradores de Estado, responde consulta que, em tese, indagava da possibilidade de dispensa de licitação. Denúncia com base no art. 89, da lei 8.666/93. Acusação abusiva. Mero exercício de suas funções, que requer independência técnica e profissional.

I - Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do Estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele. II - Recurso provido, para trancar a ação penal contra a paciente. (STJ, Rec. em HC nº 7.165-RO (98.0000882-9), Min. Anselmo Santiago, 21/05/98, JSTJ e TRF, vol. 111, p. 284)

No entanto, quando a manifestação jurídica for inteiramente descabida, desapoiada de qualquer interpretação razoável do texto legal e com isto levar a Administração a realizar contratação ruínosa, o profissional responsável pelo parecer responderá, solidariamente com o administrador, nos termos da legislação.

No mesmo Mandado de Segurança nº 24.584-1, ao votar, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que:

Se o advogado privado tem que prestar contas ao seu cliente, mais forte e constrictiva deve ser a obrigação do advogado público de responder perante a administração, perante os órgãos de controle e perante a sociedade pelos atos que pratica, especialmente em situações, como os dos autos, em que a lei nitidamente estabelece um compartilhamento do poder decisório entre o administrador e o órgão de Assessoria Jurídica.

É interessante notar que o Ministro Joaquim Barbosa atribuiu poder decisório ao parecerista. Porém já fora abordado em capítulo próprio que, para a grande maioria da doutrina, o parecer se caracteriza como um ato administrativo que exprime a opinião de quem o elabora não tendo nenhum poder vinculante para quem o requisita. Da mesma forma que o Ministro, entende a parcela da doutrina que defende os atos enunciativos como atos da Administração.

A respeito desse entendimento e em crítica ao Mandado de Segurança 24.584-1, o Procurador Autárquico, Alan (2006), diz:

Pareceres são opinativos e não decisivos. Quem contrata são os diretores e representantes dos órgãos que podem ou não se amparar no parecer. Contudo, havendo comprovada fraude com dolo específico do parecerista, entendo que deve ser responsabilizado solidariamente. Todavia, não compete ao Tribunais de Contas tal mister e sim ao órgãos investigativos. Vale ressaltar que os advogados públicos são os mais vigiados na atividade, pois respondem administrativamente como qualquer servidor, respondem perante a OAB em infrações disciplinares, além de Cível e Criminal dependendo do caso. Agora, a punição por pura e simples manifestação de opinião favorável e determinada contratação sem a apreciação de dolo é absurda (espécie de imputação objetiva), haja vista que o parecer é emitido conforme os documentos que instruem o processo subsumido às hipótese legais. Ainda mais em direito onde tudo é relativo e há divergência de entendimentos em todos os campos. Dá forma que está, teremos que dar parecer no sentido negativo a toda e qualquer contratação.

Na mesma linha de raciocínio o Delegado de Polícia Federal, J. Freitas

(2006), exprimi sua crítica:

A prevalecer o entendimento de que a opinião jurídica exposta em um parecer é passível de responsabilidade administrativa, civil e penal, então quando os recursos forem providos deve-se responsabilizar também os juizes que abraçaram o posicionamento vencido. Como disse o Padre Antonio Vieira, “até entre os anjos pode haver diversidade de opiniões, sem que isto lhes diminua a santidade”. A meu aviso, existindo indícios de dolo, a questão pode e deve ser investigada, como em todas as situações. Caso contrário, ninguém pode ser punido ou processado simplesmente por pensar diferente. E olha que tem gente que quase morreu na fogueira por ousar dizer que a terra era redonda e que girava em torno do sol, não o contrário, como queriam os “doutores” da época. Mas que ela gira, gira...

Outro fato a ser exposto é que os Ministros Marcos Aurélio e Joaquim Barbosa fundamentam a responsabilidade do advogado em Lei infraconstitucional, onde já foi observado anteriormente que a Constituição Federal concede imunidade ao advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Portanto, verificando uma suposta inconstitucionalidade, já que lei infraconstitucional não compete referi-se a caso já tratado em norma constitucional.

Nos autos do Mandado de Segurança 24.073-3, o Supremo Tribunal Federal apreciou questão similar, sob o relatório do Ministro Carlos Velloso, que elucidado pelas lições do Professor Luís Roberto Barroso, consagrado constitucionalista, que assina a inicial deste Mandado, afirma que:

Certo é, bem esclarecer a inicial, que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados, como regra, quaisquer profissionais, serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes do ato ou omissão praticado com dolo ou culpa, nos termos do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o dispositivo no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nesta hipótese.

È imperioso ainda continuar ouvindo as palavras sábias, ponderadas e de extrema sensibilidade jurídica, proferidas pelo Ministro Carlos Velloso:

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto da lei, o que acontece invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinado questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave inescusável.

Desta forma, observa-se que mais uma vez é elencado o dolo para a responsabilização do advogado ao conceder parecer jurídico, não havendo qualquer fundamentação para que o mesmo venha a responder por um crime, da qual não fez parte, pois no exercício de sua profissão e à luz dos seus conhecimentos analisou os subsídios levados por agente com poder decisório, e daí tirou suas conclusões para seu parecer.

Na decisão do MS 24.073-3, que foi unânime a favor dos impetrantes Rui Belfrod Dias e outros, advogados públicos, ainda votaram, de forma profundamente técnica e escoreita, os Ministros Gilmar Mendes, Nélon Jobim Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence.

Pois bem. Está situação da qual os Tribunais de Contas e o Ministério Público, sob alegação de discordar da interpretação conferida ao direito pelo administrador que decidiu, com base em opinião de seu órgão jurídico, vem se tornando alarmante, em muitas das vezes inibindo até o exercício da profissão do advogado público, porquanto este se sente ameaçado ao não poder conferir interpretação jurídica dissonante da dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. Ainda que, a interpretação jurídica, como se sabe, apenas nos oferece uma moldura, dentro da qual várias interpretações se revelam pertinentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica teve por objetivo analisar a responsabilidade solidária do advogado público que emite parecer jurídico sem qualquer forma de ilicitude, solicitado por agente administrativo que supostamente será acusado de crime de improbidade administrativa, visto que não há consenso na legislação brasileira, nem na doutrina sobre a caracterização desta responsabilidade. As opiniões sobre o tema são divergentes, havendo necessidade de uma regulamentação específica para que possa garantir uma solução mais justa evitando casuísmos.

Como se observou, a advocacia pública ganhou expressivo avanço com a Constituição Federal de 1988 que em seu art. 133 reconhece a sua indispensabilidade à administração da justiça. Assim, entendeu-se que a referida atribuição fundamenta-se num dever de sustentação e aperfeiçoamento da ordem jurídica, que se aplicando à advocacia pública consiste na atividade de orientação, fiscalização, promoção e representação judicial.

O advogado público tem suas atuações voltadas para a consecução do interesse público.

Em se tratando de um Estado Democrático, onde a figura maior da vontade popular é o chefe do executivo, que em tese não possui conhecimentos jurídicos, necessária se faz à existência de um órgão técnico, no caso a advocacia pública, que analise os atos por aquele praticado, ou seja, se estão em consonância com a ordem jurídica vigente.

É nesse contexto de consultoria jurídica, ou em outros casos similares, que o advogado público, procurador ou defensor emite o parecer.

Esse instrumento foi analisado no capítulo segundo dessa monografia, sendo caracterizado por alguns doutrinadores como ato administrativo e por outros, como ato da administração. Frente às digressões pretéritas sobre o assunto chegou-se à ilação de que deve o parecer ser encarado como verdadeiro ato administrativo enunciativo, em que se emite opinião sobre determinado assunto jurídico, sem que haja vinculação ao que lá restar enunciado.

Partindo dessa idéia de vinculação, é que o agente administrativo ao solicitar ajuda da consultoria para determinado ato, por exemplo, uma licitação, não está obrigado por lei a aderir à opinião argüida por advogado público em parecer.

No ordenamento jurídico pátrio se um agente administrativo pratica no exercício de função, cargo ou emprego público desrespeito aos recursos públicos, será punido por crime de improbidade administrativa. Crime este, que para sua configuração prescinde da ocorrência de culpa gravíssima ou dolo. Ou seja, a pessoa deve atuar de modo ilegal. Então, utilizando esse entendimento, majoritário na doutrina, o sujeito que manifestar suas ações de boa-fé, não incorrerá na caracterização do requisito para ingressar como réu em ação de improbidade administrativa.

Nessa circunstância, vê-se que o advogado público deve deter sua convicção e sua discricionariedade. Nas suas manifestações, opiniões e pareceres, não está subordinado a Administração Pública. Ocorre na situação a simples exposição de dado entendimento, a opinião técnica de quem, debruçado sobre os elementos que lhe chegam, pronuncia-se dentro das suas prerrogativas funcionais.

No entanto, se no uso dessas prerrogativas funcionais o advogado agir com dolo ao manifestar-se em consulta jurídica, tal ação já se encontra regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, podendo sim, o mesmo ser responsabilizado solidariamente com o agente administrativo propiciador da decisão final, vindo a ser co-réu em eventual ação de improbidade administrativa.

Na advocacia estatal o referido profissional tem por dever manifestar-se, exercendo tal função com independência técnica e profissional, pois se ao opinar tiver que estar sempre jungido ao Estado, o advogado perde a sua independência técnica, ficando amarrado a opinião oficial como ocorria nos estados totalitários.

Imputar a um profissional responsabilidade por eventuais erros e equívocos ao externar livremente sua opinião, é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o artigo 18 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, a relação de emprego não retira do advogado a sua isenção técnica, nem reduz sua independência profissional. Ao pronunciar-se nos autos administrativos, o procurador está exercendo suas funções, cujo parecer não o vincula a Administração Pública que dele discordar, deixando de lhe dar efeitos concretos.

Colocar o parecerista sob a pecha de responsável por qualquer fato, sem nenhuma demonstração eloqüente de que tenha contribuído de alguma forma para o desvirtuamento do propósito a que se referia a consulta requisitada, é no mínimo, um atentado ao livre exercício sobre o tema que lhe foi submetido, direito que lhe deve ser sempre assegurado e que em hipótese alguma pode justificar uma sanção de qualquer natureza, até porque, a própria Lei

Federal 8.906/94 estabelece no seu artigo 2º parágrafo 3º, que no exercício da profissão o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

É dever do profissional da advocacia, proclamar sua independência e sua liberdade na sua relação profissional, pois só subordina-se à sua consciência disciplinada pelas normas éticas. O advogado regula sozinho a sua conduta, cuja probidade, integridade e honestidade integram seu sacerdócio. Pois afinal, existe a distinção feroz entre o advogado habitualmente combativo, o clássico, o defensor apenas no âmbito judicial, e o consultor, assessor jurídico, que se vale de outras armas, de outros métodos de trabalho.

Tais distinções se fazem importantes colacionadas porquanto, a advocacia transcende a esfera judicial, vez que o seu mister tem caráter social, conciliador, político, ético e social, a advocacia é um constante serviço aos valores superiores que regem a conduta humana, e como conciliador, muitas vezes afasta as nuvens de tempestades e pode contê-las.

Daí porque, mensurar a advocacia ou sua prática, meramente pelo exercício da imaginação, e que, por não ter sido proferido um entendimento que não se coaduna com o juízo técnico de outrem, mais que uma temeridade é uma agressão à militância do jurista, do advogado público, do consultor e do seu conhecimento dentro da subjetividade que tal inculcação se reveste, seria realmente incrível e inverossímil.

O processo censório do advogado está sujeito ao manto da sua inviolabilidade para afiançar-se a dignidade e independência do advogado público.

Desta forma, como elemento constitucionalmente imprescindível à administração da Justiça, tem o direito assegurado a sua integridade em relação a seus entendimentos, manifestações e pronunciamentos emitidos e incrustados em seus pareceres administrativos todos, sem exceção, sob absoluta censura, e que deve sempre ser invocado preservando-se com isso imparcialidade e da própria Instituição.

Nessa réstia, a inclusão de Consultor Jurídico no pólo passivo da ação de improbidade, por ele ter emitido seu parecer e a *posteriori* ser entendido que a licitação não poderia ter sido dispensada ou declarada inexigível, se afigura como ilegal, que pelo fato de o advogado não poder ser alçado à figura de administrador público, quer quando ele exera um ato (parecer) subcensura.

A participação pura e simples do relato dos fatos conjugados com ordenamento legais que entendem ser aplicáveis a espécie retira do cenário da ação de improbidade a inclusão do Consultor Jurídico de seu pólo passivo, em virtude de não lhe caber fiscalizar o mérito do ato administrativo da autoridade competente, e sim externar o seu ponto de vista sobre determinada matéria jurídica.

Assim, não existe o enquadramento do Consultor Jurídico no inc. VIII do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, estando o seu ato jurídico responsável e calcado em premissas sérias, fora do contexto da ação de improbidade.

Os pareceres são peças opinativas, não possuem efeito vinculante, exteriorizando uma opinião jurídica que não possui uma prescrição normativa acerca de determinado tema.

Ressalte-se por oportuno, que a expressão de um Juízo de valor não pode traduzir-se em cometimento de transgressão, comprometimento, atentado ou qualquer comportamento reprovável pois a admitir-se tal hipótese seria como atribuir a um Julgador, a um Magistrado, sua punição por ter um determinado entendimento Centenas de milhares de decisões, definitivas ou não, são prolatadas em nosso Judiciário, muitas, porque não dizer inúmeras delas são reformadas pelos Tribunais de segunda instância e estas modificadas em terceira instância e por ai vai, o que se quer crer que não há entendimento imutável ou reprovável que possa comprometer quem o faz no exercício de sua atividade por confrontar-se simplesmente com o Juízo de valor de alguma autoridade fiscalizadora sem que se demonstre ter havido nenhuma outra caracterização de que o subscritor o tenha feito senão em obediência a sua consciência, aos elementos que lhe foram trazidos, ao seu entendimento soberano e independente, às suas reflexões técnico-jurídicas, à sua autonomia judicial, ao seu mister e por fim, ao seu compromisso com o interesse e a ordem públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2007.

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Lex: Vade Mecum Saraiva*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei 8.429, de 06 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Lex: Vade Mecum Saraiva*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24073-3. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 06 de março de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24584-1. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 06 de março de 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Flávio Sátyro. *Improbidade Administrativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.34, n° 136. out/dez, 1997.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIAS, Ana Paula Andrade Borges de. *A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, janeiro, 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2567>. Acesso em: 08 de março de 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Responsabilidade por ato de improbidade – indisponibilidade de bens de diretor presidente de companhia estatal – desproporcionalidade da medida – necessidade do devido processo legal – arbitrariedade da medida – considerações acerca da Lei 8.429/92*. Revista Interesse Público, n° 5/91, 2000.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Princípios Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos de Defesa do Patrimônio Público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GÁRCIA-ALÓS, Luís Vacas. *Os instrumentos específicos da jurisdição do Tribunal de Contas no combate à corrupção*. Revista do Tribunal de Contas de Portugal. Portugal, 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2384>. Acesso em: 07 de março de 2007.

HARADA, Kyoshi. *Ato de Improbidade Administrativa*. São Paulo, 2005. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=19](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=19). Acesso em: 07 de março de 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KIRSCH, César do Vale. *A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n.66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>. Acesso em: 10 de março de 2007.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares. *Improbidade Administrativa*. Revista do Tribunal: RT 786/791, 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5390>. Acesso em: 07 de março de 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Latina, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade Administrativa – requisitos para tipicidade*. In Revista Interesse Público, nº 11/81, 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5390>. Acesso em: 05 de março de 2007.

REVISTA IOB DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Imunidade Profissional: STF analisa responsabilidade de procurador por parecer*. São Paulo, 24 de maio de 2006. Disponível em: <http://conjur.estadão.com.br/static/text/44706,1>. Acesso em: 06 março de 2007.